



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Hoge Raad der Nederlanden
Postbus 20303
2500 EH DEN HAAG

Amsterdam, 27 februari 2019

**Betreft: Schriftelijke opmerkingen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
bij de prejudiciële vraag van Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 4 januari
2019, nr. 18/00178 tot en met 18/00182, ECLI:NL:GHSHE:2019:7, uw
kenmerk 19/00104**

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 bovenvermelde prejudiciële vraag. De Orde geeft hierbij graag gehoor aan dit verzoek.

Prejudiciële vraag 19/00104

Hierna volgt omwille van de leesbaarheid de letterlijke tekst van de voorgelegde vraag.

1. Leidt de omstandigheid dat buiten Nederland gevestigde beleggingsinstellingen, in verband met het gegeven dat zij in Nederland niet inhoudingsplichtig zijn voor de dividendbelasting, niet in aanmerking kunnen komen voor de afdrachtvermindering zoals geregeld in artikel 11a Wet DB tot een ongerechtvaardigde belemmering van het recht op vrij verkeer van kapitaal zoals neergelegd in (thans) artikel 63 VWEU?
2. Zo vraag 1 bevestigend moet worden beantwoord: moet de aldaar bedoelde belemmering, in verband met de sinds 1 januari 2008 geldende regeling inzake een afdrachtvermindering van artikel 11a van de Wet DB, worden aangemerkt als een op 31 december 1993 bestaande beperking zoals bedoeld in artikel 64, lid 1, VWEU en is voor het antwoord op deze vraag relevant of een niet-ingezeten beleggingsinstelling in concreto al dan niet beschikt over een vaste inrichting in Nederland?
3. Zo vraag 1 bevestigend en vraag 2 ontkennend moeten worden beantwoord: welke remedie moet in rechte worden geboden aan een niet-ingezeten beleggingsinstelling, wier recht op vrij kapitaalverkeer dientengevolge wordt belemmerd?

Schriftelijke opmerkingen bij prejudiciële vraag 19/00104

Vraag 1

Hof 's-Hertogenbosch (het Hof) heeft in zijn uitspraak een uiteenzetting gegeven van de verschillen tussen het teruggavesysteem en het systeem van de afdrachtvermindering. Naar de Orde aanneemt is dit gedaan voor het geval door de Hoge Raad prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) worden gesteld. Op deze wijze wordt bereikt dat het HvJ goed wordt voorgelicht over (het verschil tussen) beide systemen.

Een belangrijk verschil tussen het teruggavesysteem en het systeem van de afdrachtvermindering dat niet wordt genoemd in de uitspraak van het Hof is het volgende. Bij het teruggavesysteem vindt teruggave plaats van de dividendbelasting, die door de fbi is betaald, ongeacht of de fbi haar winst uitdeelt of niet. Om die reden werd de wettelijke eis gesteld dat de fbi haar winst binnen acht maanden na afloop van het boekjaar uitdeelt aan haar aandeelhouders/participanten.

Bij het systeem van de afdrachtvermindering is dit evenwel geheel anders. Immers, indien een fbi haar winst niet zou uitkeren, kan geen afdrachtvermindering worden genoten. Dit brengt met zich dat als 25% van de winst door de fbi wordt uitgekeerd, er slechts ruimte is voor het claimen van afdrachtvermindering voor zover er dividendbelasting is verschuldigd (15% van de daadwerkelijk uitgedeelde winst). Dit betekent - indien gemakshalve wordt aangenomen dat bij de ten laste van het fonds geheven dividendbelasting over de door het fonds ontvangen dividenden ook telkens een tarief van 15% van toepassing is geweest – het volgende: de fbi kan bij een uitdeling van bijvoorbeeld 40% van haar winst, ook maar 40% van de ten laste van de fbi geheven dividendbelasting als afdrachtvermindering ‘terugkrijgen’. Dit volgt uit onder meer uit artikel 11a, lid 2, eerste en tweede volzin, Wet DB. Uit de eerste volzin volgt dat niet in aanmerking genomen bronbelasting kan worden doorgeschoven naar een volgend boekjaar. Daarnaast kan de afdrachtvermindering ingevolge de tweede volzin nooit meer bedragen dan de door de fbi ingehouden dividendbelasting over de dooruitdeling. Dit omdat het tarief van de Nederlandse dividendbelasting altijd 15% bedraagt en de ten laste van het fonds geheven buitenlandse dividendbelasting is gemaximeerd op 15% van het bruto dividend.

