

**Zaak C-478/19**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

19 juni 2019

**Verwijzende rechter:**

Corte suprema di cassazione (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

21 december 2018

**Verzoekende partij:**

UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH

**Verwerende partij:**

Agenzia delle Entrate

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Beroep ingesteld door een vennootschap naar Duits recht naar aanleiding van de niet-teruggave door de belastingdienst van een teveel aan register- en kadasterbelasting.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag**

Het verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU ziet op de toetsing aan het recht van de Unie of de aanmerkelijke verschillen tussen open en gesloten vastgoedfondsen dermate relevant zijn voor de belasting dat zij een verschil in behandeling tussen Italiaanse fondsen en fondsen uit andere lidstaten van de Unie rechtvaardigen.

## **Prejudiciële vraag**

Staat het communautaire recht – en met name de bepalingen van het Verdrag op het gebied van de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie – in de weg aan de toepassing van een bepaling van nationaal recht als artikel 35, lid 10 ter, van decreto legge n. 223/2006, voor zover daarin de verlaging van de register- en kadasterbelasting enkel is voorbehouden aan gesloten vastgoedfondsen?

## **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Artikel 18, eerste alinea, VWEU; artikel 49, eerste alinea, eerste volzin, VWEU; artikel 63, lid 1, VWEU

Artikel 25, lid 1, van de overeenkomst (gesloten te Bonn op 18 oktober 1989 en ten uitvoer gelegd in Italië bij ratificatiewet nr. 459 van 24 november 1992) tussen de Italiaanse Republiek en de Bondsrepubliek Duitsland tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar het vermogen (hierna: „overeenkomst”)

## **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Decreto legge n. 223/2006 (voorlopig wetsbesluit nr. 223/2006), omgezet in wet bij wet nr. 248 van 4 augustus 2006 „Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all’evasione fiscale” („Omzetting in wet, na wijzigingen, van voorlopig wetsbesluit nr. 223 van 4 juli 2006, houdende dringende bepalingen voor de economische en sociale herlancering, de beperking en de rationalisatie van de overheidsuitgaven en interventies op het gebied van de belastingopbrengsten en de bestrijding van belastingontwijking”) (hierna: „d.l. 223/2006”) bepaalt in artikel 35, lid 10 ter, met het opschrift „Maatregelen ter bestrijding van het ontwijken en ontgaan van belasting”:

„Voor wijzigingen in de rechtstoestand van registergoederen en inschrijvingen met betrekking tot overdrachten van onroerende zaken bestemd voor ondernemingsdoeleinden als bedoeld in artikel 10, eerste alinea, punt 8 ter, van decreto del Presidente della Repubblica [presidentieel decreet] nr. 633 van 26 oktober 1972, ook als zij in de belasting over de toegevoegde waarde worden betrokken, waarbij gesloten vastgoedfondsen partij zijn die worden gereguleerd door artikel 37 van de geconsolideerde tekst van de bepalingen op het gebied van financiële intermediaat in decreto legislativo n. 58 van 24 februari 1998, zoals gewijzigd, en door artikel 14 bis van wet nr. 86 van 25 januari 1994, of ondernemingen die actief zijn op het gebied van financiële leasing, of banken en financiële intermediairs als bedoeld in de artikelen 106 en 107 van de

geconsolideerde tekst in decreto legislativo n. 385 van 1 september 1993, voor zover het gaat om de verwerving en terugname van op basis van financiële leasing in gebruik te geven en in gebruik gegeven zaken, geldt dat de tarieven voor de register- en kadasterbelasting, zoals gewijzigd bij lid 10 bis van dit artikel, met de helft worden verlaagd. Deze bepaling gaat in op 1 oktober 2006.”

In het kader van beleggingsfondsen voor gemene rekening bepaalt de Italiaanse wet voor **gesloten fondsen** dat de beheervenootschap die een fonds heeft opgericht, enkel in welomschreven tijdvakken de uitgegeven participaties hoeft terug te nemen. Deze fondsen worden derhalve gekenmerkt door een tevoren vastgesteld aantal participaties dat niet kan worden gewijzigd en beschikken over een vast vermogen dat bij de oprichting ervan wordt ingebracht. Op deze collectieve-investeringsinstrumenten kan dus enkel in een bepaalde periode worden ingeschreven en enkel per de einddatum van het fonds of na verloop van een aantal jaren kan om terugbetaling van het kapitaal worden verzocht. Buiten deze perioden kunnen de participaties van een gesloten fonds enkel op de beurs worden verhandeld. De minimumlooptijd van een gesloten fonds is 10 jaar, de maximumlooptijd 30 jaar. Na het verstrijken van de looptijd van het fonds wordt het vermogen verdeeld, of, in geval van verkoop, wordt de opbrengst ervan gedistribueerd.

