



Datum van inontvangstneming : 05/01/2016

**Zaak C-628/15**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

24 november 2015

**Verwijzende rechter:**

Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Verenigd Koninkrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

11 november 2015

**Verzoekende en verwerende partij:**

The Trustees of the BT Pension Scheme

**Verwerende en verzoekende partij:**

Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs

---

[Or. 1] [OMISSIS]

[OMISSIS]

**BESLUIT TOT INDIENING VAN EEN PREJUDICIEEL VERZOEK BIJ HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE**

[OMISSIS] [Or. 2] [OMISSIS]

[Or. 3] [OMISSIS]

[Or. 4] SCHEDULE A

VERZOEK AAN HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN OM EEN PREJUDICIËLE BESLISSING

## **Inleiding**

- 1 Dit verzoek betreft de regeling van het Verenigd Koninkrijk inzake het dividend uit buitenlands inkomen (foreign income dividend; hierna: „FID”), waarover het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: „Hof”) zich eerder reeds heeft uitgesproken in zijn arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation* (arrest van 12 december 2006, C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774; hierna: „arrest FII nr. 1”). In dat arrest heeft het Hof zich over deze regeling uitgesproken in de context van beroepen die waren ingesteld door een groep van ondernemingen die dergelijke dividenden uitkeerden. De onderhavige verwijzing heeft betrekking op de positie van aandeelhouders die FID’s ontvingen. Meer in het bijzonder betreft deze verwijzing de vraag welke rechten krachtens het Unierecht toekomen aan vrijgestelde aandeelhouders die op grond van de nationale regeling geen recht hadden op een belastingkrediet voor het FID’s.

## **Feiten**

- 2 Het BT Pension Scheme (hierna: „pensioenfonds”) is opgericht in de jaren tachtig van de vorige eeuw en is het grootste „defined benefit pension fund” [op vaste toezeggingen gebaseerd pensioenfonds] in het Verenigd Koninkrijk. Sinds 14 december 2006 is de onderneming BT Pension Scheme Trustees Limited de „trustee” van dit pensioenfonds.
- 3 Voor belastingdoeleinden is de trustee van het pensioenfonds (hierna: „Trustees”) de relevante belastingplichtige en is het pensioenfonds de uiteindelijke gerechtigde („beneficial owner”) van de activa in kwestie.
- 4 In de in casu relevante periode was het portfolio van het pensioenfonds steeds voor ongeveer 70 tot 75 % (beoordeeld naar de marktwaarde) samengesteld uit aandelen van ondernemingen.
- 5 Concreet bezat het pensioenfonds zowel aandelenparticipaties in ondernemingen die in het Verenigd Koninkrijk waren gevestigd als in ondernemingen die in andere lidstaten of buiten de EU waren gevestigd.
- 6 [Or. 5] De aandelen die het pensioenfonds bezat, waren voor het overgrote deel (ten minste 97 %) aandelen in grote beursgenoteerde ondernemingen in het Verenigd Koninkrijk en in het buitenland. Het pensioenfonds bezat normaal gezien minder dan 2 % van de aandelen van een onderneming, en in ieder geval minder dan 5 %. De verhouding tussen het pensioenfonds en de ondernemingen waarin het investeerde, was een loutere aandeelhoudersverhouding.

## Nationale wetgeving

- 7 De voorschriften van nationaal belastingrecht, met inbegrip van de FID-regeling, zijn beschreven in de punten 6 tot en met 9, 14, 23 tot en met 26, 140 tot en met 145, 148 en 149 van het arrest FII nr. 1. De punten 158 tot en met 163 van dat arrest betreffen de onverenigbaarheid ervan met artikel 49 VWEU (vrijheid van vestiging). De punten 165 tot en met 172 van dat arrest hebben betrekking op de onverenigbaarheid ervan met artikel 63 VWEU (vrij kapitaalverkeer). Punt 173 van datzelfde arrest bevat de conclusie van het Hof betreffende de vierde vraag, die betrekking had op het feit dat aan vrijgestelde aandeelhouders geen uitbetaalbaar belastingkrediet werd verleend.

