| | | |
|---|---|---|
| Datum van inontvangstneming | : | 02/12/2013 |

**Zaak C-560/13**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

30 oktober 2013

**Verwijzende rechter:**

Bundesfinanzhof (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

6 augustus 2013

**Verzoekster en verweerster in „Revision”:**

Ingeborg Wagner-Raith als rechtsopvolgster van Maria Schweier

**Verweerder en verzoeker tot „Revision”:**

Finanzamt Ulm

---

**BESLISSING**

**In het geding**

Finanzamt Ulm,

verweerder en verzoeker tot „Revision”,

tegen

Ingeborg Wagner-Raith, (omissis) Ulm,

verzoekster en verweerster in „Revision”,

als rechtsopvolgster van de overleden Maria Schweier,

(omissis)

inzake inkomstenbelasting 1997 tot en met 2003,

interveniënt:

Bundesministerium der Finanzen,

heeft de VIII. Senat

(omissis)

in de mondelinge behandeling op 6 augustus 2013 als volgt beslist:

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

**[Or. 2]**

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Verzet het vrije kapitaalverkeer van artikel 73 B EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 56 EG) zich, ingeval van deelneming in fondsen uit derde landen, niet tegen een nationale regeling (hier: § 18, lid 3, AuslInvestmG) die bepaalt dat aan binnenlandse deelnemers in buitenlandse beleggingsfondsen onder bepaalde voorwaarden naast de uitkeringen fictieve inkomsten ten belope van 90 % van het verschil tussen de eerste en de laatste prijs van wederinkoop van het jaar, maar ten minste 10 % van de laatste prijs van wederinkoop (of van de beurs- of marktwaarde) dienen te worden toegerekend, omdat de sinds 31 december 1993 in wezen ongewijzigde regeling in verband staat met de verrichting van financiële diensten in de zin van de grandfatheringregeling van artikel 73 C, lid 1, EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 57, lid 1, EG)?

Ingeval de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

2. Vormt de deelneming in een dergelijk beleggingsfonds dat gevestigd is in een derde land steeds een directe investering in de zin van artikel 73 C, lid 1, EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 57, lid 1, EG) of is zulks afhankelijk van de vraag of de deelneming op grond van nationale bepalingen van het land van vestiging van het fonds of op andere gronden aan de belegger de mogelijkheid biedt effectief deel te hebben in het bestuur van of de controle over het beleggingsfonds?

Motivering

I. Feiten en stand van het geding

De overleden moeder (M) van verzoekster en verweerster in „Revision" (hierna: „verzoekster") hield in de litigieuze jaren onder meer een depot aan bij de LGT Bank in Liechtenstein AG (LGT). Hierin **[Or. 3]** bevonden zich ook aandelen in beleggingsfondsen die gevestigd waren op de Kaaimaneilanden. Deze beleggingsfondsen hebben niet voldaan aan hun meldings-, toelatings- en bewijsverplichtingen in de zin van § 17, lid 3, van het Gesetz über den Vertrieb

ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen (Duitse wet inzake de verkoop van aandelen in buitenlandse beleggingsfondsen en inzake de belasting van de opbrengsten van aandelen in buitenlandse beleggingsfondsen; hierna: „AuslInvestmG”) in de Bondsrepubliek Duitsland. Zij hebben ook geen vertegenwoordiger van het beleggingsfonds benoemd in de zin van § 18, lid 2, derde volzin, AuslInvestmG. Op grond daarvan behoorden deze fondsen tot de zogenoemde zwarte fondsen in de zin van § 18, lid 3, AuslInvestmG.

M meldde pas in 2008 aan verweerder en verzoeker tot „Revision”, het Finanzamt (hierna: „FA”) dat zij in de litigieuze jaren onder meer uit het depot bij de LGT verdere kapitaalopbrengsten had verkregen en diende gecorrigeerde belastingaangiften alsmede bijlagen met berekeningen van de opbrengsten uit het depot in Liechtenstein in. Uiteindelijk berekende M het bedrag van de opbrengsten aan de hand van documenten die de LGT ter beschikking had gesteld, echter met toepassing van § 18, lid 3, AuslInvestmG.

Het FA wijzigde de inkomstenbelastingaanslagen 1997 tot en met 2003 conform het verzoek en stelde voor M de volgende kapitaalopbrengsten uit het depot in Liechtenstein vast:

| | |
|---|---|
| 1997 | 44 970,69 EUR |
| 1998 | 63 779,07 EUR |
| 1999 | 106 826,16 EUR |
| 2000 | 94 999,24 EUR |
| 2001 | 96 055,10 EUR |
| 2002 | 100 157,99 EUR |
| 2003 | 116 823,07 EUR |

**[Or. 4]** Tegen elk van deze bedragen maakte M bezwaar. Ter motivering deed zij een beroep op de strijdigheid van de forfaitaire belasting overeenkomstig § 18, lid 3, AuslInvestmG met het in het Europese recht verankerde vrije kapitaalverkeer. De belasting dient naar haar mening uitsluitend over de feitelijke opbrengsten te worden geheven, die zo nodig moeten worden geschat. M verzocht om vaststelling van haar kapitaalopbrengsten conform § 18, lid 1, AuslInvestmG en stelde aan het FA de hiervoor noodzakelijke documenten en berekeningen ter beschikking. (omissis) [uiteenzetting met betrekking tot de wijze van berekening van de opbrengsten] Het FA verklaarde het bezwaar ongegrond.

