



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Hoge Raad der Nederlanden
Postbus 20303
2500 EH DEN HAAG

Amsterdam, 26 september 2016

**Betreft: Schriftelijke opmerkingen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
bij de prejudiciële vragen van Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 1
augustus 2016, nrs. 15/6759 tot en met 15/6762 en nrs. 12/29, 12/ 30 en 12/152
tot en met 12/154, uw kenmerk 16/03954 en 16/03955**

Edelhoogachtbaar College,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennis genomen van het verzoek om schriftelijke opmerkingen in te dienen bij bovengenoemde prejudiciële vragen. De Orde geeft hierbij graag gehoor aan dit verzoek.

Inleidende opmerkingen

Bronheffingen op dividendbetalingen verricht vanuit de Europese Unie liggen Europeesrechtelijk al ruim een decennium onder vuur. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) vloeit voort dat het lidstaten in beginsel niet is toegestaan om buitenlandse aandeelhouders zwaarder te belasten dan vergelijkbare binnenlandse aandeelhouders, tenzij het nadelige effect van deze discriminerende heffing op basis van het toepasselijke belastingverdrag in de woonstaat van de aandeelhouder wordt geneutraliseerd, bijvoorbeeld omdat de bronheffing in de woonstaat verrekend kan worden. Dit uitgangspunt geldt niet alleen voor Europese aandeelhouders, maar ook voor aandeelhouders gevestigd buiten de Europese Unie.

In de onderhavige zaken staat de vraag centraal hoe moet worden vastgesteld of, en zo ja onder welke omstandigheden en in hoeverre, een buitenlands beleggingsfonds op basis van Europees recht gerechtigd is tot een teruggave van Nederlandse dividendbelasting. Het antwoord op deze vraag valt naar de mening van de Orde niet eenduidig uit de rechtspraak van het HvJ EU en van uw Raad af te leiden. De Orde meent daarom dat het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EU aangewezen is. De Orde hecht er in dit verband aan het volgende te benadrukken. Ondanks dat de jurisprudentie zich op het vlak van bronheffingen al lange tijd ontwikkelt, bestaan er in de praktijk nog steeds tal van vragen waarop de jurisprudentie geen duidelijk antwoord geeft. Tevens is onzekerheid ontstaan over de verhouding van eerdere rechtspraak van uw Raad tot meer recente

rechtspraak van het HvJ EU. De kwesties die in de onderhavige zaken aan de orde zijn, zijn hier een duidelijk voorbeeld van. Het gevolg is grote rechtsonzekerheid voor buitenlandse beleggingsfondsen. Zij zien zich hierdoor genoodzaakt de – vaak kostbare en tijdrovende – gang naar de rechter te maken. Hoewel de Orde geen exacte gegevens voorhanden heeft, blijkt in de praktijk dat buitenlandse beleggingsfondsen over de afgelopen tien jaar op grote schaal teruggaafverzoeken hebben ingediend, waarbij de terugggevraagde bedragen per beleggingsfonds variëren van enkele duizenden tot soms enkele miljoenen euro's en waarop tot op heden nog niet definitief is beslist. Het betreft een waaier aan verschillende typen beleggingsfondsen, die niet alleen binnen de Europese Unie, maar regelmatig ook daarbuiten gevestigd zijn. De Rechtbank spreekt in dit verband over 1500 lopende zaken, welk aantal mogelijk zou kunnen oplopen tot 4500. Alhoewel de feiten op detailniveau kunnen verschillen, zijn bij vrijwel al deze zaken op hoofdlijnen dezelfde rechtsvragen aan de orde.

Gezien het bovenstaande is de Orde met de Rechtbank van mening dat het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en doelmatigheid wenselijk is om snel en duidelijk antwoord op deze vragen te verkrijgen, zodat in ieder geval in een groot aantal, soms langlopende, zaken een definitieve beslissing kan worden genomen.