### *De ACT-regeling*

- 8 Tijdens de gehele periode die in casu relevant is, gold in het VK een stelsel van gedeeltelijke verrekening, dat tot doel had de economische impact van de dubbele belasting over uitgekeerde winst op het niveau van de onderneming en de aandeelhouder te verlichten. De basisregeling bestond erin dat een in het VK gevestigde onderneming aan de dienst Inland Revenue (thans HM Revenue and Customs) een bepaald bedrag moest betalen als vooruitbetaling van de vennootschapsbelasting (advance corporation tax; hierna: „ACT”), wanneer zij een dividend uitkeerde aan haar aandeelhouders [Section 14 van de Income and Corporation Taxes Act 1988 (wet inkomsten- en vennootschapsbelasting; hierna: „ICTA”). De ACT werd geheven op basis van het uitgekeerde bedrag en niet op basis van de winst van de onderneming, en het tarief van de ACT was oorspronkelijk gelinkt aan het basistarief van de inkomstenbelasting (hoewel het in de in casu relevante periode gelinkt was aan het lagere tarief van de inkomstenbelasting). De onderneming mocht de betaalde ACT verrekenen met de algemene vennootschapsbelasting („mainstream” corporation tax; hierna: „MCT”) die zij in dat belastingtijdvak verschuldigd was (krachtens Section 6 ICTA) en de aandeelhouder had recht op een belastingkrediet ten belope van het bedrag van de ACT (Section 231 ICTA).

[Or. 6] *Verschuldigheid van de belasting over dividenden en uitbetaling van het belastingkrediet*

- 9 Section 20 ICTA bepaalde:

- „(1) [...] de overeenkomstig deze Schedule verschuldigde inkomstenbelasting moet voor ieder aanslagjaar worden voldaan met betrekking tot alle dividenden en andere tegoeden die in dat jaar door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming zijn uitgekeerd en die niet specifiek van inkomstenbelasting zijn vrijgesteld [...]
- (2) Voor de toepassing van deze Schedule en van de belastingwetgeving in het algemeen zal elke uitkering die de ontvanger ervan recht geeft op

een belastingkrediet, worden geacht een inkomen te vertegenwoordigen dat gelijk is aan de som van het bedrag of de waarde van die uitkering en het bedrag van dat krediet, en de overeenkomstig deze Schedule verschuldigde inkomstenbelasting zal derhalve op basis van deze som worden bepaald.”

- 10 Section 231, lid 1, ICTA bepaalde in de volgende bewoordingen wanneer recht op een belastingkrediet ontstond:

„(1) [...] indien een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming een in aanmerking komende uitkering verricht en de ontvanger ervan ook een dergelijke onderneming is of een natuurlijke persoon die in het Verenigd Koninkrijk woont, zal deze ontvanger aanspraak kunnen maken op een belastingkrediet ten belope van het gedeelte van het bedrag of de waarde van de uitkering dat overeenkomt met het tarief van de [ACT] dat geldt voor het boekjaar waarin de uitkering is verricht.”

Indien het belastingkrediet meer bedroeg dan de inkomstenbelasting die de ontvanger diende te betalen over de som van de uitkering en het belastingkrediet (zoals het geval was bij vrijgestelde aandeelhouders), kon de betrokkene om uitbetaling van het overschot verzoeken (Sub-section 231, lid 3, ICTA).

*Fiscale behandeling van pensioenfondsen in het VK*

- 11 Tijdens de gehele periode die in casu relevant is, konden erkende vrijgestelde pensioenregelingen („exempt approved schemes”) krachtens Section 592, lid 2, ICTA aanspraak maken op een vrijstelling van de inkomstenbelasting over (binnenlandse en buitenlandse) dividenden. Pensioenfondsen konden (naast de FID-regeling) krachtens Section 231 ICTA evenwel ook aanspraak maken op belastingkredieten voor dividenden die zij van in het VK gevestigde ondernemingen ontvingen.