De vordering werd door het Finanzgericht (hierna: „FG”) grotendeels toegewezen. Het FG was van mening dat § 18, lid 3, AuslInvestmG in strijd is met het vrije kapitaalverkeer dat ook ten opzichte van derde landen geldt. Op grond daarvan stelde het FG de door M berekende feitelijke kapitaalopbrengsten voor de fondsen van de LGT als volgt vast:

| | |
|---|---|
| 1997 | 19 420,24 EUR |
| 1998 | 24 377,89 EUR |
| 1999 | 93 078,95 EUR |
| 2000 | -11 665,18 EUR |
| 2001 | 43 080,07 EUR |
| 2002 | 44 117,14 EUR |
| 2003 | 48 463,86 EUR |

Met het beroep in „Revision” komt het FA op tegen de schending van het federale Duitse recht doordat § 18, lid 3, AuslInvestmG niet wordt toegepast.

**[Or. 5]** Het FA is van mening dat de regeling van § 18, lid 3, AuslInvestmG in ieder geval moet worden toegepast, omdat deze valt onder de grandfatheringregeling van artikel 73 C, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap – EG-Verdrag – (sinds 1 mei 1999 artikel 57, lid 1, van het Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten – EG –, *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* – PB – 1997, C 340, blz. 173). Enerzijds is § 18, lid 3, AuslInvestmG volgens het FA een bepaling in verband met financiële diensten in de zin van de grandfatheringbepaling; het gedrag van het fonds is immers onlosmakelijk verbonden met de belastingheffing bij de beleggers, waardoor § 18, lid 3, AuslInvestmG niet alleen gericht is tegen de belegger, maar ook tegen het beleggingsfonds zelf. Anderzijds is de deelneming in een beleggingsfonds een directe investering, aldus het FA.

Verder is het FA van mening dat een mogelijke schending van het vrije kapitaalverkeer in ieder geval gerechtvaardigd is in het belang van een doeltreffend belastingtoezicht of een doeltreffende fiscale controle alsmede ter bestrijding van belastingontwijkingen. Want er bestond – in de litigieuze jaren – geen overeenkomst met de Kaaimaneilanden inzake de verlening van wederzijdse administratieve en juridische bijstand op het gebied van de directe belastingen.

Dientengevolge heeft Duitsland volgens het FA niet de mogelijkheid om de voor de belasting van de Kaaimaneilandse kapitaalopbrengsten vereiste informatie in te winnen. Dit is naar de opvatting van het FA echter strikt noodzakelijk om de relevante heffingsgrondslagen te kunnen bepalen, vanwege het ontbreken van eigen onderzoeksbevoegdheden alsmede met het oog op het beginsel van gelijkheid voor de belastingen en het frauderisico op het gebied van de kapitaalopbrengsten.

**[Or. 6]** Het FA vordert,

> dat het vonnis van het FG Baden-Württemberg van 27 februari 2012 (omissis) wordt vernietigd en het beroep wordt afgewezen.

Verzoekster vordert verwerping van het beroep in „Revision".

Zij is van mening dat § 18, lid 3, AuslInvestmG in strijd is met Europees recht en derhalve geen toepassing kan vinden. De grandfatheringregeling van artikel 64, lid 1, eerste volzin, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie in de versie van het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap – VWEU – (*Publicatieblad van de Europese Unie* 2008, C 115, blz. 47) is volgens verzoekster in casu niet van toepassing. De fondsmaatschappijen verrichten weliswaar financiële diensten, maar deze staan in geen verband met directe investeringen. Dit verband met een directe investering is volgens haar echter een fundamenteel vereiste van de grandfatheringclausule. Bij investeringen in beleggingsfondsen mist de belegger de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op het beleggingsbeleid. Bovendien neemt de investeerder juist niet direct deel in een onderneming, maar in een maatschappij die op haar beurt weer investeert in ondernemingen.

Het Bundesministerium der Finanzen (Duitse ministerie van financiën, hierna: „BMF") heeft geïntervenieerd.

Het BMF is van mening dat in casu geen sprake is van een schending van het vrije kapitaalverkeer. Weliswaar voorziet het voor binnenlandse beleggingsfondsen destijds geldende Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (Duitse wet betreffende beleggingsmaatschappijen; hierna: „KAGG") – anders dan § 18, lid 3, AuslInvestmG voor buitenlandse beleggingsfondsen – ook dan niet in een forfaitaire belasting als een fonds **[Or. 7]** niet voldoet aan zijn meldings- en publicatieverplichtingen, maar op grond van de verschillende regelingen en controlestelsels is de situatie van binnenlandse beleggingsfondsen en beleggingsfondsen uit derde landen niet objectief vergelijkbaar, aldus het BMF.

Bovendien is de grandfatheringregeling van artikel 64, lid 1, VWEU volgens het BMF in casu van toepassing. Want deelnemen in een beleggingsfonds is weliswaar geen directe investering, maar wel een regeling in verband met het verrichten van financiële diensten.

Subsidiair is het BMF van mening dat een schending van het vrije kapitaalverkeer in ieder geval gerechtvaardigd is, vooral om redenen van een doeltreffende fiscale controle. De doeltreffende handhaving van belastingaanspraken is een rechtvaardigingsgrond voor een forfaitaire belasting van de opbrengsten van beleggingsfondsen. Zonder deze bepaling zou er sprake kunnen zijn van zogenoemde witte inkomsten (dat wil zeggen inkomsten die in geen van de betrokken landen worden belast). Verder benadrukt het BMF dat de forfaitaire regeling van § 18, lid 3, AuslInvestmG evenredig is. Anders dan de I. Senat van het Bundesfinanzhof (BFH) heeft vastgesteld, vormt een door de belastingplichtige geleverd bewijs dat door de belastingautoriteiten niet kan worden gecontroleerd, immers geen even geschikt middel als de forfaitaire belasting, althans in gevallen waarbij derde landen betrokken zijn.