Prejudiciële vragen Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft op 1 augustus 2016 in een tweetal zaken prejudiciële vragen gesteld aan uw Raad omtrent de juistheid van de vergelijkingsmaatstaf zoals aangelegd in de uitspraak van uw Raad van 10 juli 2015, nr. 14/03956. Hierna volgt omwille van de leesbaarheid de letterlijke tekst van de voorgelegde vragen.

Prejudiciële vraag 16/03955

1. Ziet de Hoge Raad reden om terug te komen op de beslissing in zijn arrest van 10 juli 2015, nr. 14/03956, ECLI:NL:HR:2015:1777, BNB 2015/203, namelijk dat een in het buitenland gevestigd beleggingsfonds reeds niet vergelijkbaar is met een Nederlandse fbi omdat een dergelijk beleggingsfonds niet in Nederland inhoudingsplichtig is voor de dividendbelasting?;
2. Zo neen, is de vergelijkingsmaatstaf anders indien ook binnenlandse particuliere aandeelhouders participeren in het in het buitenland gevestigd beleggingsfonds?;

Prejudiciële vraag 16/03954

1. Ziet de Hoge Raad reden om terug te komen op de beslissing in zijn arrest van 10 juli 2015, nr. 14/03956, ECLI:NL:HR:2015:1777, BNB 2015/203, namelijk dat een in het buitenland gevestigd beleggingsfonds reeds niet vergelijkbaar is met een Nederlandse fbi omdat een dergelijk beleggingsfonds niet in Nederland inhoudingsplichtig is voor de dividendbelasting?

Voor het geval uit de antwoorden van de Hoge Raad volgt dat in het kader van de vergelijkbaarheidstoets ook wordt toegekomen aan de vraag of aan de wettelijke eisen voor de FBI wordt voldaan:

2. Indien een in het buitenland gevestigd beleggingsfonds niet aannemelijk maakt dat aan de in de Wet Vpb neergelegde criteria voor de zogenoemde aandeelhouderseis wordt voldaan, betekent dit dan zonder meer dat dat fonds niet objectief vergelijkbaar is met een in Nederland gevestigde fbi?

3. Indien niet aan de uitdelingseis zou worden voldaan maar het heffingsregime van het land van vestiging van het beleggingsfonds inhoudt dat (een deel van) de winst van het beleggingsfonds bij de aandeelhouders wordt belast als ware die uitgekeerd, is dan voor de unierechtelijke vergelijkingstoets sprake van een situatie die gelijkgesteld kan worden aan die waarin wel aan de uitdelingseis is voldaan?
- 4a. Kan naar Nederlands recht slechts worden voldaan aan de uitdelingseis indien een beleggingsfonds (wettelijk of statutair) verplicht is zijn winsten door uit te delen?

Indien vraag 4a bevestigend wordt beantwoord:

- 4b. Indien een in het buitenland gevestigd beleggingsfonds wel feitelijk aan de uitdelingseis voldoet (zonder dat er een wettelijk of statutaire verplichting tot dooruitdeling was), is dat dan voor de unierechtelijke vergelijkingstoets voldoende om vergelijkbaar te zijn met een Nederlandse fbi op het punt van de uitdelingseis?
5. Dient de beoordeling of – in kwantitatieve zin – aan de uitdelingseis wordt voldaan in het kader van de vergelijkbaarheidstoets, te geschieden naar strikt Nederlandse maatstaven of kan bij die beoordeling rekening worden gehouden met winst die niet is uitgekeerd maar naar Duitse maatstaven wel geacht wordt te zijn uitgekeerd?

Schriftelijke opmerkingen bij prejudiciële vraag 16/03955

Vraag 1

Op 10 juli 2015 besliste uw Raad dat buitenlandse beleggingsfondsen die dividendinkomen ontvangen uit Nederlandse portfoliobeleggingen in principe niet vergelijkbaar zijn met in Nederland gevestigde fiscale beleggingsinstellingen (fbi's) en daarom geen recht hebben op een teruggaaf van de te hunnen laste ingehouden Nederlandse dividendbelasting (nr. 14/03956). Een teruggaaf zou in strijd komen met het aan het Nederlandse fbi-regime ten grondslag liggende uitgangspunt van fiscale neutraliteit tussen buitenlandse portfoliobeleggers die direct investeren in Nederlandse aandelen en buitenlandse portfoliobeleggers die via een beleggingsfonds indirect investeren in Nederlandse aandelen.