Het voorgaande brengt met zich dat de eis die aan het fbi-regime wordt gesteld, dat de winst binnen acht maanden na afloop van het boekjaar moet worden uitgedeeld, met betrekking tot dit specifieke punt haar belang heeft verloren. Deze bepaling is dus met ingang van 1 januari 2008 overbodig geworden.

Een belangrijke gelijkens tussen het teruggavesysteem en het systeem van de afdrachtvermindering, die niet wordt genoemd in de uitspraak van het Hof, is de volgende. In het boekjaar waarin de fbi de dividendbelasting heeft betaald, wordt door de fbi een vordering opgenomen ter grootte van de afdrachtvermindering en deze wordt tevens als bate opgenomen in de winst- en verliesrekening. Indien de fbi, bijvoorbeeld, € 15.000 aan dividendbelasting heeft betaald, wordt op het moment dat het netto dividend van € 85.000 wordt ontvangen (dan wel uiterlijk op het moment dat het boekjaar wordt afgesloten) de volgende journaalpost gemaakt:

Debiteuren - Vordering op Belastingdienst (Balans)	€ 15.000	
Aan: teruggave dividendbelasting (W&V-rekening)		€ 15.000

Deze wijze van boekhoudkundige verwerking is door de staatssecretaris expliciet bevestigd tijdens de parlementaire behandeling bij de introductie van het systeem van de afdrachtvermindering¹.

Het gevolg hiervan is, dat het totaal aan dividendopbrengsten, dat ten gunste van de winst- en verliesrekening is geboekt, € 100.000 bedraagt (€ 8.000 netto dividend plus € 15.000 teruggave dividendbelasting als gevolg van de afdrachtvermindering).

Het belang hiervan is dat de voor uitdeling in aanmerking komende winst (abstraherend van kosten die de fbi maakt) gelijk is aan het bruto ontvangen dividend. De fbi zal dus € 100.000 (kunnen) uitkeren. Hiermee wordt een resultaat bereikt zoals dat ook gold onder het systeem van de teruggave.

De Orde benadrukt het belang van het stellen van een prejudiciële vraag aan het HvJ gelijk aan of in lijn met de onderhavige vraag van het Hof, mede gelet op het aanzienlijke belang van het antwoord op deze vraag voor de vele zaken die op dit moment aanhangig zijn bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant.

Vanwege de complexiteit van de materie en mede gelet op het feit dat met enige regelmaat kritiek op het HvJ wordt geuit, omdat het niet altijd in staat blijkt om de belangrijke finesses van wettelijke regelingen van lidstaten te doorgronden, is het naar de mening van de Orde van groot belang dat met cijfervoorbeelden wordt uitgelegd wat de verschillen en overeenkomsten zijn tussen beide systemen. De Orde vreest dat de uitleg die door het Hof in de uitspraak van 4 januari 2019 is gegeven, mogelijk niet voldoende is.

Vraag 2

Op basis van artikel 64, lid 1, VWEU zijn belemmeringen van het kapitaalverkeer van en naar derde landen geoorloofd, mits deze reeds bestonden op 31 december 1993 en verband houden met, voor zover relevant, directe investeringen en het verrichten van financiële diensten. De achtergrond van deze bepaling is dat lidstaten hun soevereiniteit op het gebied van kapitaalverkeer van en naar derde landen niet in één klap volledig wilden opgeven. Zo was het diverse lidstaten onder de “Code of Liberalisation of Capital Movements” van de OESO toegestaan om kapitaalrestricties op, onder andere, directe investeringen te handhaven. Door de standstill-bepalingen konden de lidstaten deze belemmeringen blijven toepassen. Ook uit hoofde van het secundaire EU-recht konden lidstaten bepaalde voordelen in de relaties met derde landen afhankelijk stellen van aandeelhouders- en wederkerigheidseisen, bijvoorbeeld ten aanzien van non-EU financiële dienstverleners. Ook hier wilde men voorkomen dat deze eisen door de eenzijdige liberalisatie ex artikel 63 VWEU in één klap ongedaan zouden worden gemaakt. Niets wijst er echter op dat lidstaten bij de totstandkoming van artikel 64, lid 1, VWEU ook het oog hadden op de financiële dienstverlening die plaatsvindt tussen non-EU financiële instellingen en hun non-EU afnemers.

