

**Zaak C-602/23**

**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:**

3 oktober 2023

**Verwijzende rechter:**

Verwaltungsgerichtshof (Oostenrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

20 september 2023

**Verzoeker tot *Revision*:**

Finanzamt für Großbetriebe

**Andere partij in de procedure:**

Franklin Mutual Series Funds – Franklin Mutual European Fund in San Mateo (Verenigde Staten)

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Beperking van het vrije verkeer van kapitaal – Geen teruggaaf van belasting op inkomsten uit kapitaal – Behoud van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing**

Verzoek om een prejudiciële beslissing, artikel 267 VWEU

## Prejudiciële vragen

- 1. Vormt een bepaling als § 188 InvFG 2011, die tot gevolg heeft dat buitenlandse entiteiten die met een binnenlandse privaatrechtelijke rechtspersoon vergelijkbaar zijn, in Oostenrijk van de teruggaaf van belasting op inkomsten uit kapitaal zijn uitgesloten, indien zij materieel gezien met een icbe in de zin van richtlijn 2009/65/EG overeenkomen en daarom in Oostenrijk niet als privaatrechtelijke rechtspersoon actief mogen zijn, omdat voor dergelijke entiteiten in Oostenrijk alleen de rechtsvorm van transparant gemeenschappelijk beleggingsfonds mogelijk is, een beperking van het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 63 VWEU?**
- 2. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, is er dan sprake van een objectief vergelijkbare situatie tussen enerzijds een binnenlandse privaatrechtelijke rechtspersoon die zijn activa volgens de beginselen van risicospreiding belegt maar die bij gebreke van uit het publiek aangetrokken kapitaal geen icbe is en daarom in Oostenrijk als privaatrechtelijke rechtspersoon actief mag zijn, en anderzijds een buitenlandse beleggingsmaatschappij die vanwege uit het publiek aangetrokken kapitaal volgens de nationale beginselen wel een icbe zou zijn en daarom in Oostenrijk niet als privaatrechtelijke rechtspersoon actief mag zijn?**
- 3. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, kan de beperking van het vrije verkeer van kapitaal dan worden gerechtvaardigd met het oog op het behoud van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden, omdat § 186 en § 188 InvFG 2011 beogen te waarborgen dat noch een binnenlands noch een buitenlands publiek beleggingsfonds ten opzichte van de deelnemers een fiscaal afschermende werking kan hebben en een vrijstelling van belasting op inkomsten uit kapitaal dus alleen op het niveau van de deelnemers moet worden verleend in gevallen waarin Oostenrijk in een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting afstand heeft gedaan van zijn recht op belastingheffing?**

## Aangevoerde Unierechtelijke bepalingen

Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), artikel 63 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: „VWEU”)

## **Aangevoerde nationale bepalingen**

§ 2, § 3, § 46, § 186, § 188 van het Investmentfondsgesetz 2011 (wet op de beleggingsfondsen 2011; hierna: „InvFG 2011”), in de versie die is bekendgemaakt in BGBl. I nr. 77/2011, § 93 van het Einkommensteuergesetz (wet op de inkomstenbelasting; hierna: „EStG 2011”), § 21 van het Körperschaftssteuergesetz 1988 (wet op de vennootschapsbelasting 1988; hierna: „KStG 1988”)

§ 186 InvFG 2011 bepaalt: „(1) De uitgekeerde inkomsten [...], verminderd met de gerelateerde uitgaven van een beleggingsfonds, zijn belastbare inkomsten van de deelnemer. [...]”

§ 188 InvFG 2011 luidt als volgt: „De bepalingen van § 186 zijn ook van toepassing op buitenlandse beleggingsfondsen. Als zodanig worden, ongeacht hun rechtsvorm, beschouwd alle aan buitenlands recht onderworpen activa die volgens de wet, de statuten of de feitelijke praktijk in overeenstemming met de beginselen van risicospreiding zijn belegd. [...]”