De Rechtbank heeft echter – terecht – geconstateerd dat naar aanleiding van de naderhand gewezen arresten Miljoen, X en Société Générale (HvJ EU 17 september 2015, C-10/14, C-14/14 en C-17/14) vragen rijzen bij de uitspraak van uw Raad van 10 juli 2015, nr. 14/03956. De reden is dat uit de genoemde arresten volgt dat ook buitenlandse portfoliobeleggers die direct investeren in Nederlandse aandelen over hun Nederlandse dividenden niet noodzakelijkerwijs aan (volledige) Nederlandse heffing zijn onderworpen. Hierdoor kan de vraag worden gesteld in hoeverre het door uw Raad gehanteerde argument van fiscale neutraliteit nog steeds valide is. In de praktijk is hierdoor rechtsonzekerheid ontstaan. Mede gezien de omvang van de Financiële belangen brengt deze onzekerheid met zich dat buitenlandse beleggingsfondsen er op grote schaal voor kiezen om ter behoud van recht hun bestaande teruggaafverzoeken niet in te trekken. Hierdoor zien buitenlandse beleggingsfondsen zich genoodzaakt tot het voeren van tijdrovende en kostbare procedures, die achteraf bezien mogelijk niet nodig blijken te zijn. Dit acht de Orde geen wenselijke situatie. Naar de mening van de Orde is het van belang dat zo snel mogelijk absolute duidelijkheid wordt verschaft over de vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden, een buitenlands beleggingsfonds recht heeft op teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting, mede gelet op het

grote aantal teruggaafverzoeken dat door buitenlandse beleggingsfondsen tot nu toe is ingediend en de hiermee gepaard gaande (financiële) belangen. Om die reden geeft de Orde in overweging het rechtsoordeel in de uitspraak van uw Raad van 10 juli 2015, nr. 14/03956, te bezien in het licht van de naderhand gewezen jurisprudentie door het HvJ EU en prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU. De Orde meent dat deze vragen betrekking zouden kunnen hebben op de mate waarin buitenlandse beleggingsfondsen aan de Nederlandse fbi-voorwaarden, zoals de dooruitdelingseis en de aandeelhouderstoets, moeten voldoen. Tot slot zouden naar de mening van de Orde de vragen betrekking kunnen hebben op de mate waarin het relevant is dat de Nederlandse dividendbelasting geheel of gedeeltelijk verrekend kan worden op het niveau van het beleggingsfonds, dan wel op het niveau van de achterliggende aandeelhouders.

Vraag 2

Indien ook binnenlandse particulieren beleggen in het in het buitenland gevestigde fonds, dient de vergelijkingsmaatstaf met betrekking tot deze binnenlandse particulieren naar de mening van de Orde anders te zijn dan de maatstaf die uw Raad heeft aangelegd in de uitspraak van 10 juli 2015, nr. 14/03956. Indien namelijk geen restitutie van de ten laste van het in het buitenland gevestigde beleggingsfonds geheven Nederlandse dividendbelasting plaats zal vinden, dan is de Nederlandse belastingdruk die deze binnenlandse particulieren uiteindelijk ervaren zeer waarschijnlijk hoger dan dat deze zou zijn geweest als de binnenlandse particulieren direct in Nederlandse aandelen hadden belegd, dus zonder tussenkomst van het buitenlandse beleggingsfonds. Bij directe investering zouden zij immers de Nederlandse dividendbelasting kunnen verrekenen met de verschuldigde inkomstenbelasting, met een teruggavemogelijkheid indien de Nederlandse dividendbelasting meer bedraagt. Indien de Nederlandse particulieren beleggen via een buitenlands beleggingsfonds, kunnen zij de Nederlandse dividendbelasting niet verrekenen met de verschuldigde inkomstenbelasting. Aangenomen dat het buitenlandse beleggingsfonds vergelijkbaar is met een Nederlandse fbi, strookt dit niet met de ratio van de fbi regeling, waarbij het geen verschil mag maken of een particulier belegt door middel van een beleggingsvehikel of dat er sprake is van direct beleggen. De Orde wijst in dit verband ook op de aantekening in Vakstudie-Nieuws bij deze zaak (V-N 2016/43.14):