II. Verzoek aan het Hof van de Europese Unie (hierna: „Hof")

De Senat verzoekt het Hof om een prejudiciële beslissing over de bovengenoemde vragen inzake de uitlegging van het Unierecht en schorst de behandeling van de zaak tot de uitspraak van het Hof.

**[Or. 8]**

1. Relevante bepalingen

Naar de opvatting van de verwijzende Senat zijn de volgende nationale en Unierechtelijke bepalingen van belang.

a) Nationale bepalingen

aa) Bepalingen inzake de belasting van opbrengsten van aandelen in buitenlandse beleggingsfondsen

§ 17 AuslInvestmG (versie van 1 januari 2002 tot en met 31 december 2003)

„(1) Uitkeringen op buitenlandse aandelen in beleggingsfondsen (omissis) behoren tot de inkomsten uit vermogen in de zin van § 20, lid 1, punt 1, van het Einkommensteuergesetz (Duitse wet inzake inkomstenbelasting), (omissis)

(omissis) **[Or. 9]** (omissis)

(omissis)

**[Or. 10]**

(omissis)

(3) De leden 1 tot en met 2a zijn alleen van toepassing

1. a) als de buitenlandse beleggingsmaatschappij haar voornemen om aandelen in buitenlandse beleggingsfondsen binnen het toepassingsgebied van deze wet door middel van een openbare aanbieding, openbare reclame of op soortgelijke wijze te verkopen, aan de autoriteit heeft gemeld (omissis) of

b) als aandelen in buitenlandse beleggingsfondsen die aan een Duitse beurs zijn toegelaten tot een officiële notering of tot de handel op een gereglementeerde markt, met uitzondering van de door de beurs voorgeschreven bekendmakingen, niet door middel van een openbare aanbieding, openbare reclame of op soortgelijke wijze worden verkocht (§ 1, lid 2), en als de buitenlandse beleggingsmaatschappij een vertegenwoordiger met vestigingsplaats of woonplaats binnen het toepassingsgebied van deze wet heeft benoemd die haar tegenover de belastingautoriteiten en ten overstaan van de bevoegde belastingrechters kan vertegenwoordigen, en

2. als de buitenlandse beleggingsmaatschappij aan de houders van de aandelen in buitenlandse beleggingsfondsen bij elke uitkering (omissis) [het bedrag van de uitkering per aandeel en bepaalde daarin opgenomen bedragen] in de Duitse taal meedeelt

**[Or. 11]**

(omissis)

en de juistheid van deze informatie op verzoek aantoont."

§ 18 AuslInvestmG (versie van 30 december 1993 tot en met 31 december 2000)

„(1) Indien niet is voldaan aan de voorwaarden van § 17, behoren uitkeringen op aandelen in buitenlandse beleggingsfondsen (omissis) tot de inkomsten uit vermogen in de zin van § 20, lid 1, punt 1, van het Einkommensteuergesetz (omissis) **[Or. 12]** (omissis)

(2) De in lid 1 genoemde heffingsgrondslagen dienen te worden aangetoond. Hiervoor dienende documenten moeten in de Duitse taal zijn gesteld of zijn voorzien van een Duitse vertaling. De buitenlandse beleggingsmaatschappij dient een vertegenwoordiger met vestigingsplaats of woonplaats binnen het toepassingsgebied van deze wet te benoemen die haar tegenover de belastingautoriteiten en ten overstaan van de bevoegde belastingrechters kan vertegenwoordigen.

(3) Indien het bewijs niet op de juiste wijze wordt geleverd of geen vertegenwoordiger wordt benoemd, worden aan de ontvanger de uitkeringen op aandelen in buitenlandse beleggingsfondsen alsmede 90 % van het verschil tussen de eerste in het kalenderjaar vastgestelde prijs van wederinkoop en de laatste in het kalenderjaar vastgestelde prijs van wederinkoop van een aandeel in buitenlandse beleggingsfondsen

> toegerekend, met een minimum van 10 % van de laatste in het kalenderjaar vastgestelde prijs van wederinkoop. (omissis)"

bb) Voorschriften voor de belasting van opbrengsten van aandelen in binnenlandse beleggingsfondsen

[§§ 38b, 39, 41 en 42 KAGG, voor zover relevant]

(omissis)

(omissis) **[Or. 13]** (omissis)

(omissis)

**[Or. 14]**

(omissis)

(omissis) **[Or. 15]** (omissis)

b) Unierecht

Artikel 73 B EG-Verdrag, sinds 1 mei 1999 artikel 56 EG (thans artikel 63 VWEU)

> „(1) In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden. [...]"

Artikel 73 C EG-Verdrag, sinds 1 mei 1999 artikel 57 EG (thans artikel 64 VWEU)

> „(1) Het bepaalde in artikel 73 B doet geen afbreuk aan de toepassing op derde landen van beperkingen die op 31 december 1993 bestaan uit hoofde van nationaal of Gemeenschapsrecht inzake het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen — met inbegrip van investeringen in onroerende goederen —, vestiging, het verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot de kapitaalmarkten. [...]"