*ACT-overschot*

- 12 Wanneer een in het VK gevestigde onderneming een in aanmerking komende uitkering verrichtte (zoals een dividend), moest zij ACT betalen. Zij moest dit ook doen wanneer zij geen of onvoldoende MCT verschuldigd was waarmee zij deze ACT kon verrekenen. Van een „ACT-overschot” was sprake wanneer de [Or. 7] onderneming met betrekking tot een bepaald tijdvak onvoldoende MCT verschuldigd was om haar ACT volledig mee te verrekenen. In punt 9 van het arrest FII nr. 1 wordt het ACT-overschot omschreven.
- 13 Ondernemingen konden een eventueel ACT-overschot door middel van achterwaartse verrekening („carry back”) verrekenen met hun winst van vorige boekjaren en konden het ook overdragen aan hun in het VK gevestigde dochterondernemingen, die het dan konden verrekenen met hun ACT. Het

resterende gedeelte van het ACT-overschot konden de ondernemingen op basis van voorwaartse verrekening („carry forward”) gebruiken in toekomstige periodes, waarin zij dit overschot dan konden verrekenen met de door hen in die periode verschuldigde MCT. Het ACT-overschot kon in sommige gevallen evenwel een definitief te dragen kost uitmaken, namelijk wanneer het in de praktijk nooit kon worden gebruikt omdat de onderneming steeds voldoende buitenlandse dividenden bleef ontvangen om ook in het volgende tijdvak opnieuw een ACT-overschot tot stand te brengen.

- 14 Hoewel buitenlandse dividenden onderworpen waren aan de vennootschapsbelasting in het VK, was een in het VK gevestigde onderneming uiteindelijk geen vennootschapsbelasting verschuldigd in het VK over door haar ontvangen buitenlandse dividenden, ofwel slechts een verlaagde belasting, aangezien het VK een krediet verleende voor de buitenlandse vennootschapsbelasting die over de buitenlandse winst was voldaan (onderliggende buitenlandse vennootschapsbelasting of „underlying foreign corporation tax”) indien de in het VK gevestigde onderneming minstens 10 % van de stemrechten in de buitenlandse vennootschap bezat.<sup>1</sup> Dit is beschreven in de punten 17 en 22 van het arrest FII nr. 1.
- 15 Indien de onderliggende buitenlandse vennootschapsbelasting minder bedroeg dan de vennootschapsbelasting in het VK, was in het VK uiteindelijk nog een zeker bedrag aan vennootschapsbelasting verschuldigd over de dividenden van buitenlandse oorsprong.<sup>2</sup>
- 16 Ondernemingen die veel buitenlandse dividenden ontvingen, hadden bijgevolg vaak onvoldoende MCT, waardoor een ACT-overschot ontstond.

#### *De FID-regeling*

- 17 De FID-regeling is van kracht geworden op 1 juli 1994 en strekte ertoe ondernemingen een mogelijkheid aan te reiken om de impact van het ACT-overschot te verminderen. Krachtens deze regeling mocht een in het VK gevestigde onderneming ervoor opteren om aan haar aandeelhouders een dividend uit te keren als een „dividend uit buitenlands inkomen” („foreign income dividend”) (zie Sections 246A tot en met 246Y ICTA). Over de FID’s moest ACT worden voldaan, maar indien [Or. 8] de FID’s overeenstemden met het niveau van de winst van buitenlandse oorsprong, kon de onderneming terugbetaling van de ACT verkrijgen.

<sup>1</sup> – Het Hof heeft dit vereiste (te weten het bezit van 10 % van de stemrechten) bij het arrest FII nr. 1 onverenigbaar verklaard met het Unierecht (zie de punten 61-71 van dat arrest).

<sup>2</sup> – Andere aspecten van dit stelsel, in het bijzonder de vraag hoe de onderliggende buitenlandse vennootschapsbelasting dient te worden vergeleken met de vennootschapsbelasting in het Verenigd Koninkrijk, waren aan de orde in het arrest FII van 13 november 2012 (C-35/11, EU:C:2012:707).