§ 21, lid 1, punt 1a, KStG 1988 bepaalt:

„1a. Aan beperkt belastingplichtigen die in een lidstaat van de Europese Unie of een staat van de Europese Economische Ruimte wonen of zijn gevestigd waaraan uitgebreide wederzijdse bijstand bij administratieve handelingen en tenuitvoerleggingen wordt verleend, dient de belasting op door hen ontvangen inkomsten uit kapitaal [...] op hun verzoek te worden terugbetaald, voor zover de belasting op inkomsten uit kapitaal niet op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in de woonstaat of de staat van vestiging kan worden verrekend. De belastingplichtige moet bewijzen dat de belasting op inkomsten uit kapitaal geheel of gedeeltelijk niet kan worden verrekend.”

## **Aangevoerde rechtspraak van de Unie**

Arrest van 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C- 190/12, EU:C:2014:249)

Arrest van 21 juni 2018, Fidelity Funds e.a. (C- 480/16, EU:C:2018:480)

Arrest van 20 september 2018, EV (C- 685/16, EU:C:2018:743)

Arrest van 4 oktober 2018, Commissie/Frankrijk (Roerende voorheffing), (C- 416/17, EU:C:2018:811)

Arrest van 7 april 2022, Veronsaajien oikeudenvontayksikkö (Belastingvrijstelling voor een bij overeenkomst opgericht beleggingsfonds), (C-342/20, EU:C:2022:276)

## Korte weergave van de feiten en van de procedure

- 1 De andere partij in de procedure is een in de Verenigde Staten van Amerika (hierna: „VS”) gevestigde beleggingsmaatschappij. Het gaat om een zogenaamde *series* – dus een zelfstandig afzonderlijk fonds – van een trust met zetel in de VS (Delaware). Naar Amerikaans recht (Delaware Statutory Trust Act, 12 Del. C. § 3801 e.v.) wordt de trust beschouwd als een zelfstandige rechtspersoon die een beroep kan instellen en tegen wie een beroep kan worden ingesteld. De trust is naar Amerikaans recht de civielrechtelijke eigenaar van het afzonderlijke fonds dat aan de andere partij in de procedure kan worden toegerekend en die partij is de economische eigenaar van dat afzonderlijke fonds. Alle *series* zijn naar Amerikaans recht belastingplichtige vennootschappen. Alle binnenlandse en buitenlandse inkomsten, met inbegrip van inkomsten uit een gerealiseerde waardestijging, worden in de VS belast. Voor de toerekening van inkomsten aan de deelnemers in de VS is een uitkering vereist; anders worden deze aan de *series* toegerekend (geen transparantieheffing). De *series* genieten in de VS een belastingvoordeel: wanneer zij ten minste 90 % van de belastbare inkomsten (zonder gerealiseerde waardestijging) uitkeren, mag de uitkering van de belasting worden afgetrokken. Hierdoor kan de verschuldigde Amerikaanse federale inkomstenbelasting tot nul worden verlaagd. Volgens de in dit verband onbetwiste bevindingen van het Bundesfinanzgericht (federale belastingrechter in eerste aanleg, Oostenrijk) heeft de andere partij in de procedure voor 2013 een volledige uitkering verricht, zodat er geen Amerikaanse federale inkomstenbelasting verschuldigd was.
- 2 De andere partij in de procedure is een vrij verhandelbaar publiek beleggingsfonds dat hoofdzakelijk belegt in Europese beursgenoteerde aandelen en in de staat van vestiging aan financieel toezicht – volgens regelingen die vergelijkbaar zijn met de Europese en de nationale wetgeving op het gebied van toezicht – onderworpen is. Het fonds wordt volgens dezelfde beleggingsbeginselen en -criteria beheerd als die van een in Luxemburg toegelaten beleggingsfonds met dezelfde naam. De activiteit komt voor alle wezenlijke aspecten overeen met een binnenlands beleggingsfonds en dus met een „instelling voor collectieve belegging in effecten” (icbe) in de zin van richtlijn 2009/65/EG.
- 3 Op grond van portofolioparticipaties in twee Oostenrijkse beursgenoteerde vennootschappen zijn in het kalenderjaar 2013 voor 387 679 EUR dividenden aan de andere partij in de procedure uitgekeerd. De uitkerende vennootschappen hebben 25 % belasting op inkomsten uit kapitaal ingehouden en aan de fiscus afgedragen. In 2013 bedroeg de ingehouden bronbelasting 96 920 EUR.
- 4 Op verzoek van de andere partij in de procedure heeft de belastingdienst – op basis van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen de Republiek Oostenrijk en de Verenigde Staten van Amerika – de belasting op inkomsten uit kapitaal tot 15 % verlaagd en voor de in de VS gevestigde deelnemers het verschil (38 768 EUR) ten opzichte van de ingehouden belasting op inkomsten uit kapitaal van 25 % aan de andere partij in de procedure terugbetaald. Met de andere