Uit HvJ 21 mei 2015, nr. C-560/13 (Wagner-Raith, ECLI:EU:C:2015:347) volgt dat er een causaal verband dient te bestaan tussen het kapitaalverkeer en het verrichten van financiële diensten. Zoals het Hof reeds aangeeft in zijn uitspraak volgt uit HvJ 21 mei 2015, nr. C-560/13, niet dat in casu sprake is van een dergelijke nauwe band. Dit verschil komt voort uit het feit dat de onderhavige zaak ziet op een belemmering in de relatie tussen de belanghebbende (het beleggingsfonds) en zijn

¹ Zie Kamerstukken II 2007-2008, 31 206, nr. 4, p. 5.

onderliggende investeringen. In de zaak Wagner-Raith betrof het een directe relatie tussen de uiteindelijke belegger/cliënt (Wagner-Raith) en een beleggingsfonds. In dat geval was er een duidelijk aanwijsbaar verband tussen het kapitaalverkeer en de financiële dienstverlening door het beleggingsfonds (via zijn beheerder) aan de uiteindelijke belegger (Wagner-Raith). In de onderhavige casus is een dergelijk nauw verband feitelijk niet aanwezig. Er is immers geen sprake van financiële dienstverlening in de relatie tussen de onderliggende investeringen en de belanghebbende, zijnde het beleggingsfonds. De financiële dienstverlening die het beleggingsfonds verricht aan zijn beleggers wordt daarnaast niet direct geraakt door een belemmering van het kapitaalverkeer in de relatie tussen de onderliggende investeringen en het beleggingsfonds.

De Orde is van mening dat uit HvJ 21 juni 2018, nr. C-480/16, (Fidelity Funds, ECLI:EU:C:2018:480) eveneens volgt dat van een dergelijk causaal verband geen sprake is, omdat er in de eerste plaats al geen sprake is van een beperking ten aanzien van financiële dienstverlening. Het HvJ toetst in de zaak Fidelity Funds namelijk slechts of het vrije verkeer van kapitaal in het geding is. Het HvJ toetst in deze zaak niet aan het vrije verkeer van diensten en oordeelt dat het vrije verkeer van diensten uitdrukkelijk ondergeschikt is aan de vrijheid van kapitaal. In punt 37 overweegt het HvJ als volgt:

“Gesteld dat de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde wettelijke regeling de werkzaamheden van een icbe die is gevestigd in een andere lidstaat dan het Koninkrijk Denemarken – waar zij rechtmatig soortgelijke diensten verricht – verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt, vloeien deze gevolgen bovendien onvermijdelijk voort uit de fiscale behandeling van de dividenden die worden uitgekeerd aan die niet in Denemarken gevestigde icbe, en rechtvaardigen zij niet dat die regeling afzonderlijk wordt getoetst aan de vrijheid van dienstverrichting. Deze vrijheid is in casu immers ondergeschikt aan het vrij verkeer van kapitaal en kan daarmee worden verbonden”.

De Orde is van mening dat met HvJ 21 juni 2018, nr. C-480/16, (Fidelity Funds, ECLI:EU:C:2018:480) voldoende duidelijk is geworden dat de vrijheid van kapitaal prevaleert boven de vrijheid van diensten en dat derhalve de belemmering in het onderhavige geval niet dient te worden aangemerkt als een belemmering van financiële dienstverlening in de zin van artikel 64, lid 1, VWEU. Voor de goede orde merkt de Orde op dat het HvJ uitsluitend toetst aan de vrijheid die uiteindelijk in het geding is. In casu derhalve de vrijheid van kapitaal.

De Orde meent voorts dat van belang is dat de Nederlandse wetgever in artikel 10, lid 3, Wet DB een teruggaveregeling heeft opgenomen voor pensioenfondsen uit derde landen, waaruit blijkt dat Nederland zich niet jegens pensioenfondsen beroept op belemmering van met het kapitaalverkeer samenhangende financiële dienstverlening. In deze regeling heeft de wetgever slechts een teruggavemogelijkheid opgenomen voor zover het buitenlandse pensioenfonds dividenden heeft ontvangen in het kader van portfolio-investeringen. Dividenden die zijn ontvangen in het kader van directe investeringen zoals bedoeld in artikel 64 VWEU zijn uitgezonderd van de teruggaveregeling. De wetgever heeft nagelaten een beperking op te nemen voor dividenden ontvangen door een pensioenfonds gevestigd in een derde-land voor zover deze dividenden samenhangen met financiële dienstverlening. De Orde interpreteert deze keuze van de wetgever aldus dat de wetgever eveneens een rangorde heeft aangebracht in de EU-verdragsvrijheden en

voor de teruggaveregeling het vrije verkeer van kapitaal boven het vrije verkeer van diensten heeft gesteld. Het standpunt van de inspecteur dat voor toepassing van de afdrachtvermindering zou moeten worden getoetst aan de vrijheid van dienstverlening lijkt derhalve lastig te verenigen met de keuzes die de wetgever elders in de Wet DB heeft gemaakt. Dit geldt temeer nu het beleggingsfonds in kwestie ook slechts in portfolio investeringen heeft belegd. Het is bovendien duidelijk dat in de belanghebbende, Amerikaanse pensioenfondsen beleggen, die bij een rechtstreekse belegging een beroep kunnen doen op artikel 10, lid 3, Wet DB. Door de belanghebbende een teruggave te onthouden, zou in strijd worden gehandeld met het doel van de teruggaveregeling.