- 18 Krachtens Section 246N ICTA werd de teruggevorderde ACT terugbetaalbaar op hetzelfde ogenblik dat de MCT verschuldigd werd (negen maanden na het einde van de boekhoudkundige periode) en werd zij eerst verrekend met een eventuele MCT-schuld voor de betrokken periode. Het overschot werd dan terugbetaald. Aangezien ACT werd betaald 14 dagen na het einde van het kwartaal waarin het dividend werd uitgekeerd, en de MCT pas negen maanden na het einde van de boekhoudkundige periode verschuldigd werd, moest een bepaalde tijd worden gewacht op de terugbetaling van het ACT-overschot (tussen acht en een halve maand en zeventien en een halve maand).
- 19 Kortom, de FID-regeling was van toepassing in gevallen waarin een in het VK gevestigde onderneming (a) buitenlandse dividenden ontving, en vervolgens aan haar eigen aandeelhouders dividenden (van om het even welke oorsprong) uitkeerde aan haar aandeelhouders, ten belope van een bedrag dat overeenstemde met deze buitenlandse dividenden, en (b) ervoor opteerde dat de FID-regeling van toepassing zou zijn op die uitkering.
- 20 Een in het VK gevestigde onderneming die buitenlandse dividenden ontving, had een stimulans om voor de FID-regeling te kiezen. Om de hierboven vermelde redenen bestond er immers een grote kans dat een dergelijke onderneming onvoldoende MCT had om de ACT mee te verrekenen die zij verschuldigd was over de door haar uitgekeerde dividenden. Wanneer zij een dividend als FID liet aanmerken, kon deze onderneming de ACT dus terugvorderen van de Britse belastingdienst en daardoor de vorming van een ACT-overschot voorkomen.

*Geen belastingkrediet voor de ontvanger van een FID*

- 21 De ontvangst van een FID opende voor de ontvanger ervan geen recht op een belastingkrediet. Section 246C ICTA bepaalde uitdrukkelijk:

„Section 231, lid 1, is niet van toepassing ingeval de daarin bedoelde uitkering een dividend uit buitenlands inkomen is.”

Een particulier die een FID ontving, werd fiscaal behandeld als een persoon die inkomsten had verworven die reeds waren belast tegen het lagere tarief dat voor dat jaar gold (zie Section 246D, lid 1, ICTA).

- 22 Een pensioenfonds had derhalve krachtens Section 231, lid 3, ICTA geen recht op een contante betaling met betrekking tot dividenden die door de uitkerende vennootschap onder de FID-regeling waren gebracht.

*[Or. 9] Effect van de FID-regeling op vrijgestelde aandeelhouders*

- 23 Zoals hierboven is opgemerkt, werd krachtens Section 231, lid 1, ICTA aan individuele aandeelhouders (inclusief aan pensioenfondsen zoals de Trustees) een belastingkrediet verleend voor dividenden die niet in het kader van de FID-regeling waren betaald, en dit belastingkrediet werd volgens Section 231, lid 3,

ICTA door het VK in contanten uitbetaald aan de betrokkene indien dit krediet zijn belastingschuld oversteeg. Dit was bijna steeds het geval voor pensioenfondsen, die weinig of geen belastingschuld hadden (zie arrest FII nr. 1, punt 14).

- 24 Op dividenden die door de uitkerende onderneming als een FID waren aangemerkt, was Section 231 krachtens Section 246C ICTA niet van toepassing en ontving de aandeelhouder dus geen belastingkrediet. Section 246D bepaalde evenwel dat belastingplichtige aandeelhouders moesten worden behandeld alsof het dividend een inkomen uitmaakte dat reeds was belast tegen het lagere tarief dat gold voor het betrokken aanslagjaar (20 %). Het effect van Section 246D voor een belastingplichtige aandeelhouder was identiek aan het effect van het door Section 231 verleende belastingkrediet. Voor een dergelijke aandeelhouder werden dividenden die krachtens de FID-regeling waren uitgekeerd in de praktijk op dezelfde manier belast als dividenden die buiten het kader van deze regeling waren uitgekeerd.
- 25 Voor aandeelhouders die geen belasting over dividendinkomsten moesten voldoen (zoals de Trustees) resulteerde de FID-regeling echter wel in een verschillende behandeling: dividenden die buiten het kader van de FID-regeling werden betaald gaven aanleiding tot een in contanten uit te betalen belastingkrediet, terwijl dividenden die werden uitgekeerd als FID's, geen aanleiding gaven tot een belastingkrediet.
- 26 In het geval van dividenden die buiten het kader van de FID-regeling werden uitgekeerd, had de uitbetaling van belastingkredieten tot gevolg dat het VK het dividendinkomen van het pensioenfonds aanvulde.<sup>3</sup> In feite werd aldus aan het pensioenfonds (de aandeelhouder) een gedeelte terugbetaald van de vennootschapsbelasting die door de in het VK gevestigde onderneming (of haar binnenlandse dochterondernemingen) was voldaan. Dit paste in de logica van het stelsel van gedeeltelijke verrekening dat gold in het VK, op grond waarvan een deel van de vennootschapsbelasting door de onderneming moest worden gedragen bij wijze van kosten, en een ander deel (17,5 %)<sup>4</sup> werd toegerekend aan de aandeelhouder.
- 27 Voor meer uitleg over de FID-regeling zij verwezen naar de punten 21 en 22 van het arrest van de Court of Appeal.