verzoeken – op grond van § 21, lid 1, punt 1a, KStG 1988 – heeft de andere partij in de procedure in eigen naam om teruggaaf van de resterende bronbelasting over dezelfde inkomsten voor het jaar 2013 (58 152 EUR) verzocht, zodat de belasting op inkomsten uit kapitaal in totaal tot nul zou worden verlaagd.

- 5 De belastingdienst heeft deze verzoeken afgewezen op grond dat de andere partij in de procedure niet in de EU/EER is gevestigd. Bij beslissing van 3 oktober 2017 heeft het Bundesfinanzgericht ook de teruggaaf van belasting op inkomsten uit kapitaal geweigerd.
- 6 Bij arrest van 13 januari 2021 heeft het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter, Oostenrijk) deze beslissing vernietigd wegens materiële onrechtmatigheid, omdat voor het onderzoek of een teruggaaf van belasting op inkomsten uit kapitaal moet plaatsvinden, eerst bij een vergelijking van de rechtsvormen moet worden vastgesteld of de buitenlandse entiteit met een Oostenrijkse privaatrechtelijke rechtspersoon vergelijkbaar is, en in een tweede stap de toerekening van de inkomsten moet worden onderzocht. Indien § 188 InvFG 2011 zich alleen verzet tegen een toerekening van inkomsten aan de buitenlandse entiteit, is er sprake van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal en moet worden nagegaan of deze gerechtvaardigd is. In de voortgezette procedure heeft het Bundesfinanzgericht de teruggaaf van de in het geding zijnde belasting op inkomsten uit kapitaal aan de andere partij in de procedure toegekend. Tegen deze uitspraak heeft het Finanzamt für Großbetriebe (belastingkantoor dat voor grote ondernemingen bevoegd is) het beroep in „Revision” ingesteld.

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

- 7 Het Finanzamt für Großbetriebe voert in wezen aan dat bij de vergelijking van de rechtsvormen in aanmerking moet worden genomen dat de andere partij in de procedure ook volgens de wetgeving van het land van herkomst op het gebied van toezicht een beleggingsfonds is. In de Europese Unie zou de andere partij in de procedure op grond van de Icbf-richtlijn een vergunning moeten aanvragen. Binnenlandse entiteiten die volgens de wetgeving op het gebied van toezicht als beleggingsfondsen worden aangemerkt en met een icbf overeenkomen, zijn in 2013 zonder uitzondering onderworpen aan de transparante fondsheffing. Voor een buitenlandse entiteit die volgens de buitenlandse wetgeving op het gebied van toezicht eveneens als een beleggingsfonds dient te worden aangemerkt en met een icbf overeenkomt, moet hetzelfde gelden. Zelfs indien van de vergelijkbaarheid wordt uitgegaan, is de bepaling gerechtvaardigd met het oog op het behoud van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en de samenhang van het belastingstelsel alsook om misbruik te voorkomen.
- 8 De andere partij in de procedure voert in wezen aan dat § 21, lid 1, punt 1a, KStG 1988 volgens de bewoordingen ervan alleen van toepassing is op beperkt belastingplichtigen die in een EU-lidstaat of een EER-staat gevestigd zijn, maar

dat, gelet op de Unierechtelijke rechtspraak inzake het vrije verkeer van kapitaal op grond van artikel 63 VWEU, ook rechtspersonen uit derde landen de mogelijkheid moeten hebben om een verzoek om teruggaaf van de betaalde bronbelasting in te dienen.