“Ook in deze zaak wil de rechtbank weten of de Hoge Raad reden ziet om terug te komen op zijn arrest van 10 juli 2015, nr. 14/03956, V-N 2015/36.14 , BNB 2015/203. Mocht dit niet het geval zijn, dan wil de rechtbank weten in hoeverre het verschil maakt dat er ook binnenlandse particuliere aandeelhouders participeren in het buitenlandse beleggingsfonds. De gedachte achter deze vraag is dat er in dat geval bij de particuliere aandeelhouder wel een compenserende heffing kan plaatsvinden, zodat het niet-teruggeven van de ingehouden dividendbelasting aan het buitenlandse fonds uiteindelijk tot dubbele heffing kan leiden. Wat ons betreft zou dit inderdaad verschil moeten maken. Dat kan naar onze mening ook impliciet worden afgeleid uit r.o. 3.2 van het arrest BNB 2015/203. Daarin acht de Hoge Raad het namelijk doorslaggevend dat de door het buitenlandse fonds uitgekeerde winsten niet aan dividendbelasting zijn onderworpen en dat Nederland evenmin een heffingsrecht heeft over de inkomsten van de in het buitenland wonende aandeelhouders van het beleggingsfonds. Het is dus de Nederlandse onderworpenheid van de dooruitdeling die cruciaal is, en het ontbreken daarvan is voor de Hoge Raad voldoende om te beslissen dat er geen recht bestaat op teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting aan het buitenlandse fonds. Naar onze mening betekent dit a fortiori dat, voor zover binnenlandse particuliere aandeelhouders

participeren in het in het buitenland gevestigde beleggingsfonds, er wel sprake is van Nederlandse onderworpenheid en er prima facie dus wel sprake kan zijn van een belemmering (zie ook onze aantekening in V-N 2015/36.14).”

De Orde onderschrijft deze visie van de redactie van Vakstudie-Nieuws en meent dat de onderhavige vraag bevestigend moet worden beantwoord.

Schriftelijke opmerkingen bij prejudiciële vraag 16/03954

Vraag 1

De Orde volstaat hier graag met een verwijzing naar de opmerkingen hiervóór bij vraag 1, onder prejudiciële vraag 16/03955, die hier eveneens van toepassing zijn.

Vraag 2

Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat de Nederlandse fbi was bedoeld om te functioneren als een investeringsvehikel dat particuliere investeerders in staat zou stellen om een potentieel hoger rendement op de investeringen te ontvangen door de samenvoeging van kapitaal en de mogelijkheid om risico's te spreiden. Indien een in het buitenland gevestigd beleggingsfonds niet aannemelijk maakt dat aan de in de Wet Vpb neergelegde criteria voor de zogenoemde aandeelhouderseis wordt voldaan, zou dit naar de mening van de Orde niet tot gevolg moeten hebben dat een fonds zonder meer niet objectief vergelijkbaar is met een in Nederland gevestigde fbi. De aandeelhouderseis heeft een antimisbruikarakter, het voorkomen van misbruik van het fbi-regime door Nederlandse aandeelhouders in bijvoorbeeld concernverband. Een in het buitenland gevestigd beleggingsfonds is niet aan het fbi-regime onderworpen en er kan dus ook geen misbruik worden gemaakt van het fbi-regime. Derhalve wordt niet aan de ratio van deze voorwaarde voldaan.