<sup>3</sup> – Een dividend van 80 gaf aanleiding tot een belastingkrediet van 20, zodat het pensioenfonds in totaal een bedrag van 100 ontving.

<sup>4</sup> – Over een binnenlands inkomen van 114,28 moest 30 % vennootschapsbelasting worden voldaan, zodat na belasting nog een winst van 80 overbleef, die aan de aandeelhouders kon worden uitgekeerd. Voor een dividend van 80 ontving een vrijgesteld pensioenfonds van het VK een betaling van 20 (als belastingkrediet), zodat het in totaal een bedrag van 100 ontving. 20 is 17,5 % van 114,28.



- 28 [Or. 10] Het stelsel van ACT-verrekening en de FID-regeling zijn afgeschaft met ingang van 6 april 1999 (te weten voor uitkeringen die op of na die dag zijn verricht).
- 29 Op 1 juli 1997 heeft het VK de uitbetaalbare belastingkredieten afgeschaft die de pensioenfondsen ontvingen voor binnenlandse dividenden, zodat de Trustees' vorderingen in de onderhavige procedure die aanleiding hebben gegeven tot dit verzoek, niet verder gaan dan tot die datum.

***Arrest FII nr. 1***

- 30 Arrest FII nr. 1 betrof een aantal vragen over de verenigbaarheid van het stelsel van de vennootschapsbelasting in het VK met het Unierecht, die door de High Court of England and Wales aan het Hof van Justitie waren gesteld in een geding dat was ingeleid door „test claimants” (hierna: „FII Test Claimants”) in het kader van een collectieve vordering.
- 31 De tweede prejudiciële vraag in de zaak FII nr. 1 betrof de verenigbaarheid van het ACT-stelsel van het VK. Op die vraag heeft het Hof geantwoord dat het in strijd was met de artikelen 43 EG en 56 EG om een in het VK gevestigde onderneming die dividenden ontving van een buiten het VK gevestigde onderneming, een krediet te weigeren voor haar ACT-schuld in verband met de vennootschapsbelasting die de in het buitenland gevestigde onderneming in haar staat van vestiging had betaald, dat de in het VK gevestigde onderneming kon verrekenen met de ACT die zij moest betalen over een latere uitkering van dividenden.<sup>5</sup>
- 32 Wat de FID-regeling betreft (vierde prejudiciële vraag), heeft het Hof eveneens geoordeeld dat de voorschriften inzake het FID in strijd waren met de artikelen 43 EG en 56 EG.
- 33 Zoals hierboven is opgemerkt, pakte de FID-regeling het probleem van het ACT-overschot aan door te voorzien in een terugbetaling van de ACT aan ondernemingen die ervoor kozen om de aan hun eigen aandeelhouders uitgekeerde dividenden aan te merken als FID's. Desondanks was de FID-regeling minder gunstig dan het stelsel betreffende binnenlandse dividenden. In punt 145 van het arrest FII nr. 1 heeft het Hof geoordeeld:

„Vastgesteld moet [...] worden dat de fiscale behandeling van ingezeten vennootschappen die buitenlandse dividenden ontvangen en voor de FID-regeling kiezen, in twee opzichten ongunstiger is dan die van ingezeten vennootschappen die binnenlandse dividenden ontvangen.”

- 34 [Or. 11] In de eerste plaats was die behandeling ongunstiger omdat de in het VK gevestigde ondernemingen die dividenden uitkeerden, een cashflownadeel

<sup>5</sup> – Zie de punten 88 tot en met 92 van dat arrest.

ondervonden. Zij moesten namelijk ACT betalen over de uitkering aan hun eigen aandeelhouders, maar dienden tussen acht en een halve en zeventien en een halve maand te wachten op terugbetaling (krachtens de FID-regeling) van de betaalde ACT (zie de punten 146-147 van het arrest FII nr. 1).

