



# de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

## Commentaar van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het arrest van de Hoge Raad van 23 oktober 2020 in de zaak *Köln-Aktiefonds Deka*, betreffende de teruggaaf van dividendbelasting aan niet-ingezeten beleggingsfondsen

### 1. Inleiding

De Orde heeft met belangstelling kennisgenomen van het arrest van de Hoge Raad van 23 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1674, nrs. 16/03954, 17/02428, 19/01141, in de zaak *Köln-Aktiefonds Deka*, waarin de Raad prejudiciële vragen beantwoordt van Rechtbank Zeeland-West-Brabant.

De Orde wil enkele opmerkingen maken over het arrest van de Hoge Raad gezien het belang van het arrest voor duizenden andere procedures in vergelijkbare zaken. Gezien dit belang heeft de Orde in de *Deka* zaak voor het HvJ EU (HvJ 30 januari 2020, zaak C-156/17) al eerder schriftelijke opmerkingen ingediend en deelgenomen aan de mondelinge behandeling bij het HvJ EU.

### 2. Arrest Hoge Raad

Kern van het arrest is de beslissing van de Hoge Raad dat aan een niet-ingezeten fonds dat aanspraak wil maken op teruggaaf van dividendbelasting door Nederland de voorwaarde van de ‘vervangende betaling’ mag worden gesteld.

### 3. Geen prejudiciële vrag(en)

Ten eerste verbaast het de Orde dat de Hoge Raad geen nadere prejudiciële vra(a)g(en) aan het HvJ EU heeft voorgelegd over de vraag of de voorwaarde van de vervangende betaling door Nederland mag worden gesteld. Uit de rechtspraak van het HvJ blijkt niet duidelijk dat een dergelijke vervangende betaling door *Nederland* mag worden gesteld.

Door de onzekerheid die is ontstaan door r.o. 84 van het *Fidelity Funds* arrest (HvJ EU 21 juni 2018, C-480/16), over de vraag *welke* lidstaat een vervangende betaling zou mogen eisen is tijdens de zitting in de *Deka* zaak aan HvJ EU gevraagd of in het arrest aandacht kon worden besteed aan de vraag welke lidstaat (Nederland of de lidstaat van het niet-ingezeten fonds) deze betaling (of belasting) zou mogen eisen. Het HvJ is op dit verzoek niet uitdrukkelijk ingegaan in het arrest, maar de A-G in de *Deka* zaak heeft hier wel aandacht aan besteed en is van mening dat dit de lidstaat is van het niet-ingezeten fonds<sup>1</sup>. A-G Wattel is in zijn conclusie bij de onderhavige zaak van mening dat Nederland wel degelijk een dergelijke betaling (en niet de lidstaat van het niet-ingezeten fonds) als voorwaarde mag stellen voor teruggave van Nederlandse dividendbelasting.

Gezien het feit dat het HvJ EU zich nooit uitdrukkelijk heeft uitgelaten over deze vraag, de verschillende opvattingen van A-G’s en de verschillende opvattingen in de literatuur, ligt op de Hoge Raad, als hoogste rechter, de verplichting om hierover een vraag aan het HvJ voor te leggen. Nu de Hoge Raad dit niet heeft gedaan lijkt sprake te zijn van schending van artikel 267, derde alinea, VWEU (verplichting tot het stellen van prejudiciële vragen van hoogste rechterlijke instantie)<sup>2</sup>. De Hoge Raad had deze potentiële schending kunnen vermijden door aan het HvJ EU hier een prejudiciële

<sup>1</sup> Zie punt 136-137 van de conclusie van A-G Pitruzzella in de *Deka* zaak.

<sup>2</sup> Wij wijzen in dit kader op: Aanvullende reactie van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs naar aanleiding van tweede aanvullende conclusie A-G Wattel van 27 september 2018 inzake *Köln-Aktiefonds-Deka*, Dividendbelasting, 1 januari 2002 - 31 december 2008 met kenmerk F 16/03954 en F 16/03955, van 16 oktober 2018.

(aanvullende) vraag over te stellen. De Orde betreurt het dat de Hoge Raad niet voor deze mogelijkheid heeft gekozen. Dan was namelijk voor de vele belastingplichtigen die betrokken zijn in vergelijkbare procedures als in *Köln-Aktienfonds Deka* duidelijkheid over het antwoord op deze vraag ontstaan. Nu deze duidelijkheid nog niet door het HvJ EU is gegeven blijft deze onzekerheid boven de markt hangen en verwacht de Orde dat veel belastingplichtigen dividendbelasting teruggave claims blijven indienen om hun rechten veilig te stellen en bezwaar en beroep zullen instellen tegen een afwijzing. Het niet stellen van nadere prejudiciële vragen kan dus tot gevolg hebben dat belastingplichtigen, belastingdienst en rechtelijke macht nog jaren met deze problematiek geconfronteerd blijven.