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

- 9 Volgens § 2, lid 2, InvFG 2011 konden Oostenrijkse beleggingsfondsen die als icbe moeten worden aangemerkt, overeenkomstig de wetgeving op het gebied van toezicht uitsluitend als gemeenschappelijke beleggingsfondsen worden opgericht. Overeenkomstig § 46 InvFG 2011 moest dit beleggingsfonds worden toegerekend aan de respectieve deelnemers; het beleggingsfonds zelf bezat geen rechtspersoonlijkheid. § 186 InvFG 2011 voorzag voor dergelijke icbe's zonder uitzondering in een transparante fondsheffing. Dit betekent dat het fonds zelf geen belastbaar subject is en de inkomsten aan de deelnemers worden toegerekend.
- 10 Indien een Oostenrijks beleggingsfonds portfoliodividenden uit een participatie in een Oostenrijkse kapitaalvennootschap ontvangt, worden de inkomsten fiscaal niet aan het fonds toegerekend, maar aan de deelnemers. Indien de deelnemers niet in Oostenrijk wonen of gevestigd zijn, ontvangen zij op grond van het met hun woonstaat of staat van vestiging gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting een teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal.
- 11 § 188 InvFG 2011 bepaalt dat in het geval van buitenlandse beleggingsfondsen § 186 InvFG 2011, dus de regeling inzake transparante fondsheffing, door de toerekening van de inkomsten aan de deelnemers, ongeacht hun rechtsvorm, altijd van toepassing is, wanneer de aan buitenlands recht onderworpen activa volgens de wet, de statuten of de feitelijke praktijk in overeenstemming met de beginselen van risicospreiding zijn belegd. Voor buitenlandse entiteiten die hun activa in overeenstemming met de beginselen van risicospreiding beleggen, gold dit dus ook indien zij volgens de vergelijking van de rechtsvormen met een binnenlandse rechtspersoon vergelijkbaar waren.
- 12 Binnenlandse vennootschappen met de rechtsvorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon werden daarentegen altijd op basis van hun rechtsvorm beoordeeld en volgens het stelsel van de vennootschapsbelasting belast, zelfs indien de activa volgens de wet, de statuten of de feitelijke praktijk in overeenstemming met de beginselen van risicospreiding waren belegd.
- 13 Volgens de Oostenrijkse wetgeving op het gebied van toezicht zou de andere partij in de procedure een icbe zijn en kon zij in Oostenrijk uitsluitend als gemeenschappelijk beleggingsfonds worden opgericht dat mede-eigendom van de deelnemers is. Een dergelijk fonds was altijd dwingend onderworpen aan de transparante beleggingsfondsheffing.
- 14 Het Verwaltungsgerichtshof vraagt zich af of een bepaling als § 188 InvFG 2011, die in het bijzondere geval van icbe's of buitenlandse publieke fondsen die met

icbe's overeenkomen, waarborgt dat binnenlandse en buitenlandse beleggingsfondsen fiscaal gelijk worden behandeld, een beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormt. De reden hiervoor is dat de andere partij in de procedure, indien zij als Oostenrijks beleggingsfonds actief zou zijn, ook geen belasting op inkomsten uit kapitaal had kunnen verrekenen en zij eveneens geen teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal had kunnen ontvangen. Derhalve is het voor een deelnemer niet aantrekkelijker om in binnenlandse in plaats van buitenlandse publieke fondsen te beleggen. Het omgekeerde is juist het geval. Indien het Unierecht ook in het geval van icbe's in de plaats van § 188 InvFG 2011 komt, is het aantrekkelijker om in een buitenlands in plaats van een binnenlands publiek fonds te beleggen, omdat alleen het buitenlandse fonds een afschermdende werking heeft.