- 35 In de tweede plaats was die behandeling ongunstiger omdat een vrijgestelde aandeelhouder die een FID ontving, geen aanspraak kon maken op een uitbetaalbaar belastingkrediet (zie punt 148 van dat arrest). Dat betekende dat een onderneming die ervoor koos om volgens de FID-regeling te worden belast, een hoger bedrag moest uitkeren indien zij ervoor wilde zorgen dat haar aandeelhouders hetzelfde rendement ontvingen als wanneer zij binnenlandse dividenden zouden hebben ontvangen (zie punt 149).
- 36 Het Hof was van oordeel dat de situatie van een in het VK gevestigde onderneming die buitenlandse dividenden ontving, objectief vergelijkbaar was met de situatie van een in het VK gevestigde onderneming die binnenlandse dividenden ontving (zie de punten 87-92 van het arrest FII nr. 1). Het feit dat binnenlandse dividenden krachtens de FID-regeling anders werden behandeld dan buitenlandse dividenden vormde dus een beperking van de vrijheid van vestiging van de in het VK gevestigde onderneming (zie punt 154).
- 37 Dit onderscheid in behandeling had ook tot gevolg dat „een dergelijke vennootschap” (te weten de in het VK gevestigde vennootschap die buitenlandse dividenden ontving) ervan werd afgeschrikt haar kapitaal te beleggen in een vennootschap die in een andere staat gevestigd was (zie punt 166). Aangezien de situatie waarin deze onderneming buitenlandse dividenden ontving objectief vergelijkbaar was met de situatie waarin zij binnenlandse dividenden ontving, leverde het verschil in behandeling eveneens een beperking van het vrije kapitaalverkeer op.
- 38 Het Hof heeft zich tevens uitgesproken over de vraag hoe krachtens het Unierecht een einde moest worden gemaakt aan de inbreuken op de vrijheden van de onderneming die de FID's uitkeerde. Ten eerste moet het cashflownadeel dat de onderneming op grond van de FID-regeling ondervindt, worden verholpen door middel van een vergoeding voor de tijdswaarde van voortijdig geïnde belasting (zie punt 205). Ten tweede heeft het Hof geoordeeld dat financiële verliezen die de ondernemingen hebben geleden omdat zij het bedrag van de dividenden aan hun aandeelhouders moesten verhogen, hun krachtens het Unierecht niet het recht gaven op compensatie voor de onrechtmatig geïnde belasting (zie punt 207), maar dat zij voor de onderneming die de FID's uitkeerde wel een grond konden uitmaken voor een schadevordering tegen de lidstaat (zie punt 208) mits was voldaan aan de voorwaarden om te kunnen spreken [Or. 12] van een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht, overeenkomstig de beginselen uit het arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame (zie punt 209).

*Dividendverhoging*

- 39 Volgens de FII Test Claimants betekende het feit dat een aandeelhouder die geen belasting verschuldigd was geen belastingkrediet kon genieten, dat een onderneming die voor de FID-regeling opteerde een hoger bedrag moest uitkeren indien zij ervoor wilde zorgen dat al haar aandeelhouders evenveel zouden ontvangen als wanneer zij binnenlandse dividenden zouden hebben ontvangen (zie de punten 148-149). Dit noemden zij de „dividendverhoging” (zie punt 30 van het arrest FII nr. 1).
- 40 In de onderhavige gedingen is niet bewezen dat daadwerkelijk een dergelijke dividendverhoging heeft plaatsgevonden, en zo ja in welke mate, en evenmin of het een effectief voordeel voor de aandeelhouders of een effectieve kost voor de ondernemingen vertegenwoordigde. In punt 22 van zijn arrest heeft de Court of Appeal geoordeeld dat „veel van [de ondernemingen] ervoor kozen een hoger dividendbedrag uit te keren dan zij anders zouden hebben uitgekeerd”. In punt 23 van dat arrest heeft de Court of Appeal verklaard dat zij uit de feitelijke vaststellingen niet kon opmaken of de FID’s waren verhoogd, „laat staan of zij dermate waren verhoogd dat zij het nadeel dat voor de Trustees volgde uit de weigering om hun voor dergelijke dividenden een uitbetaalbaar belastingkrediet toe te kennen, geheel konden compenseren”. De Court of Appeal (punt 23) is uitgegaan van de veronderstelling dat eventuele verhogingen „dat nadeel niet volledig compenseerden”.