#### **4. Voor uitdeling beschikbare winst berekend naar Nederlandse maatstaven is nog steeds de facto discriminerend**

In het *Deka*-arrest van het HvJ EU kwam de vraag aan de orde of de dooruitdelingseis van het fiscale beleggingsinstelling (fbi) regime een belemmering van het vrije verkeer oplevert. Het HvJ EU had in dat kader de volgende vraag ter mondelinge beantwoording ter terechtzitting gesteld:

‘Kan de weigering om rekening te houden met winstuitkeringseisen die gelden in de staat waar de niet-ingezeten instelling is gevestigd, als een beperking van artikel 63 VWEU worden beschouwd, wanneer deze eisen vergelijkbaar – maar niet identiek – zijn aan de eisen van de Nederlandse wetgeving inzake fbi’s, of soortgelijke doelstellingen nastreven?’

In het *Deka*-arrest overweeg het HvJ EU vervolgens het volgende (onderstreping Orde):

- ‘73 Wanneer de mogelijkheid om teruggaaf van bronbelasting te verkrijgen afhankelijk wordt gesteld van de strikte naleving van de in de nationale wettelijke regeling gestelde voorwaarden, ongeacht de wettelijke voorwaarden die voor niet-ingezeten beleggingsfondsen gelden in hun vestigingsstaat, zou dat evenwel erop neerkomen dat de mogelijkheid om gebruik te kunnen maken van de gunstige behandeling van dividenden uitsluitend aan ingezeten beleggingsfondsen wordt voorbehouden. Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter zullen ingezeten beleggingsfondsen immers over het algemeen voldoen aan alle in de wettelijke regeling van hun vestigingsstaat gestelde voorwaarden, terwijl niet-ingezeten beleggingsfondsen over het algemeen alleen zullen voldoen aan de door hun vestigingslidstaat gestelde voorwaarden.
- 74 In die omstandigheden kan niet worden uitgesloten dat een niet-ingezeten beleggingsfonds dat wegens het in zijn vestigingsstaat van kracht zijnde regelgevingskader niet voldoet aan alle voorwaarden van de lidstaat die het betrokken belastingvoordeel toekent, zich niettemin in een situatie bevindt die in essentie vergelijkbaar is met die van een ingezeten beleggingsfonds dat aan dergelijke voorwaarden voldoet.
- 75 Willen de in de wettelijke regeling van een lidstaat gestelde voorwaarden niet-ingezeten beleggingsfondsen de facto niet benadelen, ook al gelden die voorwaarden zonder onderscheid voor ingezeten en niet-ingezeten beleggingsfondsen, moeten niet-ingezeten beleggingsfondsen dan ook in de gelegenheid worden gesteld aan te tonen dat zij zich met name wegens het in hun vestigingsstaat van kracht zijnde regelgevingskader in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van ingezeten beleggingsfondsen die aan die voorwaarden voldoen’.

In r.o. 5.7.1 t/m 5.7.4 van het 23 oktober 2020 arrest worden de hiervoor vermelde overwegingen uit *Deka* door de Hoge Raad toegepast. De Hoge Raad heeft in zijn arrest bevestigd dat met de dooruitdelingseis wordt beoogd de inkomsten van een ingezeten fonds (dan wel een daarmee vergelijkbaar niet-ingezeten fonds) te belasten, en niet de gelden fysiek te laten doorstromen naar de aandeelhouders. In het licht van deze doelstelling behoeft er geen daadwerkelijke uitdeling te zijn om te voldoen aan de dooruitdelingseis. Voor zover houdt de Hoge Raad, voor toepassing van de dooruitdelingseis, rekening met het feit dat in Duitsland de winst is *geacht* te zijn uitgekeerd.

De Hoge Raad *lijkt* dus rekening te houden met de winstuitkeringseisen van een andere lidstaat en lijkt zo *de facto* discriminatie te voorkomen.

De Hoge Raad overweegt echter ook dat in het geval van niet-ingezeten fondsen de gehele voor uitdeling beschikbare winst, *naar Nederlandse maatstaven*, geacht dient te zijn uitgedeeld volgens de fiscale wetgeving van het land waar het fonds is gevestigd (r.o. 5.7.4 van het arrest).

Van niet-ingezeten fondsen wordt zodoende geacht dat die hun winsten herrekenen naar de voor uitdeling beschikbare winst naar Nederlandse maatstaven. Vervolgens moet worden bepaald of deze herrekende winst in zijn geheel is uitgekeerd dan wel wordt geacht volledig te zijn uitgekeerd volgens de toepasselijke buitenlandse wet- en regelgeving en in de heffing wordt betrokken. Indien de omvang van de (fictieve) dooruitdeling lager is dan de naar Nederlandse maatstaven berekende voor uitdeling beschikbare winst, voldoet het niet-ingezeten fonds volgens de Hoge Raad niet aan de dooruitdelingseis.