Op grond van het voorgaande is naar de mening van de Orde in casu geen sprake van een beperking als bedoeld in artikel 64, lid 1, VWEU. De vraag of al dan niet sprake is van een reeds per 31 december 1993 bestaande beperking is dan niet langer relevant.

Vraag 3

Bij de keuze van het rechtsherstel is het van eminent belang, dat de belasting op basis van een wet wordt geheven, niet alleen vanwege de constitutionele eis (artikel 104 van de Grondwet), maar ook omdat er anders veelal geen sprake kan zijn van verrekening.

Om de belasting te kunnen verrekenen geldt ten eerste dat de nationale wetgeving van veel landen (waaronder Nederland en de Verenigde Staten) eist, dat er sprake moet zijn van een belasting die krachtens een wet door een andere mogendheid wordt geheven. Vrijwillig betaalde belasting komt veelal niet in aanmerking voor voorkoming van dubbele belasting.² Met betrekking tot de situatie dat een natuurlijk persoon, inwoner van Nederland, belegd heeft in Nederlandse aandelen via een niet in Nederland gevestigd beleggingsfonds, is verrekening van de door het buitenlandse fonds in Nederland betaalde belasting slechts mogelijk, indien deze belasting wordt genoemd in de limitatieve opsomming van artikel 9.2, lid 1, Wet inkomstenbelasting 2001. Uit deze bepaling volgt dat verrekening slechts mogelijk is indien:

1. de door het fonds betaalde belasting in Nederland een belasting is die ingevolge de Wet DB geheven is. Een vrijwillig betaalde belasting voldoet hier niet aan.
2. aan artikel 9.2, lid 1, Wet inkomstenbelasting 2001 een nieuw onderdeel e wordt toegevoegd, waarin vrijwillig in Nederland betaalde belasting door buitenlandse beleggingsfondsen is opgenomen.

Het voorgaande brengt met zich, dat vrijwillig betaalde belasting weliswaar de opdracht die uit HvJ 21 juni 2018, nr. C-480/16, (Fidelity Funds, ECLI:EU:C:2018:480) punt 84, voortvloeit kan oplossen, maar dat dit direct een nieuwe ongelijkheid creëert die de verstoring van de interne markt in stand houdt. Die verstoring bestaat hierin, dat de door het buitenlandse fonds in Nederland

² Zie met betrekking tot het onderworpenheidsvereiste onder het Besluit voorkoming dubbele belasting 1989, Hof 's-Gravenhage 13 december 1995, nr. 94/0888, ECLI:NL:GHSGR:1995:AW0626, en de mededeling van de staatssecretaris van Financiën van 20 februari 1996, nr. IFZ95/1626U, waarin de staatssecretaris aangeeft dat de vraag naar de onderworpenheid dient te worden beantwoord voor het specifieke geval van de desbetreffende belanghebbende, met inachtneming van alle relevante bepalingen in de wetgeving van het desbetreffende land.

betaalde belasting niet in aanmerking kan komen voor verrekening, terwijl als wordt belegd via een Nederlandse fbi, er wel recht bestaat op verrekening.

Ten tweede is naast de nationale regelgeving van belang dat de belasting die wordt geheven, ook kwalificeert als belasting, waarop het belastingverdrag tussen Nederland en het land waar het fonds is gevestigd van toepassing is. In de onderhavige procedure is artikel 2 van de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen (het Verdrag) van belang. In dit artikel is bepaald op welke belastingen gemeld verdrag van toepassing is.³

Als bij het rechtsherstel niet gekozen wordt voor een wettelijke verankering in de Wet DB, dan is de vraag of “de belasting” wel een belasting is in de zin van artikel 2, lid 2, van het Verdrag en of de Nederlandse autoriteiten ingevolge het vierde lid de Amerikaanse autoriteiten hiervan op de hoogte moeten stellen. En zo hiervan sprake is, volgt hier dan niet reeds uit dat de Nederlandse rechter niet zelfstandig rechtsherstel kan realiseren?