**Procesverloop na het arrest FII nr. 1**

- 41 De zaak FII keerde na het arrest FII nr. 1 terug naar de High Court, die de vordering verder diende af te handelen in het licht van dit arrest van het Hof van Justitie.
- 42 Met betrekking tot de FID-regeling heeft de High Court naar aanleiding van het arrest FII nr. 1 geoordeeld dat de ondernemingen aanspraak konden maken op rente voor de tijdswaarde van de ACT die zij hebben betaald voor in de relevante periode uitgekeerde FID’s (de tijdswaarde stemt overeen met de periode van acht en een halve maand tot zeventien en een halve maand tussen de betaling van de ACT door de onderneming en de terugbetaling daarvan aan de onderneming; zie punt 146 van het arrest FII nr. 1).
- 43 [Or. 13] De High Court heeft tevens geconstateerd dat de FID-regeling de FII Test Claimants (in het bijzonder BAT plc, de topholding boven de BAT-groep) er in de praktijk toe bracht om hogere dividenden uit te keren teneinde de aandeelhouders te compenseren voor het feit dat zij geen belastingkrediet kregen voor de uitgekeerde FID’s. Verder was de High Court evenwel van oordeel dat de voorwaarden van het arrest Factortame niet waren vervuld, zodat de onderneming die de FID’s uitkeerde geen vergoeding van het VK kon krijgen voor de schade of de verliezen die zij heeft geleden doordat zij hogere dividenden moest uitkeren

aan vrijgestelde aandeelhouders [zie arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation v HMRC* [2008] EWHC 2893 (Ch), [2009] STC 254].<sup>6</sup>

- 44 De Court of Appeal heeft het beroep van de FII Test Claimants tegen dit oordeel vervolgens afgewezen. De FII Test Claimants hebben verzocht om bij de Supreme Court of the United Kingdom hoger beroep te mogen instellen tegen dat besluit. Thans is de behandeling van dat verzoek geschorst tot het ogenblik waarop andere kwesties, die geen verband houden met de hier aan de orde zijnde kwesties, zullen zijn opgelost.

### **De vorderingen die aan de basis liggen van de onderhavige verwijzing**

- 45 Het hoofdgeding, in het kader waarvan de onderhavige verwijzing is ingediend, betreft vorderingen die de Trustees in 2003 hebben ingesteld. Het pensioenfonds bezat onder meer aandelen van in het VK gevestigde ondernemingen die hadden geopteerd voor de FID-regeling, zodat het pensioenfonds dividenden ontving die als FID's moesten worden aangemerkt. Zo ontving het pensioenfonds in het aanslagjaar 1996-97 FID's ten belope van 5 097 287 GBP. Overeenkomstig de hierboven beschreven FID-regeling en meer bepaald Section 246C ICTA konden de Trustees geen aanspraak maken op een belastingkrediet voor de ontvangen FID's.

#### *Argumenten van partijen*

- 46 Samengevat betogen de Trustees dat zij, aangezien Section 246C ICTA ertoe leidde dat buitenlandse dividenden anders werden behandeld (dan binnenlandse dividenden), wat in strijd was met het Unierecht en in het bijzonder met artikel 63 VWEU (vrij kapitaalverkeer), en de Trustees degenen waren die het nadeel in kwestie – namelijk het feit dat zij geen aanspraak konden maken op belastingkredieten – ondervonden, [Or. 14] krachtens het Unierecht mogen verlangen dat de relevante nationale wetgeving (Section 246C ICTA) ten aanzien van hen buiten toepassing wordt gelaten, zodat zij aanspraak kunnen maken op de betaling van belastingkredieten met betrekking tot de ontvangen FID's. Concreet voeren de Trustees aan dat de FID-regeling inbreuk maakte op de rechten die hun krachtens artikel 63 VWEU (voorheen artikel 56 EG) toekomen.
- 47 De Trustees voeren twee gronden aan tot staving van hun betoog:
- (a) ten eerste dat zij als uiteindelijke aandeelhouders hun recht op vrij verkeer van kapitaal uitoefenden wanneer zij investeerden (of hun investering aanhielden) in een in het VK gevestigde onderneming die op haar beurt (direct of indirect) investeerde in een buitenlandse dochteronderneming, aangezien voldoende samenhang of een voldoende directe band tussen het pensioenfonds (als aandeelhouder) en de winst van buitenlandse oorsprong