2. Noodzaak van beantwoording van de prejudiciële vragen door het Hof

De beslissing op het beroep in „Revision" is afhankelijk van de beantwoording van de bovengenoemde prejudiciële vragen. Voor zover de eerste [vraag] of het eerste onderdeel van de tweede vraag bevestigend dient te worden beantwoord, moet het vonnis in eerste aanleg worden vernietigd en het beroep worden afgewezen. Anders moet het beroep in „Revision" van het FA worden verworpen. De Senat is geneigd aan te nemen dat het beroep in „Revision" ongegrond is,

omdat naar zijn mening niet is voldaan aan de voorwaarden van de grandfatheringclausule van artikel 73 C EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 57 EG) (a). Verder is de bepaling van § 18, lid 3, AuslInvestmG klaarblijkelijk niet verenigbaar met het vrije kapitaalverkeer **[Or. 16]** van artikel 73 B EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 56 EG) (b).

a) Volgens artikel 73 C EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 57 EG) doet het verbod op beperkingen van het vrije kapitaalverkeer in de zin van artikel 73 B EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 56 EG) geen afbreuk aan de toepassing op derde landen van beperkingen die op 31 december 1993 bestonden uit hoofde van nationaal of Unierecht inzake het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen - met inbegrip van investeringen in onroerende goederen -, vestiging, het verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot de kapitaalmarkten.

aa) De bepaling van § 18, lid 3, AuslInvestmG bleef in de litigieuze jaren sinds 31 december 1993 in wezen ongewijzigd. § 18, lid 3, eerste tot en met derde volzin, was ook reeds opgenomen in het AuslInvestmG van 28 juli 1969. (omissis)

bb) De beleggingsfondsen van M zijn afkomstig van de Kaaimaneilanden en derhalve uit een derde land ten opzichte van het gebied van de Gemeenschap. De fondsen zijn wat betreft de toelatings- en toezichtregels opgericht op de Kaaimaneilanden, aangezien de beheermaatschappijen van de beleggingsfondsen daar gevestigd waren.

cc) De Senat vraagt zich af of § 18, lid 3, AuslInvestmG in verband staat met het verrichten van financiële diensten. Het Hof heeft – voor zover bekend – tot dusver niet gedefinieerd wat de kenmerken van een dergelijke regeling zijn. Ook in de **[Or. 17]** nomenclatuur zijn hiervoor geen aanwijzingen te vinden. De verwijzende Senat is echter geneigd aan te nemen dat het toepassingsgebied van de grandfatheringclausule als uitzondering op het vrije kapitaalverkeer in het algemeen strikt moet worden uitgelegd. Naar de opvatting van de I. Senat van het BFH staan alleen die bepalingen in verband met het verrichten van financiële diensten die gericht zijn tot de dienstverlener zelf en die de voorwaarden of de wijze van de dienstverlening regelen. In ieder geval kunnen naar de opvatting van de I. BFH-Senat geen bepalingen bedoeld zijn die betrekking hebben op de belastingheffing bij de belegger in dergelijke financiële producten(omissis).

Aangezien de uitlegging van artikel 73 C EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 57 EG) en daarmee van een bepaling van primair Gemeenschapsrecht in eerste instantie voorbehouden is aan het Hof, legt de Senat de eerste vraag voor aan het Hof met het verzoek om een prejudiciële beslissing.

dd) De verwijzende Senat heeft bovendien grote twijfels wat betreft de vraag of de bepaling van § 18, lid 3, AuslInvestmG in verband staat met een directe investering. Deze twijfels vloeien voort uit een mogelijk verschil tussen de

definitie in de nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag – richtlijn 88/361/EEG – (PB L 178, blz. 5) alsmede de bestaande rechtspraak van het Hof enerzijds en een beslissing van de Derde kamer van het Hof van 7 juni 2012, C-39/11 (omissis) anderzijds.

aaa) Volgens punt I.2 van bovengenoemde nomenclatuur in bijlage I behoren tot de directe investeringen deelnemingen in nieuwe of bestaande ondernemingen teneinde duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven. Onder „verklarende aantekeningen" wordt nader uiteengezet dat het kan gaan om alle investeringen **[Or. 18]** welke door natuurlijke personen of door commerciële, industriële of financiële ondernemingen worden verricht en welke gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer enerzijds en de ondernemer of de onderneming anderzijds, voor wie de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit. Het begrip directe investeringen dient derhalve in de ruimste zin te worden opgevat. Bij de onder punt I. 2 van de nomenclatuur in bijlage I genoemde ondernemingen die de rechtsvorm hebben van een vennootschap waarvan het kapitaal in aandelen is verdeeld, is evenwel alleen sprake van een directe investering indien het aandelenpakket dat in het bezit is van een natuurlijke persoon, een andere onderneming of enigerlei andere houder, aan deze aandeelhouders hetzij ingevolge de bepalingen van de nationale wetgeving op de vennootschappen, hetzij uit anderen hoofde de mogelijkheid biedt daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de controle over de betrokken vennootschap.

Deze definitie heeft het Hof tot dusver overgenomen in zijn rechtspraak inzake de grandfatheringclausule van artikel 73 C EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 57 EG) (arrest van het Hof van 20 mei 2008, Orange European Smallcap Fund, C-194/06, Jurispr. blz. I-3747, punten 101 e.v.). Op grond daarvan is in casu reeds van belang of naar de opvatting van het Hof een beleggingsfonds als instelling voor collectieve belegging überhaupt een geschikt, namelijk economisch opererend deelnemingsinstrument is. Zelfs wanneer deze vraag nog bevestigend wordt beantwoord, zou de individuele belegger volgens de tot dusver gebruikte definitie de mogelijkheid moeten hebben om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de controle over het beleggingsfonds, om van een directe investering te kunnen spreken. Dit zal naar de opvatting van de Senat regelmatig strijdig zijn met het doel van een beleggingsfonds om zijn beleggingsbeslissingen onafhankelijk van de wil van de belegger te nemen. De deelneming in een beleggingsfonds is op zichzelf niet voldoende om **[Or. 19]** een rechtsbetrekking in het leven te roepen met de vennootschappen waarin het beleggingsfonds investeert.