Hierdoor eist de Hoge Raad toch een deels ‘strikte naleving’ van de door de nationale wettelijke regeling gestelde voorwaarden van de dooruitdelingseis namelijk dat de voor uitdeling beschikbare winst naar Nederlandse maatstaven moet worden berekend. Het HvJ EU had in het *Deka* arrest er nu juist op gewezen dat wanneer ‘de mogelijkheid om teruggaaf van bronbelasting te verkrijgen afhankelijk wordt gesteld van de strikte naleving van de in de nationale wettelijke regeling gestelde voorwaarden, ongeacht de wettelijke voorwaarden die voor niet-ingezeten beleggingsfondsen gelden in hun vestigingsstaat’ tot *de facto* discriminatie zou kunnen leiden. Dit ter verificatie door de Hoge Raad. Tijdens de rechtszitting in de *Deka* zaak voor het HvJ EU was onder meer het feit dat de voor uitdeling beschikbare winst naar Nederlandse maatstaven moet worden berekend onderdeel van de discussie of sprake is van een *de facto* discriminatie (en niet alleen dat de winst binnen 8 maanden na het boekjaar moet worden uitgekeerd). De Hoge Raad past naar de mening van de Orde het arrest van het HvJ EU in de *Deka* zaak niet juist toe in zijn arrest van 23 oktober 2020. In plaats van te verifiëren of de eis dat de voor uitdeling beschikbare winst naar Nederlandse maatstaven moet worden berekend tot een *de facto* discriminatie leidt, past de Hoge Raad dit onderdeel van de dooruitdelingseis gewoon toe. Hierdoor blijft de vraag of de eis dat de voor uitdeling beschikbare winst naar Nederlandse maatstaven moet worden berekend een *de facto* discriminatie inhoudt dus per saldo onbeantwoord.

Voor de volledigheid geeft de Orde weer waarom in casus sprake kan zijn van een *de facto* discriminatie: Door toepassing van de Duitse fiscale wet- en regelgeving voor fondsen, zullen de in Duitsland gevestigde fondsen naar verwachting van de Orde slechts in uitzonderlijke situaties kunnen voldoen aan de dooruitdelingseis berekend naar Nederlandse maatstaven.

Duitsland kent zoals Nederland een vergelijkbaar systeem van uitkeerbare winst en een herbeleggingsreserve. Slechts die uitkeerbare winst is volgens Duitse fiscale wetgeving (fictief) uitgekeerd. De uitkeerbare winst bestaat in Duitsland net als in Nederland uit rente- en dividendinkomsten en de herbeleggingsreserve uit (on)gerealiseerde vermogenswinsten op effecten. Zowel in Nederland als in Duitsland dienen de kosten van het fonds (bijvoorbeeld de kosten voor het beheer van de beleggingen) te worden verdeeld tussen de uitkeerbare winst en de herbeleggingsreserve.

In Nederland worden deze beheerskosten voor een evenredig gedeelte toegerekend aan de herbeleggingsreserve, aan de hand van de eerder aangehaalde formule die gebruik maakt van de waarde van de herbeleggingsreserve en de waarde in het economische verkeer van het fondsvermogen. Het restant komt ten laste van de voor uitdeling beschikbare winst.

In Duitsland worden – in de jaren waar de procedure op ziet – de kosten anders verdeeld tussen de uitkeerbare winst en de herbeleggingsreserve. Hierin is belangrijk §3, paragraaf 3, tweede volzin; nr. 1 tot en met 4 van de Duitse Investment Steuergesetz (InvStG) uit 2004. Deze bepaling voorziet in een forfaitaire toerekening van de fondskosten aan de herbeleggingsreserve van slechts 10%. De overige

90% van die kosten komt ten laste van de uitkeerbare winst. Om die reden zal de Duitse uitkeerbare winst normaliter lager zijn dan de uitkeerbare winst berekend volgens Nederlandse maatstaven.

Dit brengt vervolgens met zich dat in de betreffende periode de voor uitdeling beschikbare winst herrekend naar Nederlandse maatstaven normaliter nooit in zijn geheel volgens Duits fiscale wetgeving wordt geacht te zijn uitgekeerd. Derhalve zullen in Duitsland gevestigde fondsen (zoals Köln Aktienfonds Deka) bijna nooit aan de dooruitdelingseis (zoals uitgelegd in het arrest van de Hoge Raad) kunnen voldoen.

### **5. Rechtsherstel door Hoge Raad**

De Hoge Raad heeft er in het arrest voor gekozen zelf in rechtsherstel te voorzien en de belemmering van het vrije verkeer dat de Nederlandse regeling veroorzaakt te herstellen door te beslissen dat Nederland, aan een niet-ingezeten fonds dat aanspraak wil maken op teruggaaf van dividendbelasting, de voorwaarde van de ‘vervangende betaling’ mag stellen (een keuzeregeling). De vervangende betaling moet worden berekend naar de maatstaven zoals in r.o. 5.4.5 van het arrest neergelegd.

Het keuzerecht en de vervangende betaling zelf zijn niet in de Nederlandse wetgeving neergelegd. De Orde kwalificeert de vervangende betaling zoals al in de literatuur is opgemerkt als een ‘rekengrootheid’<sup>3</sup> (om de teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting te berekenen) om zo de strijd met het Unierecht op te heffen, met een maatregel die minder ingrijpend is dan de nationale wetgeving buiten aanmerking te laten (en op grond hiervan teruggaaf van dividendbelasting te geven). De Orde heeft er begrip voor dat de rechter zoveel mogelijk zelf in rechtsherstel voorziet in het geval van schending van Unierecht.