Hoe dan ook is de aandeelhouderstoets als antimisbruikbepaling gezien vanuit de jurisprudentie van het HvJ EU disproportioneel.¹ Het feit dat een buitenlands beleggingsfonds niet vergelijkbaar is met een in Nederland gevestigde fbi vanwege de aandeelhouderstoets, bijvoorbeeld omdat geen sprake is van gespreid aandeelhouderschap of het fonds niet gereguleerd wordt door een financiële toezichthouder en haar aandelen evenmin zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt, brengt naar de mening van de Orde nog niet automatisch met zich dat sprake is van misbruik in Europeesrechtelijke zin. De genoemde eisen fungeren slechts als safe harbour. Naar de mening van de Orde zouden buitenlandse beleggingsfondsen alleen in geval van kunstmatige constructies de teruggaafregeling casu quo de afdrachtsvermindering kunnen worden ontzegd.

De Orde erkent echter dat de juistheid van bovenstaande uitleg niet boven redelijke twijfel is verheven. De Orde meent daarom dat deze kwestie aan het HvJ EU dient te worden voorgelegd.

¹ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), punt 44. Zie ook Conclusie A-G Wattel van 19 maart 2015, nr. 14/03956, punt 5.29.

Vraag 3 tot en met 5

Het doel van de dooruitdelingseis is in essentie gelegen in fiscale neutraliteit tussen direct en indirect beleggen. Zonder dooruitdelingseis zou heffing over het beleggingsinkomen kunnen worden uitgesteld door dit inkomen op het niveau van de fbi op te potten, terwijl een directe belegger op het moment dat deze beleggingsinkomen geniet in beginsel wel in de Nederlandse heffing kan worden betrokken. Volgens de Orde is het echter de vraag in hoeverre de dooruitdelingseis met de invoering van box 3 in de inkomstenbelasting in 2001 nog een wezenlijk onderscheidend criterium vormt. Deze vraag klemt te meer gelet op de invoering van de regeling inzake de afdrachtsvermindering in 2008. Het effect van deze regeling is namelijk dat zolang een fbi geen dividend dooruitdeelt, er bij gebreke aan heffingsgrondslag in de dividendbelasting geen aanspraak kan worden gemaakt op de afdrachtsvermindering. In de techniek van de afdrachtsvermindering ligt derhalve al besloten dat een fbi haar beleggingsinkomen niet onbelast kan oppotten. De eis dat een fbi desondanks toch binnen acht maanden moet dooruitdelen, is daarom niet langer noodzakelijk om het doel van de regeling, fiscale neutraliteit, te waarborgen. Tot slot is met het arrest van het HvJ EU van 17 september 2015, C-10/14, Miljoen, de noodzaak van dooruitdeling nog verder op de achtergrond geraakt. De Orde verwijst hierbij naar de opmerkingen hiervóór bij vraag 1. De Orde is dan ook van mening dat de dooruitdelingseis thans geen wezenlijk onderscheidend criterium meer vormt (in dezelfde zin: Van Horzen in zijn commentaar bij Rechtbank Zeeland-West Brabant, 5 maart 2013, nr. 12/00261, NTFR 2013/1581).

Of er in het buitenland ook daadwerkelijk heffing bij de achterliggende aandeelhouders plaatsvindt, is naar de mening van de Orde niet relevant. Immers, ook in zuiver Nederlandse verhoudingen is de teruggaafregeling (onder het regime zoals dat gold tot 2008) respectievelijk de afdrachtsvermindering (onder het regime zoals dat geldt vanaf 2008) ook niet steeds afhankelijk van de mate van heffing bij de achterliggende aandeelhouders.² Of het beleggingsinkomen bij dooruitdeling belast wordt, is een zaak van de sta(a)ten waar het buitenlandse beleggingsfonds en de aandeelhouders gevestigd respectievelijk woonachtig zijn.

De Orde erkent echter dat de juistheid van bovenstaande uitleg niet boven redelijke twijfel is verheven. De Orde meent daarom dat deze kwestie aan het HvJ EU dient te worden voorgelegd.

Hoogachtend,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

mr. . . Herreveld
voorzitter Commissie Prejudiciële Vragen

² Een voorbeeld is de situatie waarbij een Nederlandse particuliere belegger per saldo geen dividendbelasting en inkomstenbelasting is verschuldigd over zijn (forfaitaire) rendement, bijvoorbeeld omdat de waarde van de aandelen het heffingsvrije vermogen niet overstijgt.