bbb) Daartegenover heeft het Hof in zijn arrest (omissis) [C-39/11] inzake het vrije kapitaalverkeer van artikel 63 VWEU vastgesteld dat de verwerving van rechten van deelneming in een beleggingsfonds een directe belegging vormt in de

vorm van een deelneming in het kapitaal van een financiële onderneming. Een nadere uiteenzetting met betrekking tot de vraag hoe de vereiste (doeltreffende) invloed op het bestuur van of de controle over de vennootschap in het concrete geval werd bereikt, bevat dit arrest niet.

ccc) De verwijzende Senat vraagt zich af of deze beslissing zonder meer kan worden toegepast op de uitlegging van het begrip directe investering in het kader van de grandfatheringclausule. Enerzijds was de aanmerking van de verwerving van een aandeel als directe investering in het door het Hof besliste geval slechts bedoeld om dit te laten vallen binnen de werkingssfeer van het vrije kapitaalverkeer. Deze dient in beginsel ruim te worden uitgelegd. Daarentegen dient de grandfatheringregeling als uitzondering op het verbod op het vrije kapitaalverkeer strikt te worden uitgelegd. Op grond daarvan zou het begrip directe investering in de zin van de grandfatheringregeling een ander moeten zijn dan het door het Hof in het bedoelde arrest (omissis) [C-39/11] gebruikte begrip.

Anderzijds citeert het Hof ter onderbouwing van zijn oordeel uitspraken inzake de verwerving van aandelen (arresten van het Hof van 4 juni 2002, Commissie/Frankrijk, C-483/99, Jurispr. blz. I-4781, punt 37, en Commissie/België, C-503/99, Jurispr. blz. I-4809, punt 38). De positie van een aandeelhouder stemt juridisch gezien echter in beginsel niet overeen met die van een houder van rechten van deelneming in een beleggingsfonds. Juist ten aanzien van de ook internationaal gezien bestaande bijzondere structuur van beleggingsfondsen zal er over het algemeen geen sprake zijn van een invloed van de belegger op het **[Or. 20]** beheer van het beleggingsvermogen. Zo heeft de houder van aandelen in bijvoorbeeld instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) in de zin van richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) (PB L 375, blz. 3), zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/108/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 (PB L 41, blz. 35), slechts recht op wederinkoop van zijn aandelen tegen de dagwaarde.

ddd) De verwijzende Senat gaat er om de bovengenoemde redenen van uit dat een directe investering in de zin van de grandfatheringclausule van artikel 73 C EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 57 EG) nog steeds veronderstelt dat een concrete mogelijkheid voor de belegger bestaat om invloed uit te oefenen op het bestuur van of de controle over de participatiemaatschappij, in casu het beleggingsfonds. Dit zou moeten worden beslist volgens de wetgeving van de Kaaimaneilanden op het gebied van het toezicht op beleggingsfondsen. Vanwege het recentere arrest [C-39/11] van het Hof (omissis) kan echter niet worden uitgegaan van een opgehelderde of evidente rechtssituatie in de zin van een acte clair (arrest van het Hof van 6 oktober 1982, Cilfit, C-283/81, Jurispr. blz. 3415). Om die reden legt de Senat de tweede prejudiciële vraag aan het Hof voor.

b) Indien het Hof het met de Senat eens is dat in casu niet is voldaan aan de voorwaarden van de grandfatheringclausule, is het beroep in „Revision" van het FA ongegrond. Want naar de opvatting van de verwijzende Senat is de forfaitaire belasting conform § 18, lid 3, AuslInvestmG en de daarmee verband houdende algehele uitsluiting van de mogelijkheid van de belegger om een bewijs van zijn daadwerkelijke opbrengsten te leveren, indien het beleggingsfonds niet voldoet aan de voorwaarden van § 17, lid 3, AuslInvestmG en **[Or. 21]** geen binnenlandse vertegenwoordiger overeenkomstig § 18, lid 2, AuslInvestmG heeft benoemd, klaarblijkelijk niet verenigbaar met het vrije kapitaalverkeer van artikel 73 B EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 56 EG). De regeling vormt een ongerechtvaardigde inbreuk op het vrije kapitaalverkeer.

aa) Aangezien het Verdrag geen definitie bevat van het begrip kapitaalverkeer in de zin van artikel 73 B EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 56 EG) heeft het Hof in zijn eerdere rechtspraak erkend dat de nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG indicatieve waarde heeft (arrest Orange European Smallgroup Fund, Jurispr. blz. I-3747, punt 100). Onder kapitaalverkeer in de zin van artikel 73 B EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 56 EG) worden op grond daarvan onder meer transacties verstaan met rechten van deelneming in icbe's. Onder deze transacties valt de verwerving van al dan niet op een beurs verhandelde rechten van deelneming door ingezetenen of niet-ingezetenen. Icbe's hebben volgens de nomenclatuur en de bijbehorende verklarende aantekeningen onder meer tot doel door hen aangetrokken kapitaal met toepassing van het beginsel van risicospreiding voor gezamenlijke rekening in effecten of op andere wijze te beleggen. Deze instellingen kunnen rechtens geregeld zijn bij overeenkomst (beleggingsfondsen beheerd door een beheermaatschappij), als trust dan wel bij statuten (beleggingsmaatschappij) (bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG onder Verklarende aantekeningen). Het vrije kapitaalverkeer geldt ook ten opzichte van derde landen (artikel 73 B EG-Verdrag, sinds 1 mei 1999 artikel 56 EG).