De Orde is echter ook van mening dat in de *Köln-Aktienfonds Deka* zaak de Hoge Raad dit rechtsherstel aan de wetgever had moeten overlaten. De Orde is van mening dat de rechter wel rechtsherstel kan bieden door een belasting terug te geven en hierbij aan te sluiten bij de al bestaande nationale regelgeving in binnenlandse situaties, maar niet wanneer dit gepaard gaat met de creatie van een keuzerecht dat niet in de wet is opgenomen en door de introductie van een ‘vervangende betaling’, een begrip dat niet eerder in de Nederlandse belastingwetgeving is geïntroduceerd. Door de poging van de Hoge Raad zelf rechtsherstel te bieden is er geen mogelijkheid voor belastingplichtigen via de parlementaire behandeling van een wet meer duidelijkheid te verkrijgen over dit recht en de maatstaven op grond waarvan de vervangende betaling moet worden berekend. Wetgeving had de vele uitvoeringsproblemen waar belastingplichtigen op dit moment tegen aan lopen kunnen voorkomen. Gezien de vele uitvoeringsproblemen met betrekking tot de vervangende betaling (zie nader paragraaf 7 hierna) is de Orde van mening dat de Hoge Raad per saldo de belastingplichtige geen rechtsherstel biedt, aangezien de vervangende betaling niet waarborgt dat belastingplichtigen hun juridische rechten en plichten kennen waardoor zij zekerheid hebben over de juridische en economische gevolgen van hun handelen. Dit is in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel (zie onder meer: HvJ EG 15 februari 1996, zaak C-63/93, *Duff*, r.o. 20). Zie ook hierna.

### **6. Het keuzerecht voor vervangende betaling is in strijd met Unierecht**

Nog afgezien van de vraag of het keuzerecht voor de vervangende betaling wel door Nederland en niet door de staat van het niet-ingezeten fonds als voorwaarde kan worden gesteld, lijkt het keuzerecht op een aantal punten tot strijd met het Unierecht te leiden:

*- Keuzerecht is met terugwerkende kracht ingevoerd en dus niet een tijdige en doelmatige inkennisstelling*

---

<sup>3</sup> Zie de aantekening bij de onderhavige zaak in V-N 2020/54.14.

Onder het Unierecht mag een lidstaat een belastingplichtige een keuzerecht geven zodat hij kan kiezen tussen verschillende regelingen. In een recente conclusie van 19 november 2020, in zaak *MK, C-388/19* merkt A-G Hogan hierover op (onderstreping Orde):

‘63. Opgemerkt zij echter dat de Portugese wetgeving thans personen die in een andere lidstaat verblijven de mogelijkheid biedt om voor de voor ingezetenen geldende regeling te kiezen. Door de beschikbaarheid van deze optie wordt mijns inziens elke discriminatoire fiscale behandeling uitgesloten, mits uiteraard de betrokken niet-ingezetenen belastingplichtigen er tijdig en doelmatig van in kennis zijn gesteld dat zij deze optie kunnen uitoefenen. De regels aangaande het vrije verkeer verlangen immers uitsluitend dat burgers van de Unie die ingezetenen van een andere lidstaat zijn, de mogelijkheid wordt geboden om voor dezelfde belastingregeling in aanmerking te komen als de ingezetenen van een lidstaat.<sup>(50)</sup>

64. Er zou ook niet tot discriminatie geconcludeerd kunnen worden indien een burger van de Unie die ingezetene van een andere lidstaat is, over de reële en doelmatige mogelijkheid beschikt om voor dezelfde regeling als de voor ingezetenen geldende regeling te kiezen, hetgeen veronderstelt dat hij tijdig en doelmatig van deze optie in kennis is gesteld.<sup>(51)</sup> Indien dat het geval is, is de vraag of de betrokken belastingplichtige deze optie al dan niet heeft uitgeoefend mijns inziens irrelevant, aangezien de lidstaten hun belastingplichtigen tussen verschillende regelingen mogen laten kiezen.<sup>(52)</sup>

In casu kan niet worden gesteld dat de belastingplichtigen er ‘tijdig en doelmatig van in kennis zijn gesteld dat zij deze optie kunnen uitoefenen’. Sterker nog, het keuzerecht heeft terugwerkende kracht. Aan de voorwaarde van tijdig en doelmatige in kennisstelling lijkt niet worden voldaan wanneer de rechter (achteraf) rechtsherstel biedt wat betekent dat een keuzerecht alleen vooraf en bij wetgeving kan worden ingevoerd. Het keuzerecht zoals door de Hoge Raad ingevoerd, voldoet dan niet aan de eisen van kenbaarheid van een rechtsregel en voorzienbaarheid van een rechtssituatie zoals het rechtszekerheidsbeginsel vereist in situaties die onder de werkingssfeer van Unierecht vallen.