Het beheerde vermogen van **open fondsen** is daarentegen variabel. Het kan van dag tot dag toe- of afnemen naargelang op nieuwe participaties wordt ingeschreven of wordt verzocht om inlossing van de participaties in omloop. Op deze fondsen kan op elk gewenst moment worden ingeschreven en het ingebrachte kapitaal kan op elk gewenst moment geheel of gedeeltelijk worden terugbetaald.

De crisis op de markt zou veel institutionele beleggers er, in geval van „open” fondsen, toe kunnen brengen te verzoeken om voortijdige terugbetaling van een deel van de belegde bedragen. Daardoor zouden de liquiditeitsreserves van de fondsen kunnen verdwijnen, zodat zij mogelijk gedwongen worden een deel van de onroerende zaken onder de balanswaarde te verkopen om tegemoet te komen aan de verzoeken om inlossing van de participaties. In dit opzicht kan worden gesteld dat de wetgever ernaar streeft de oprichting van beleggingsfondsen te beschermen en te begunstigen die geen sterke speculatieve en aleatoire bedoelingen hebben. Een bezwaar van deze insteek is dat in feite een obstakel wordt geschapen voor de toegang tot de markt van buitenlandse fondsen, met name door buitenlandse open fondsen te ontmoedigen om investeringsgoederen in Italië te verwerven.

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 De Commissione tributaria provinciale di Milano (belastingrechter in eerste aanleg Milaan) heeft het beroep verworpen van UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbh (hierna: „verzoekster”), de beheervenootschap van het vastgoedfonds naar Duits recht UBS (D) 3 Kontinente, gevestigd te

München, tegen de stilzwijgende afwijzing van haar verzoek om teruggave van de te veel betaalde register- en kadasterbelasting ten belope van 802 400,00 EUR, een bedrag dat zij had gestort uit hoofde van de registratie van de verwerving namens het fonds van een onroerende zaak „die uit de aard der zaak een investering vormde”, gelegen in San Donato Milanese, Torre Beta. Ter onderbouwing van deze afwijzing heeft de belastingdienst zich beroepen op het feit dat d.l. 223/2006 bepaalt dat de registerbelasting bij verwerving van vastgoed als investering door professionele marktdeelnemers enkel wordt verlaagd in geval van gesloten vastgoedfondsen en niet ook ten gunste van open vastgoedfondsen, zoals het in Duitsland erkende fonds dat door verzoekster wordt beheerd.

- 2 Verzoekster heeft hoger beroep ingesteld en daarbij het vonnis betwist wegens tegenstrijdigheid van de motivering: hoewel was geconstateerd dat de twee fondsen ongelijk worden behandeld, is de nationale regeling in d.l. 223/2006, die in strijd is het VWEU en met artikel 25 van de overeenkomst, niet buiten toepassing gelaten, althans is de behandeling van de zaak niet geschorst om de vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voor te leggen.
- 3 De Agenzia delle Entrate (belastingdienst) heeft onderstreept dat de twee soorten fondsen verschillen en dat de wetgever, gelet op deze uiteenlopende kenmerken van vastgoedfondsen, bij d.l. 223/2006 enkel aan gesloten fondsen een belastingverlaging had toegekend. Gelet op deze uiteenlopende kenmerken is geen sprake van schending van het VWEU noch van de overeenkomst.
- 4 Bij vonnis van 3 april 2012 heeft de Commissione tributaria regionale del Lazio (belastingrechter in tweede aanleg Latium; hierna: „CTR”) het hoger beroep van de belastingplichtige op grond van de volgende overwegingen afgewezen:
  - 1) tussen de twee soorten vastgoedfondsen – het gesloten fonds dat actief is en is erkend in Italië en het open fonds dat actief is en is erkend in Duitsland – bestaan aanmerkelijke verschillen;
  - 2) vanwege deze verschillen kan geen sprake zijn van schending van het VWEU wegens verschil in behandeling (op verschillende gevallen kan een verschillende belastingregeling worden toegepast) noch van schending van artikel 25 van de overeenkomst (geen discriminatie op grond van nationaliteit);
  - 3) regelingen voor belastingverlagingen moeten restrictief worden uitgelegd.
- 5 Tegen dit vonnis voert verzoekster in cassatie zeven middelen aan. De Agenzia delle Entrate heeft verweer gevoerd.