bb) De regeling van § 18, lid 3, AuslInvestmG vormt een beperking van het kapitaalverkeer.

aaa) Op grond van artikel 73 B EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 56 EG) zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden. Er is sprake van een beperking van het kapitaalverkeer, als overheidsmaatregelen voor de kapitaalinvoer of -uitvoer **[Or. 22]** afwijkende – in vergelijking met het binnenlandse kapitaalverkeer nadelige – regelingen bevatten en derhalve belastingplichtigen ervan kunnen weerhouden hun kapitaal bij buitenlandse maatschappijen te beleggen (arrest van het Hof van 16 maart 1999, Trummer en Mayer, C-222/97, Jurispr. blz. I-1661, punt 26).

bbb) De forfaitaire belasting overeenkomstig § 18, lid 3, AuslInvestmG heeft een beperking van het kapitaalverkeer in de zin van artikel 73 B EG-Verdrag [sinds 1 mei 1999 artikel 56 EG; (omissis)] tot gevolg. Enerzijds is het AuslInvestmG

van toepassing op alle fondsen die niet onder de Duitse wetgeving op het gebied van het toezicht vallen (§ 1, lid 1, AuslInvestmG). Anderzijds kunnen de forfaitaire regelingen ervoor zorgen dat Duitse beleggers ten gevolge van de ongelijke belastingheffing worden weerhouden van beleggingen in buitenlandse „zwarte" fondsen. Want beleggers in binnenlandse beleggingsfondsen die hun niet uitgekeerde opbrengsten niet aantonen, hoeven over het algemeen minder belasting te betalen dan beleggers in buitenlandse fondsen die niet hebben voldaan aan de vereisten van de §§ 17 en 18, lid 1, AuslInvestmG.

(1) De bepalingen van het KAGG, inzonderheid §§ 39 e.v. KAGG, voorzien voor binnenlandse beleggingsfondsen in geen enkel geval in een forfaitaire belasting van niet-uitgekeerde opbrengsten en tussentijdse winst. Indien de kapitaalopbrengsten uit binnenlandse fondsen niet zoals voorgeschreven worden aangetoond, dienen deze op grond van § 162 van de Abgabenordnung (Duits belastingwetboek; hierna: „AO") te worden geschat.

(2) Bij opbrengsten uit buitenlandse „zwarte" fondsen is de rechtssituatie anders, want de toepassing van de forfaitaire regeling van § 18, lid 3, AuslInvestmG voor niet uitgekeerde opbrengsten en voor tussentijdse winst is dwingend. Tegenbewijs voor een forfaitair bepaalde waarde aan de hand van feitelijke cijfers is wettelijk uitgesloten (omissis) **[Or. 23]** (omissis).

cc) De beperking van het vrije kapitaalverkeer door § 18, lid 3, AuslInvestmG is niet gerechtvaardigd. Geen van de gevallen als bedoeld in artikel 73 D EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 58 EG) doet zich voor, noch zijn er dwingende redenen van algemeen belang die deze forfaitaire belasting van bepaalde kapitaalopbrengsten rechtvaardigen.

aaa) § 18, lid 3, AuslInvestmG is geen toelaatbare beperking van het vrije kapitaalverkeer in de zin van de zogenoemde belastingclausule van artikel 73 D EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 58 EG).

(1) Overeenkomstig artikel 73 D, lid 1, EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 58, lid 1, EG) doet het bepaalde in artikel 73 B (sinds 1 mei 1999 artikel 56 EG) niet af aan het recht van de lidstaten de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd. Als uitzondering op het vrije kapitaalverkeer dient deze bepaling over het algemeen strikt te worden uitgelegd (arrest van het Hof van 17 januari 2008, Jäger, C-256/06, Jurispr. blz. I-123, punt 40). Bovendien beperkt artikel 73 D, lid 3, EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 58, lid 3, EG) op zijn beurt weer de mogelijkheid van de toegestane discriminatie op grond van artikel 73 D, lid 1, sub a, EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 58, lid 1, sub a, EG). Op grond daarvan mogen de nationale bepalingen geen middel tot willekeurige discriminatie vormen noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer. Dientengevolge is een nationale

belastingregeling die onderscheid maakt naar de plaats waar het kapitaal is belegd, pas toelaatbaar, indien het verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn (arresten van het Hof van 7 september 2004, Manninen, C-319/02, Jurispr. blz. I-7477, punt 29, en 8 september 2005, Blanckaert, C-512/03, Jurispr. blz. I-7685, punt 42).

**[Or. 24]**

(2) Volgens deze maatstaven rechtvaardigt artikel 73 D, lid 1, sub a, EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 58, lid 1, sub a, EG) niet de forfaitaire belasting van buitenlandse „zwarte" fondsen, want hier worden vergelijkbare situaties ongelijk behandeld.