*- Het niet-ingezetenen fonds krijgt niet de keuze tot precies gelijke of gelijkwaardige behandeling als ingezetenen fondsen*

In zijn conclusie in zaak *MK, C-388/19* merkt A-G Hogan ook op dat in die zaak een keuzerecht mag worden toegepast (r.o. 67) (onderstreping Orde):

‘Mijns inziens heeft Portugal dan ook het volledige recht dit zo te beslissen, mits – en dit betreft een essentiële voorwaarde – niet-ingezetenen de keuze wordt gelaten om op precies dezelfde wijze als ingezetenen voor de vermogenswinst te worden belast. Hiervoor is vereist dat de in Portugal behaalde winst niet volgens de marginale schijf wordt belast, maar wordt opgesplitst over de verschillende schijven die toegepast zouden zijn als alle belastbare inkomsten in Portugal zouden zijn belast in verhouding tot de in die lidstaat behaalde winst als percentage van het totale inkomen. Er kan ook niet van worden uitgegaan dat in Portugal behaalde winsten per definitie overeenkomen met de winsten die in dit scenario binnen de laatste schijf zouden zijn gevallen. Dit betekent dat voor een belastingplichtige met 25 000 EUR aan inkomsten uit andere lidstaten en 5 000 EUR aan inkomsten in Portugal, die 5 000 EUR over het belastingjaar 2017 niet tegen 37 % moet worden belast, maar tegen het gemiddelde tarief dat had gegolden als alle inkomsten in Portugal zouden zijn belast, te weten, en volgens de in het dossier opgenomen informatie, 28,838 %’.

A-G Hogan is derhalve van oordeel dat onder het keuzerecht voor de toepassing van het *belastingtarief* wel rekening mag worden gehouden het wereldinkomen van de ingezetenen, maar dat er geen buitenlandse inkomsten in de *belastbare grondslag* mogen worden opgenomen. Dit laatste is wat de Hoge Raad echter wel voorschrijft in r.o. 5.4.5 van het arrest in *Köln-Aktiefonds Deka*: de vervangende

betaling wordt geheven over de gehele voor uitkering beschikbare (wereld)winst. Dit lijkt in strijd met dat wat A-G Hogan voorschrijft in zijn conclusie. Dit is een aanwijzing dat het op de weg van de Hoge Raad had moeten liggen om aan het HvJ EU ook een vraag voor te leggen over hoe een vervangende betaling moet worden vorm gegeven. Uit de conclusie in de zaak *MK* zou men kunnen verdedigen dat de belastbare grondslag voor de rekengrootheid te ruim is genomen.

*- De vervangende betaling is een rekengrootheid en geen belasting*

Uit het *Fidelity Funds* arrest blijkt dat dat de interne samenhang van het (Deense) belastingstelsel ook zou worden behouden wanneer aan een niet-ingezetenen fonds dividendbelasting wordt teruggegeven, ‘mits de Deense belastingautoriteiten zich, met de volledige medewerking van de betrokken instellingen, ervan vergewissen dat deze instellingen een belasting betalen die gelijk is aan die welke in Denemarken gevestigde § 16 C-fondsen als voorheffing moeten inhouden op de overeenkomstig de genoemde bepaling berekende minimumuitkering’ (r.o. 84).

De Hoge Raad herhaalt deze rechtsoverweging letterlijk in het 23 oktober arrest (r.o. 5.4.1).

Uit deze overweging blijkt dat sprake moet zijn van ‘belasting betalen’ en dat de belastingdienst zich moet ‘vergewissen’ ‘met volledige medewerking van de betrokken instellingen’<sup>4</sup> dat die is betaald. Hieruit blijkt duidelijk dat een belasting moet zijn *betaald*. Wanneer sprake is van een betaling kan het er echter, onder de maatstaven die de Hoge Raad in r.o. 5.4.5 en r.o. 5.5.1 voor de berekening van de vervangende betaling heeft gesteld, nooit toe leiden dat de discriminatie tussen ingezet en niet-ingezet fondsen wordt weggenomen.

Een voorbeeld ter verduidelijking:

**Vervangende betaling**

Bruto dividendinkomsten	2.000.000
<i>(ingehouden Nederlandse dividendbelasting 300.000)</i>	
Beheerskosten	200.000
Nettowinst	1.800.000
15% over nettowinst	270.000
Aftrek buitenlandse dividendbelasting (tot 15%)	-
Vervangende betaling	270.000

**Teruggaaf dividendbelasting**

Betaalde dividendbelasting	300.000
Vervangende betaling	- 270.000
Teruggaaf dividendbelasting	30.000

**Netto belastingdruk niet-ingezet fondsen**

Betaalde dividendbelasting	300.000
Vervangende betaling	270.000
Teruggaaf dividendbelasting	- 30.000
<b>Belastingdruk</b>	<b>540.000</b>

---

<sup>4</sup> Dit is overigens ook een aanwijzing is dat het HvJ EU hier aan een buitenlandse heffing denkt: want waarom dan de eisen van ‘vergewissen’ en met ‘volledige medewerking van de betrokken instellingen’; de eis van naleving van het belastingrecht van de staat waar de bronheffing wordt teruggevraagd is een eis die altijd mag worden gesteld door die belastingheffende staat, het HvJ EU lijkt er hier dus te denken dat de belastingplichtige zelf ook openheid moet geven over een aan een *andere* staat betaalde belasting.