- 15 Vanaf het begin was het stelsel van de Oostenrijkse belastingheffing op beleggingsfondsen nauw verbonden met de wetgeving op het gebied van toezicht die geen oprichting als privaatrechtelijke rechtspersoon heeft toegestaan, en was het erop gericht om in het geval van binnenlandse en buitenlandse publieke fondsen een transparante belastingheffing op het niveau van de deelnemers te garanderen. Dit volgt al uit de gezamenlijke regeling van de wetgeving op het gebied van toezicht en de fiscale bepalingen vanaf 1963 in één enkele wet (§ 23 van het Investmentfondsgesetz 1963). Een afzonderlijke regeling voor de belastingheffing van binnenlandse publieke beleggingsfondsen werd niet noodzakelijk geacht, aangezien de wetgeving op het gebied van toezicht alleen in transparante entiteiten als fondsen voorzag en het fonds bijgevolg geen belastbaar subject kon zijn.
- 16 De verwevenheid blijkt verder uit de bepalingen van de in de onderhavige procedure nog niet toepasselijke regelingen van de Alternative Investment Fund Managers Directive (hierna: „AIFM-richtlijn”), die – in overeenstemming met richtlijn 2011/61/EU, die hierbij naar nationaal recht is omgezet – de oprichting van bepaalde publieke abi's in Oostenrijk anders dan voorheen ook als privaatrechtelijke rechtspersonen toestaan (bijvoorbeeld vastgoedfondsen). Tegelijkertijd is namelijk de belastingheffing bij beleggingsfondsen in § 186 en § 188 InvFG 2011 zodanig gewijzigd dat er – ook in Oostenrijk – alleen mee rekening wordt gehouden of het fonds volgens de wetgeving op het gebied van toezicht als een beleggingsfonds (bijvoorbeeld icbe of abi) wordt aangemerkt en de rechtsvorm dus niet langer relevant is. Daarmee blijft dan bij alle publieke fondsen gewaarborgd dat het fonds – zelfs indien het nu om een binnenlandse privaatrechtelijke rechtspersoon zou gaan – geen fiscaal afschermdende werking kan hebben en een transparante belastingheffing bij de deelnemer plaatsvindt. Een – met § 188 InvFG 2011 vergelijkbare – belastingregeling voor binnenlandse publieke beleggingsfondsen werd pas noodzakelijk met de wijziging van de wetgeving op het gebied van toezicht door de AIFM-richtlijn.
- 17 Derhalve betwijfelt het Verwaltungsgerichtshof of de buitenlandse publieke fondsen die materieel gezien icbe's vormen, en privaatrechtelijke rechtspersonen

die hun activa weliswaar volgens de beginselen van risicospreiding beleggen maar geen icbe's zijn, objectief met elkaar kunnen worden vergeleken.

- 18 Indien het Hof van Justitie een objectieve vergelijkbaarheid van de situaties bevestigt, zou volgens het Verwaltungsgerichtshof moeten worden nagegaan of de beperking van het vrije verkeer van kapitaal gerechtvaardigd kan zijn. In dit verband zou met name moeten worden onderzocht of deze beperking op grond van het behoud van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid kan worden gerechtvaardigd.
- 19 Naar Oostenrijks recht zijn binnenlandse icbe's niet vrijgesteld van de belasting op inkomsten uit kapitaal. Er kan alleen vrijstelling worden verleend op het niveau van de deelnemers. Het Oostenrijkse stelsel van de belastingheffing bij beleggingsfondsen zorgt er bijgevolg voor dat de volgens het nationale belastingrecht belastbare inkomsten uit kapitaal alleen van de belasting op inkomsten uit kapitaal (door verrekening of teruggaaf) worden vrijgesteld indien en voor zover de respectieve deelnemers onder een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting (tussen Oostenrijk en de woonstaten of staten van vestiging) vallen dat in de verlaging of vrijstelling van de belasting op inkomsten uit kapitaal voorziet. § 188 InvFG 2011 garandeert voor buitenlandse beleggingsfondsen die ook met een icbe overeenkomen, op dezelfde manier dat ook daar alleen een vrijstelling in overeenstemming met de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting met de woonstaten of staten van vestiging van de deelnemers plaatsvindt.
- 20 Dit is met name van belang voor natuurlijke personen als deelnemers die over de binnenlandse beleggingsinkomsten belasting verschuldigd zijn en door een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in de regel slechts een gedeeltelijke teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal kunnen ontvangen. Indien deze deelnemers in een binnenlands fonds beleggen, vindt de teruggaaf alleen in overeenstemming met een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting plaats. Indien een afschermdende werking van de andere partij in de procedure wordt erkend, zou de volledige belasting op inkomsten uit kapitaal aan het fonds en bijgevolg ook aan de deelnemers worden terugbetaald, ongeacht de vraag of zij recht hadden op de teruggaaf op grond van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dat op hen van toepassing is.
- 21 Alles bij elkaar genomen lijkt de uitlegging van het Unierecht met betrekking tot deze vragen niet zo evident dat er geen ruimte voor redelijke twijfel is.