(1.1) De (binnenlandse) beleggers die deelnemen in buitenlandse beleggingsfondsen verschillen slechts wat betreft de vestigingsplaats van het betrokken beleggingsfonds van (binnenlandse) beleggers die deelnemen in binnenlandse beleggingsfonds; de beleggers realiseren uit deze vergelijkbare deelnemingen immers ook vergelijkbare opbrengsten. Deze vergelijkbaarheid is ook door de wetgever opgemerkt. Zowel de binnenlandse als de buitenlandse beleggingsfondsen zijn onderhevig aan omvangrijke en nagenoeg identieke bewijs- en bekendmakingsverplichtingen met betrekking tot de heffingsgrondslagen voor de beleggers (§§ 41 en 42 KAGG voor binnenlandse beleggingsfondsen, § 17, lid 3, punten 2 en 3, laatste gedeelte, AuslInvestmG voor buitenlandse beleggingsfondsen). Een objectieve vergelijkbaarheid tussen beleggers in binnenlandse en beleggers in buitenlandse fondsen ontbreekt zelfs niet als de fondsen niet voldoen aan de wettelijke bewijs- en bekendmakingsverplichtingen. Het enkele feit dat alleen de binnenlandse beleggingsfondsen onder het belastingtoezicht van Duitsland vallen (omissis), doet hier niet aan af. Ook als de belastingautoriteiten jegens binnenlandse beleggingsfondsen dwangmiddelen kunnen inzetten, is het toch mogelijk dat binnenlandse fondsen desondanks geen voor de belastingheffing bij de beleggers vereiste documenten ter beschikking stellen. Ook het feit dat het voor de belastingautoriteiten moeilijker kan zijn de opbrengsten van buitenlandse fondsen te bepalen of te schatten (omissis), doet niet af aan de principiële vergelijkbaarheid van binnenlandse en buitenlandse beleggingsfondsen.

**[Or. 25]** Het procesrecht bepaalt dat in situaties met een buitenlands karakter een schatting de regel is (§ 90, lid 2, en § 162, lid 2, eerste volzin, AO).

(1.2) Desondanks hebben schendingen van de publicatieverplichtingen door beleggingsfondsen verschillende rechtsgevolgen voor de betrokken beleggers. Bij een binnenlands beleggingsfonds moet de belastingdienst van de belegger de opbrengsten zelf bepalen of in voorkomend geval op grond van § 162 AO schatten. Een regeling inzake forfaitaire belasting met uitsluiting van tegenbewijs is in het KAGG niet te vinden. Daarentegen is bij een belegger in een buitenlands

„zwart" fonds steeds § 18, lid 3, AuslInvestmG van toepassing, op grond waarvan elk bewijs van de opbrengsten en de schatting daarvan is uitgesloten.

bbb) Er is geen sprake van dwingende redenen van algemeen belang die de beperking van het vrije kapitaalverkeer door § 18, lid 3, AuslInvestmG zouden kunnen rechtvaardigen. Inzonderheid leidt de doelstelling van de wetgever om de doeltreffendheid van de fiscale controle te waarborgen en belastingvlucht te bestrijden (omissis) er niet toe dat § 18, lid 3, AuslInvestmG van toepassing is (omissis).

(1) Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen de vereisten van het doeltreffende belastingtoezicht en de doeltreffende fiscale controle beperkingen van het vrije kapitaalverkeer rechtvaardigen (arresten van het Hof van 15 mei 1997, Futura Participations en Singer, C-250/95, Jurispr. blz. I-2471, punt 31; 28 oktober 1999, Vestergaard, C-55/98, Jurispr. blz. I-7641, punt 23; 15 juli 2004, Lenz, C-315/02, Jurispr. blz. I-7063, punt 45, en 29 maart 2007, Rewe Zentralfinanz, C-347/04, Jurispr. blz. I-2647, (omissis), punt 55). Om die reden kan er in beginsel geen bezwaar tegen worden gemaakt als een lidstaat geschikte maatregelen treft om **[Or. 26]** de feitelijke vastlegging van de heffingsgrondslagen te verzekeren. Hiervoor is ook een forfaitaire belasting van niet-uitgekeerde opbrengsten uit beleggingsfondsen denkbaar, als de beleggingsfondsen de cijfers die vereist zijn voor de belastingheffing over de opbrengsten bij de beleggers in Duitsland niet bekendmaken. Een dermate ruime uitsluiting van de individuele bewijslevering door de belegger kan echter alleen dan een geschikt middel voor de bepaling van het bedrag van de kapitaalopbrengsten zijn, als de feitelijke cijfers, ondanks dat deze niet door het beleggingsfonds openbaar zijn gemaakt, niet op een andere wijze kunnen worden achterhaald.

Anders dan het BMF stelt, is van opbrengsten uit buitenlandse „zwarte" fondsen niet in elk geval van meet af aan duidelijk dat een bewijs van de feitelijke niet-uitgekeerde opbrengsten van het fonds onmogelijk is. De opbrengsten berusten op de daadwerkelijke bedrijfssituatie van de beleggingsfondsen. In zoverre kunnen deze fondsen steeds, zij het via kostbare procedures, aan de hand van de in alle landen te registreren bedrijfscijfers de volgens de Duitse belastingwetgeving vereiste cijfers bepalen. Dit blijkt ook uit het onderhavige geval, waarin vaststaat dat de cijfers over de litigieuze jaren door een in deze jaren „zwart" fonds naderhand zijn aangeleverd. Het FG heeft bindend vastgesteld dat deze cijfers overeenstemmen met de feitelijke opbrengsten in de zin van § 17 AuslInvestmG.

(2) Bij een doeltreffend belastingtoezicht en een doeltreffende fiscale controle hoort evenwel ook dat de belastingautoriteiten de mogelijkheid hebben de juistheid van de door de belastingplichtige verstrekte gegevens te verifiëren (arrest van het Hof van 28 oktober 2010, Etablissements Rimbaud, C-72/09, Jurispr. blz. I-10659). Deze mogelijkheid bestaat tussen de lidstaten van de EU onderling steeds en ten opzichte van derde landen indien Duitsland en de staat van het

betrokken beleggingsfonds de verlening van bijstand in de zin van richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de **[Or. 27]** wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen (PB L 336, blz. 15) zijn overeengekomen (omissis). Dientengevolge kunnen nationale beperkingen van het vrije kapitaalverkeer alleen toelaatbaar zijn, wanneer een dergelijke verplichting tot wederzijdse bijstand niet bestaat (arrest van het Hof van 5 mei 2011, Commissie/Portugal, C-267/09, Jurispr. blz. I-3197, punt 55).