**Netto belastingdruk ingezeten fonds**

Betaalde dividendbelasting	300.000
Teruggaaf dividendbelasting	- 300.000
Af te dragen dividendbelasting op dooruitdeling	270.000
<b>Belastingdruk</b>	<b>270.000</b>

Uit dit voorbeeld blijkt dat wanneer sprake is van een daadwerkelijke betaling de belastingdruk bij een niet-ingezeten fonds hoger is dan een ingezeten fonds. De discriminatie wordt dan niet weggenomen.

Dit betekent dat geen sprake van een daadwerkelijke betaling kan zijn, maar sprake lijkt zijn van een rekengrootheid om de teruggave van dividendbelasting te bepalen. In het geval van een rekengrootheid wordt echter ook geen gelijke behandeling verleend. Bij een rekengrootheid is geen sprake van een echte betaling en dus geen belasting die wordt geheven van de aandeelhouders van het fonds zoals in binnenlandse situaties. Dit betekent dat de aandeelhouder deze niet-bestaande betaling ook niet kunnen verrekenen in hun vestigingsstaat (zie nader ook hieronder). In een binnenlandse situatie wordt economische dubbele belastingheffing voorkomen voor beleggers in een ingezeten fonds, maar het keuzerecht van de vervangende betaling voorziet niet in voorkoming van economische dubbele belasting bij een niet-ingezeten fonds. Hierdoor blijft de discriminatie tussen ingezeten fondsen en niet-ingezeten fondsen bestaan. Dit is in strijd met de rechtspraak van het HvJ EU dat de Hoge raad zelf in het arrest in r.o. 5.2.3. aanhaalt (zie onderstreping Orde):

‘De vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie (niet-ingezeten beleggingsfonds) met een interne situatie (ingezeten beleggingsfonds) moet worden onderzocht op basis van het doel dat wordt nagestreefd met de van toepassing zijnde nationale bepalingen, alsook van het voorwerp en de inhoud van die bepalingen. Indien een lidstaat niet alleen ingezeten maar ook niet-ingezeten fondsen aan een belasting onderwerpt voor de inkomsten die zij van een ingezeten vennootschap ontvangen, benadert de situatie van die niet-ingezeten fondsen die van de ingezeten fondsen. In een dergelijk geval moet de staat van vestiging van de uitkerende vennootschap erop toezien dat niet-ingezeten fondsen in het kader van de in zijn nationale recht vervatte regeling ter voorkoming of vermindering van opeenvolgende belastingheffingen of economische dubbele belasting op dezelfde wijze worden behandeld als ingezeten fondsen, opdat niet-ingezeten ontvangende fondsen niet worden geconfronteerd met een in beginsel door artikel 63 VWEU verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal (vgl. het arrest Fidelity Funds, punten 54 en 55).

Het regime dat toepasselijk is op de fbi is erop gericht de belastingdruk op beleggingsopbrengsten via een dergelijke beleggingsinstelling zo veel mogelijk gelijk te doen zijn aan de belastingdruk bij rechtstreeks beleggen door particulieren.<sup>13</sup> Aangezien Nederland, door het heffen van Nederlandse dividendbelasting over door Nederlandse vennootschappen uitgekeerde inkomsten, ervoor heeft gekozen zijn fiscale bevoegdheid ook uit te oefenen ten aanzien van inkomsten van niet-ingezeten fondsen, bevinden deze fondsen zich – wat betreft het risico van dubbele economische belasting van dividenden die worden uitgekeerd door in Nederland gevestigde vennootschappen – in een situatie die vergelijkbaar is met die van fbi’s die in Nederland zijn gevestigd (vgl. het arrest Fidelity Funds, punt 56)’.

Door het rechtsherstel door middel van de vervangende betaling wordt geen gelijke behandeling bewerkstelligd tussen niet-ingezeten fondsen en ingezeten fondsen met betrekking tot voorkoming van economisch dubbele belasting en wordt het doel van het fbi regime dat de fbi ’erop gericht [is] de belastingdruk op beleggingsopbrengsten via een dergelijke beleggingsinstelling zo veel mogelijk gelijk te doen zijn aan de belastingdruk bij rechtstreeks beleggen door particulieren’ (zie r.o. 5.2.2. uit het 23 oktober arrest) niet gehaald in situaties met een niet-ingezeten fonds.

Een rechtsherstel welke recht geeft op gelijke behandeling tussen niet-ingezeten fondsen en ingezeten fondsen lijkt derhalve alleen door de wetgever te kunnen geboden door niet-ingezetenen het recht te geven om als inhoudingsplichtige voor de dividendbelasting te worden aangemerkt.