#### **Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding**

- 6 De verwijzende rechter heeft het eerste middel ongegrond verklaard.

- 7 Met haar tweede middel voert **verzoekster** aan dat de CTR de miskening van de ratio die ten grondslag ligt aan artikel 35, lid 10 ter, van d.l. 223/2006 niet heeft gemotiveerd.
- 8 Met haar derde middel klaagt verzoekster over een ontoereikende en/of tegenstrijdige motivering doordat het CTR het verschil tussen gesloten fondsen naar Italiaans recht en open fondsen naar Duits recht in de context van de betrokken belastingen enkel in algemene zin in de overweging heeft betrokken, en doordat de CTR niet heeft overwogen dat de onderscheidingscriteria voor de belastingheffing die de lidstaten vaststellen, pertinent moeten zijn.
- 9 Met haar vierde middel klaagt verzoekster over schending of onjuiste toepassing van artikel 56 VEG (thans artikel 63 VWEU) over het „vrij verkeer van kapitaal”, doordat de CTR heeft geoordeeld dat de verschillende behandeling voor de belastingen van open en gesloten beleggingsfondsen wordt gerechtvaardigd door de verschillende kenmerken ervan, terwijl de nationale rechter daarentegen de discriminerende nationale regeling buiten toepassing had moeten laten.
- 10 Met haar vijfde middel klaagt verzoekster over schending of onjuiste toepassing van artikel 43 VEG (thans artikel 49 VWEU) over de „vrijheid van vestiging”, doordat de CTR heeft geoordeeld dat de verschillende behandeling voor de belastingen van open en gesloten beleggingsfondsen wordt gerechtvaardigd door de verschillende kenmerken ervan, hoewel de aangevoerde verschillen niet van belang zijn voor de toetsing van de vergelijkbaarheid met het oog op de toepassing van de belastingverlaging.
- 11 Met haar zesde middel stelt verzoekster schending of onjuiste toepassing van artikel 12 VEG (thans artikel [18] VWEU) over het „verbod van discriminatie op grond van nationaliteit”, aangezien het oordeel van de CTR dat de verschillende behandeling voor de belastingen van open en gesloten beleggingsfondsen werd gerechtvaardigd door de verschillende kenmerken ervan, volgens haar niet kan worden onderschreven.
- 12 Met haar zevende middel klaagt verzoekster over schending of onjuiste toepassing van artikel 25, lid 1, van de overeenkomst, doordat de CTR heeft miskend dat de weigering de belastingverlaging toe te kennen aan Duitse open fondsen in feite discriminatie op grond van nationaliteit opleverde.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing**

- 13 De **Corte di cassazione** (hoogste rechterlijke instantie in burgerlijke en strafzaken, Italië) merkt op dat er tot nog toe geen rechtspraak is, noch van de Corte di cassazione noch van het Hof van Justitie van de Europese Unie, over de onderhavige problematiek en dat deze uitleggingslacune een prejudiciële verwijzing noodzakelijk maakt. Deze rechter merkt niettemin ook op dat het Hof van Justitie bij arrest van 16 april 2015, Commissie/Duitsland, C-591/13, EU:C:2015:230, op het gebied van de vrijheid van vestiging heeft benadrukt dat

alle maatregelen die het gebruik van deze vrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, krachtens artikel 49 VWEU als beperkingen van deze vrijheid moeten worden beschouwd (zie ook arrest van 18 juli 2013, Commissie/Denemarken, C-261/11, EU:C:2013:480, punten 26 en 27, in een geval waarin het verschil in behandeling – niet gebaseerd op een objectief verschil in situatie – bij het uitstel van de inning van de verschuldigde belasting was beschouwd als geschikt om een op Duits grondgebied gevestigde belastingplichtige te ontmoedigen om zijn activiteiten uit te oefenen door middel van een vaste inrichting gelegen op het grondgebied van een andere lidstaat dan de Bondsrepubliek Duitsland).