Het bovenstaande pleit voor een wettelijke verankering in de Nederlandse Wet DB, omdat dan ieder risico wordt vermeden dat de heffing niet onder het Verdrag valt. Dit aspect is van belang en zal wederom tot nieuwe procedures leiden wanneer dit nu niet (voldoende) wordt belicht. De verankering zou naar de mening van de Orde op vergelijkbare wijze kunnen geschieden als thans is voorzien in artikel 6 Wet op de loonbelasting 1964 voor buitenlandse werkgevers die op verzoek als inhoudingsplichtige willen worden aangewezen (artikel 6, lid 2, onderdeel b, en lid 6, Wet op de loonbelasting 1964). Immers, loonbelasting die is geheven op deze basis, is een verrekenbare voorheffing in de zin van artikel 9.2 Wet inkomstenbelasting 2001 en is ook een belasting waarop alle Nederlandse belastingverdragen van toepassing zijn.

Een ander aspect dat van belang is, is dat in een grensoverschrijdende situatie, zoals aan de orde in het hoofdgeding, een in de Verenigde Staten gevestigd beleggingsfonds niet voor de afdrachtvermindering ingevolge artikel 11a Wet DB in aanmerking kan komen, omdat Nederland geen heffingsbevoegdheid heeft over de dividenden die door het Amerikaanse beleggingsfonds

³ Artikel 2 van het Verdrag luidt als volgt:

1.De bestaande belastingen waarop deze Overeenkomst van toepassing is, zijn met name:

a. in Nederland:

- de inkomstenbelasting,
- de loonbelasting,
- de vennootschapsbelasting, daaronder begrepen het aandeel van de Regering in de netto-winsten behaald met de exploitatie van natuurlijke rijkdommen geheven krachtens de Mijnbouwwet, hierna te noemen: "winsttaandeel",
- de dividendbelasting,

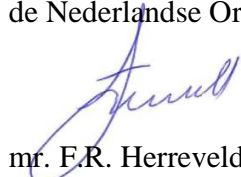
(hierna te noemen: ‘Nederlandse belasting’);

b. in de Verenigde Staten: (...)

2.De Overeenkomst is ook van toepassing op alle gelijke of in wezen gelijksoortige belastingen die na de datum van ondertekening van de Overeenkomst naast of in plaats van de bestaande belastingen worden geheven. De bevoegde autoriteiten van de Staten delen elkaar alle wezenlijke wijzigingen mede die in hun onderscheiden belastingwetgevingen zijn aangebracht.

worden betaald aan zijn deelnemers. Hierdoor kan de afdrachtvermindering van artikel 11a Wet DB niet op een dooruitdeling door het Amerikaanse fonds worden toegepast. Dit is naar de mening van de Orde ook niet doorslaggevend. Het HvJ toetst weliswaar of een juridische bepaling al dan niet in strijd is met het EU-recht, in dit geval het vrije kapitaalverkeer, maar het HvJ verplicht er niet toe om dezelfde juridische behandeling toe te passen ingeval van een vastgestelde inbreuk. Als de Nederlandse wetgeving een inbreuk vormt op het EU-recht, dient het economisch nadelige gevolg ongedaan gemaakt te worden. Als dat kan via dezelfde juridische titel als in binnenlandse situaties dan is dat uiteraard mogelijk. Denk hierbij aan een eventuele vaststelling dat de teruggaafregeling van artikel 10 Wet DB onverenigbaar zou zijn met het EU-recht, als gevolg waarvan dezelfde juridische titel van artikel 10 Wet DB zou worden toegepast op de grensoverschrijdende situatie. Het gebruik van dezelfde titel is echter geen constitutieve voorwaarde bij de neutralisatie van het nadelige economische effect. Als het niet mogelijk is om dezelfde juridische titel te gebruiken, zoals in onderhavige kwestie bij de afdrachtvermindering van artikel 11a Wet DB, dan dient hetzelfde resultaat te worden bereikt langs een andere weg. Daarbij kan worden gedacht aan het verlenen van een teruggaaf ter grootte van het vastgestelde fiscale nadeel. Ook hiervoor geldt overigens dat dit niet per se onder de ‘bekende’ teruggaafregeling van artikel 10 Wet DB hoeft plaats te vinden, zolang de teruggaaf (als algemeen neutralisatie-instrument) wordt toegepast. In feite zou, indien uw Raad van mening is dat de afdrachtvermindering kwalificeert als ongerechtvaardigde belemmering van het vrije kapitaalverkeer, de reeds afgedragen dividendbelasting moeten worden beschouwd als onverschuldigd betaald. In die situatie zal ter neutralisatie een bedrag ter grootte van de onverschuldigde betaling moeten worden gerestitueerd.

Hoogachtend,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs



mr. F.R. Herreveld
voorzitter Commissie Prejudiciële Vragen