## **7. Uitvoeringsproblemen met betrekking tot de vervangende betaling**

In aanvulling op het voorgaande brengt het arrest een aantal praktische problemen met zich voor niet-ingezeten fondsen die om teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting verzoeken op grond van hun vergelijkbaarheid met een ingezeten fonds, dienen in te stemmen met het doen van de vervangende betaling. Ten aanzien van de vervangende betaling resteren er grote onduidelijkheden voor niet-ingezeten fondsen, waarbij de onzekerheid over de mogelijkheid tot verrekening c.q. teruggaaf bij de aandeelhouders het meest in het oog springt.

Op grond van het arrest van de Hoge Raad hebben niet-ingezeten fondsen die vergelijkbaar zijn met een ingezeten fonds, recht op teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting voor zover dat bedrag hoger is dan de vervangende betaling. De vervangende betaling wordt berekend over de 'voor uitdeling beschikbare winst' van het niet-ingezeten fonds, berekend naar Nederlandse maatstaven aan de hand van art. 28 Wet Vpb 1969 in samenhang met het Besluit Beleggingsinstellingen.

Voor de niet-ingezeten fondsen is beleggingsneutraliteit en gelijke behandeling van investeerders de inzet geweest van de lopende procedures bij de Belastingdienst en de rechtbanken. De belastingdruk op de beleggingsopbrengsten behaald via een fonds zou zo veel mogelijk gelijk moeten zijn aan de belastingdruk bij een rechtstreekse belegging. Vervolgens moet er ook geen verschil in belastingdruk bestaan tussen belegging via een ingezeten fonds en belegging via een daarmee vergelijkbaar niet-ingezeten fonds.

Verrekening dan wel teruggaaf op het niveau van de aandeelhouder van het niet-ingezeten fonds is essentieel om de gewenste beleggingsneutraliteit te bewerkstelligen. De belanghebbenden zijn slechts gebaat bij het instemmen met het doen van de vervangende betaling als zij zich ervan kunnen vergewissen dat deze kan worden verrekend c.q. teruggevraagd door de aandeelhouders, zoals aandeelhouders van ingezeten fondsen dat kunnen.

De hiernavolgende (niet-uitputtende) verzameling van voorbeelden laat zien dat het gewezen arrest behoorlijke onzekerheid achterlaat bij de betrokken belanghebbenden met betrekking tot de praktische toepassing en uitwerking van het arrest. Niet-ingezeten fondsen kunnen op basis van het arrest geen verantwoorde beslissing nemen namens hun aandeelhouders over het instemmen met het doen van de vervangende betaling en toekomstige verzoeken om teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting.

- i. Een fundamentele vraag in dezen is of de vervangende betaling kan leiden tot verrekening of teruggaaf op het niveau van de aandeelhouders van de niet-ingezeten fondsen. Voor aandeelhouders van ingezeten fondsen is geregeld dat de door het ingezeten fonds betaalde dividendbelasting feitelijk wordt vervangen door een door het fonds ten laste van de aandeelhouders ingehouden dividendbelasting. Die aandeelhouders maken op hun beurt in beginsel aanspraak op verrekening van die belasting als voorheffing (art. 9.2. Wet inkomstenbelasting 2001 of art. 25 Wet op de vennootschapsbelasting 1969), dan wel kunnen zij een verzoek om teruggaaf indienen (art. 10 of art. 10a Wet dividendbelasting 1965).

Voor aandeelhouders van niet-ingezeten fondsen die vergelijkbaar zijn met een ingezeten fonds en instemmen met de vervangende betaling ligt dat anders. De vervangende betaling is een daadwerkelijke betaling dan wel rekgrootheid, die van invloed is op het recht op teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting. Op basis van het arrest van de Hoge Raad is het zeer de vraag of de vervangende betaling moet worden gezien als belasting die ten laste van de



aandeelhouders van het niet-ingezeten fonds wordt geheven. Het is overigens onduidelijk of de vervangende betaling een belasting is in de zin van art. 2 van het OESO-modelverdrag en de daarmee vergelijkbare bepalingen in belastingverdragen die Nederland heeft gesloten. Gelet op het voorgaande ligt het niet voor de hand dat de vervangende betaling kan leiden tot verrekening dan wel teruggaaf op het niveau van de aandeelhouders van het niet-ingezeten fonds.