- 14 Onder verwijzing naar die context heeft het Hof van Justitie bij arrest van 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha, C-303/07, EU:C:2009:377, ook geoordeeld dat sprake is van een verschil in fiscale behandeling, waardoor de vrijheid van vestiging wordt beperkt, dat in beginsel wordt verboden door de artikelen 43 en 48 EG, indien de uitoefening van die vrijheid door in andere lidstaten gevestigde vennootschappen wordt ontmoedigd. In deze context heeft het Hof het beginsel geformuleerd dat de omstandigheid dat naar nationaal recht geen vennootschapsvorm bestaat met een rechtsvorm die gelijk is aan die van een in een andere lidstaat gevestigde SICAV, op zich een verschil in behandeling niet kan rechtvaardigen, aangezien de vrijheid van vestiging daardoor van haar nuttig effect zou worden beroofd, nu het vennootschapsrecht van de lidstaten op communautair niveau niet geheel is geharmoniseerd (zie naar analogie ook arrest van het Hof van 12 april 1994, Halliburton Services, C-1/93, EU:C:1994:127).
- 15 Ook op het gebied van het vrij verkeer van kapitaal heeft het Hof in zijn arrest van 17 september 2015, Miljoen e.a., C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, geoordeeld dat de maatregelen die ingevolge artikel 63, lid 1, VWEU verboden zijn, de maatregelen omvatten die niet-ingezetenen ervan doen afzien in een lidstaat investeringen te doen, of ingezetenen van deze lidstaat ontmoedigen in andere staten investeringen te doen (in casu ging het om een belastingdruk die uiteindelijk hoger was voor personen die niet in Nederland woonachtig waren) (zie ook arresten van 25 januari 2007, Festersen, C-370/05, EU:C:2007:59, punt 24; 18 december 2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, punt 40, en 10 februari 2011, Haribo, C-436/08 en C-437/08, EU:C:2011:61). In zijn arrest van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a., C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak, heeft het Hof het hierboven aangehaalde oordeel herhaald en in punt 28 gepreciseerd dat, om te toetsen of een nationale regeling discriminerend is, enkel de criteria die in de betrokken regeling als relevante onderscheidingscriteria zijn vastgesteld, in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of het uit een dergelijke regeling voortvloeiende verschil in behandeling een weerspiegeling vormt van objectief verschillende situaties.
- 16 Met betrekking tot het vrij verkeer van kapitaal signaleert de verwijzende rechter ook de arresten van het Hof van 9 oktober 2014, van Caster, C-326/12, EU:C:2014:2269, en 18 december 2014, Q, C-133/13, EU:C:2014:2460. In dat

tweede arrest heeft het Hof op het gebied van het erf- en schenkbelasting geoordeeld dat het feit dat als voorwaarde voor de toekenning van belastingvoordelen geldt dat de overgedragen zaak op het nationale grondgebied is gelegen, een in beginsel door artikel 63, lid , VWEU verboden beperking van het vrije kapitaalverkeer vormt (zie ook arresten van 17 januari 2008, Jäger, C-256/06, EU:C:2008:20, punten 28-35, en 22 april 2010, Mattner, C-510/08, EU:C:2010:216, punt 26).

- 17 De verwijzende rechter herinnert op dat punt aan de beginselen die het Hof in zijn arrest van 11 september 2014, Verest en Gerards, C-489/13, EU:C:2014:2210, heeft geformuleerd, ook gelet op de regelgeving ter voorkoming van dubbele belasting: het heeft er in de eerste plaats aan herinnerd dat de lidstaten, bij gebreke van unificatie- of harmonisatiemaatregelen door de Europese Unie, bevoegd blijven om de criteria voor de belasting van inkomsten en vermogen vast te stellen teneinde, in voorkomend geval door het sluiten van een overeenkomst, dubbele belasting te voorkomen. Daarbij staat het de lidstaten vrij om in het kader van bilaterale verdragen ter vermindering van dubbele belasting de aanknopingsfactoren ter verdeling van de heffingsbevoegdheid vast te stellen (arrest van 12 december 2013, Imfeld en Garcet, C-303/12, EU:C:2013:822, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Deze verdeling van de heffingsbevoegdheid betekent echter niet dat de lidstaten maatregelen mogen treffen die in strijd zijn met de door het VWEU gewaarborgde vrijheden van verkeer. Bij de uitoefening van de in bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting aldus verdeelde heffingsbevoegdheid dienen de lidstaten zich te houden aan de regels van Unierecht (arrest Imfeld en Garcet, EU:C:2013:822, punt 42), waaronder mede de regels die maatregelen verbieden die ingezetenen van een lidstaat kunnen ontmoedigen in een andere lidstaat investeringen te doen in onroerend goed (arrest van 8 mei 2013, Libert e.a., C-197/11 en C-203/11, EU:C:2013:288, punt 44).