(3) Voor de toetsing van § 18, lid 3, AuslInvestmG aan de hand van het Unierecht is het niet-bestaan van een overeenkomst inzake wederzijdse bijstand tussen Duitsland en de Kaaimaneilanden in de litigieuze jaren echter niet van belang. Deze bepaling stelt de forfaitaire belasting namelijk juist niet afhankelijk van het ontbreken van wederzijdse bijstand. Op grond van de in zoverre ontbrekende differentiatie is de bepaling van § 18, lid 3, AuslInvestmG in haar geheel geen geschikt middel om een juiste belastingheffing bij de belegger te verzekeren. De algehele uitsluiting van de mogelijkheid voor de belegger om de situatie op te helderen – ongeacht in welke vorm – kan derhalve niet worden gerechtvaardigd door het belang van een doeltreffend belastingtoezicht en een doeltreffende fiscale controle.

(4) Het rechtsgevolg van § 18, lid 3, AuslInvestmG is in ieder geval onevenredig. Volgens de rechtspraak van het Hof voldoet een bepaling aan het evenredigheidsbeginsel, indien zij geschikt is om het ermee nagestreefde doel te bereiken en niet verder gaat dan ter bereiking van dit doel nodig is. Daarbij dient de evenredigheid van een nationale regeling ook te worden gewaarborgd in gevallen waarbij derde landen zijn betrokken (arrest van het Hof van 18 december 2007, A, C-101/05, Jurispr. blz. I-11531, punt 56). Tegen de achtergrond van de doelstelling van de wetgever om de fiscale controle te verzekeren en belastingvlucht te bestrijden, gaat de bepaling van § 18, lid 3, AuslInvestmG, die **[Or. 28]** het individuele bewijs van de opbrengsten en de schatting daarvan overeenkomstig § 162 AO uitsluit, gezien de toepasselijkheid van deze bepaling op alle „zwarte" beleggingsfondsen en het bedrag van de forfaitaire belasting, duidelijk verder dan nodig is. Met de regeling wordt het door de wetgever nagestreefde andere doel, namelijk voorkoming van een te lage belasting, bereikt door middel van een overmatige belasting in de vorm van een forfaitaire belasting (omissis). Voor de verzekering van de fiscale controle was het evenwel voldoende geweest om de belasting van opbrengsten uit beleggingen in samenhang met de feitelijke bewijslevering door de belegger alsmede de juridische controlemogelijkheden van de fiscale autoriteiten door middel van overeenkomsten inzake administratieve bijstand te regelen. De bepaling van § 18, lid 3, AuslInvestmG maakt een dergelijk verschil echter niet, maar straft alle buitenlandse beleggingsfondsen die niet hebben voldaan aan hun formele bewijs- en bekendmakingsverplichtingen, met een overmatige forfaitaire belastingheffing bij de belegger, en wel ongeacht de vraag of het gaat om icbe's uit een Verdragsstaat, een beleggingsfonds uit de Europese Economische Ruimte of een

beleggingsfonds uit een derde land waarmee Duitsland geen overeenkomst inzake administratieve bijstand heeft gesloten.

Op grond daarvan hoeft de Senat niet te beslissen of een bepaling die volgens de boven beschreven wijze differentieert en die voorziet in een forfaitaire belasting (eventueel voor een bepaald niveau), evenredig is.

dd) Net als de I. Senat van het BFH (omissis) acht de verwijzende Senat de inbreuk van § 18, lid 3, AuslInvestmG op het vrije kapitaalverkeer ook ten aanzien van derde landen evident; om die reden is het naar zijn opvatting onder verwijzing naar het arrest Cilfit van het Hof (Jurispr. 1982, blz. 3415) niet nodig deze vraag voor te leggen aan het Hof. Dit standpunt is bevestigd in de vaste rechtspraak van het Hof inzake **[Or. 29]** artikel 73 B e.v. EG-Verdrag en artikel 56 e.v. EG en dit is klaarblijkelijk ook de opvatting van de nationale wetgever die in het Investmentmodernisierungsgesetz (beleggingsmoderniseringswet) van 15 december 2003 (omissis) de ongelijke fiscale behandeling van de opbrengsten uit binnenlands en buitenlands beleggingsvermogen met uitdrukkelijke verwijzing naar het door artikel 56 EG gewaarborgde vrije kapitaalverkeer heeft opgeheven (omissis). De naar aanleiding daarvan ingevoerde bepaling van § 6 van het Investmentsteuergesetz (wet inzake belastingen op beleggingen) differentieert op het eerste gezicht niet meer naar het land van oorsprong van het beleggingsfonds, maar legt aan alle binnenlandse en buitenlandse „zwarte" beleggingsfondsen die niet hebben voldaan aan hun formele bewijs- en bekendmakingsverplichtingen, een forfaitaire (punitieve) belasting op. Zelfs deze latere regeling van § 18, lid 3, AuslInvestmG is echter op grond van een mogelijke verkapte discriminatie van buitenlandse beleggingsfondsen voorwerp van een bij het Hof aanhangig verzoek om een prejudiciële beslissing (C-326/12).

(omissis)