- ii. Indien de vervangende betaling kan leiden tot verrekening of teruggaaf op het niveau van de aandeelhouders, is op basis van het arrest van de Hoge Raad onbekend welke (informatie)verplichtingen het niet-ingezeten fonds in dat kader dan heeft ten opzichte van zijn aandeelhouders.
- iii. De civielrechtelijke duiding van de vervangende betaling kan relevant zijn voor de vraag of het niet-ingezeten fonds deze kan verhalen op diens aandeelhouders. Het arrest biedt hiervoor geen aansluitingspunten. Indien het niet-ingezeten fonds ervoor kiest de vervangende betaling niet te verhalen op zijn aandeelhouders, is vervolgens onduidelijk of brutering dient te worden toegepast, zoals in een dergelijk geval van een ingezeten fonds zou worden vereist op grond van art. 6 lid 1 Wet dividendbelasting 1965.
- iv. Voor, bijvoorbeeld, vrijgestelde aandeelhouders van een niet-ingezeten fonds die ten aanzien van de vervangende betaling om teruggaaf kunnen verzoeken, is onbekend vanaf welk moment de relevante termijn voor het teruggaafverzoek aanvangt. Het is onduidelijk of hier, bijvoorbeeld, kan worden uitgegaan van het moment dat de vervangende betaling wordt gedaan of het moment dat de winst van het fonds feitelijk of fictief wordt uitgekeerd.
- v. Het is onduidelijk in hoeverre een niet-ingezeten fonds is gebonden aan instemming tot het doen van de vervangende betaling en of het verzoek of de instemming nog kan worden ingetrokken indien blijkt dat de vervangende betaling (volgens de Belastingdienst) hoger dient te zijn dan door het niet-ingezeten fonds is berekend.
- vi. De Hoge Raad oordeelt dat recht op teruggaaf bestaat van *ingehouden* dividendbelasting op door het niet-ingezeten fonds ontvangen dividenden voor zover die de vervangende betaling overschrijdt. Voor de vervangende betaling moet worden uitgegaan van het bedrag van de belasting die het niet-ingezeten fonds *had moeten inhouden* indien het in Nederland zou zijn gevestigd. De procedure Köln-Aktiefonds Deka en vergelijkbare lopende procedures zien (mede) op jaren waarin een dividendbelastingtarief van 25% gold. Op grond van een toepasselijk belastingverdrag kon dat tarief doorgaans worden verminderd naar 15%.<sup>5</sup>

Uit het arrest van de Hoge Raad kan niet worden opgemaakt of bij de ingehouden dividendbelasting rekening dient te worden gehouden met het toegepaste Nederlandse dividendbelastingtarief van 25% (in de periode tot 1 januari 2007) dan wel 15%. Bovendien is het de vraag of bij de berekening van de vervangende betaling moet worden uitgegaan van het toepasselijke verdragstarief of dat moet worden uitgegaan van het geldende nationale dividendbelastingtarief als dat hoger was.

- vii. Bij de bepaling van de voor uitdeling beschikbare winst wordt de dotatie aan de herbeleggingsreserve (art. 1a jo. art. 4 Besluit Beleggingsinstellingen) niet tot de winst gerekend. De dotaties aan de herbeleggingsreserve zijn een belangrijk onderdeel van de berekening van de voor uitdeling beschikbare winst. De dotatie aan de herbeleggingsreserve

---

<sup>5</sup> In een (test)procedure die ook gaat over het recht op teruggaaf van dividendbelasting voor een Duits Publikum Sondervermogen en ziet op de jaren 2006 tot en met 2014 is voor het jaar 2006 geoordeeld door Rechtbank Zeeland-West-Brabant dat recht op teruggaaf bestaat van dividendbelasting ingehouden boven het verdragstarief. Zie de uitspraak van Rechtbank Zeeland-West-Brabant 18 juni 2020, nr. BRE 16/9119, in verband met diens uitspraak van 15 januari 2020, nr. BRE 16/9119, 16/9120 en 16/9444 tot en met 16/9450.

wordt verminderd met een ‘evenredig gedeelte’ van de kosten die met het beheer van de beleggingen verband houden. Onder ‘evenredig gedeelte’ wordt verstaan een gedeelte dat evenredig is aan de verhouding tussen de omvang van de herbeleggingsreserve bij aanvang van het boekjaar en de waarde in het economische verkeer van het gehele vermogen bij aanvang van het boekjaar. Het restant van de kosten wordt toegerekend aan de voor uitdeling beschikbare winst.

Uit het arrest van de Hoge Raad kan niet worden afgeleid hoe niet-ingezeten fondsen de herbeleggingsreserve (bij aanvang van het boekjaar) bepalen bij de herrekening van de voor uitdeling beschikbare winst naar Nederlandse maatstaven. Een correcte herrekening van de voor uitdeling beschikbare winst naar Nederlandse maatstaven vereist dan mogelijk een herrekening vanaf het jaar van oprichting van het betreffende niet-ingezeten fonds.

- viii. Het is voorts onduidelijk hoe de herrekening van de voor uitdeling beschikbare winst dient te worden gemaakt door niet-ingezeten fondsen die zijn gevestigd in landen die een andere valuta dan de Euro gebruiken, zoals de lidstaten Zweden en Denemarken en landen buiten de Europese Unie.
- ix. Van niet-ingezeten fondsen wordt gevraagd dat zij een volledige herrekening maken van hun naar buitenlandse grondslagen bepaalde resultaat naar Nederlandse grondslagen. Zonder twijfel leidt een dergelijke herrekening tot een aanzienlijke administratieve last op het niveau van het fonds. Naar verwachting dienen informatiestromen en systemen binnen de kring van het fonds, de fondsbeheerder, de vermogensbeheerder en hun financiële dienstverleners te worden aangepast.

Amsterdam, 8 december 2020

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,

Commissie Prejudiciële Vragen en de Sectie Europees Fiscaal Recht