<sup>6</sup> – Zie in het bijzonder de overwegingen van de High Court in de punten 302 en 404.

werd gecreëerd door de in het VK gevestigde onderneming wanneer deze ervoor koos om de FID-regeling toe te passen, die tot gevolg had dat de door het pensioenfonds ontvangen FID's werden geïdentificeerd als winst van buitenlandse oorsprong, en

- (b) ten tweede dat er, zoals het Hof in het arrest FII nr. 1 (tweede gedeelte van punt 173) reeds heeft geoordeeld, sprake is van schending van het recht op vrij kapitaalverkeer (en de vrijheid van vestiging) van een in het VK gevestigde onderneming door de verschillende behandeling van aandeelhouders van de onderneming die FID's ontvingen (zoals de Trustees), en dat het recht van deze onderneming op vrij kapitaalverkeer slechts doeltreffend kan worden beschermd indien de betrokken aandeelhouders op hun beurt eveneens rechten bezitten krachtens het Unierecht om dat verschil in behandeling weg te werken.

- 48 Hoewel de ondernemingen in de zaak FII nr. 1 hebben geklaagd over de FID-regeling en het Hof heeft geoordeeld dat de relevante onderdelen van de nationale wettelijke regeling in strijd waren met het Unierecht, zijn praktische gevolgen uitgebleven. De ondernemingen hebben geen terugbetaling verkregen, zelfs niet in gevallen waarin de dividenden waren „verhoogd” (zie hieronder).
- 49 In het arrest FII nr. 1 heeft het Hof van Justitie verklaard dat de door de ondernemingen doorgevoerde dividendverhogingen hun geen recht geven op terugbetaling van de betrokken belastingkredieten (zie punt 207). Daaruit volgt niet dat de pensioenfondsen (als aandeelhouders) geen recht hebben op de betrokken belastingkredieten. De Trustees betogen dat pensioenfondsen die aandeelhouder zijn wel degelijk recht hebben op de belastingkredieten in kwestie, zodat het verschil tussen de behandeling van buitenlandse dividenden en die van binnenlandse dividenden wordt weggewerkt.
- 50 [Or. 15] De Court of Appeal is ervan uitgegaan dat niet in alle gevallen sprake was van een dividendverhoging, en dat de verhoging het niet-toegekende belastingkrediet niet altijd volledig compenseerde. De Trustees stellen dat zelfs indien een onderneming beweert haar dividend te hebben „verhoogd”, dit in de praktijk steeds twijfelachtig blijft. Zelfs wanneer kan worden bewezen dat de dividenden hoger waren dan het geval was geweest indien niet voor de FID-regeling was geopteerd, was er geen werkelijke kost voor de onderneming en geen werkelijk voordeel voor het pensioenfonds (de aandeelhouder), behalve dan in termen van cashflow, aangezien de verhoging werd bekostigd met geld (uitkeerbare reserves) dat rechtens uiteindelijk toch aan de aandeelhouders zou worden uitgekeerd, en pensioenfondsen zijn naar hun aard langetermijnaandeelhouders. De Trustees konden nooit aanspraak maken op een belastingkrediet voor als FID's aangewezen dividenden, ongeacht wanneer deze werden uitgekeerd, terwijl andere dividenden van in het VK gevestigde ondernemingen wel aanleiding gaven tot belastingkredieten. Bovendien was een „dividendverhoging” in gelijke mate van toepassing op alle aandeelhouders, dus

ook op de belastingplichtige aandeelhouders. De FID-regeling had dus tot gevolg dat vrijgestelde aandeelhouders zoals de Trustees benadeeld bleven ten zichte van belastingplichtige aandeelhouders.

- 51 Het Hof wordt gevraagd om vast te stellen of de Trustees recht hebben op belastingkredieten:
- (a) in die gevallen waarin **geen** verhoging heeft plaatsgevonden (of er wel een verhoging heeft plaatsgevonden, die het nadeel dat uit de weigering van een belastingkrediet voortvloeyde evenwel niet volledig compenseerde);
  - (b) in gevallen waarin kan worden aangetoond dat een verhoging heeft plaatsgevonden.
- 52 De Trustees voeren aan dat er geen dubbele terugvordering plaatsvindt indien hun een belastingkrediet wordt verleend in gevallen waarin een dividendverhoging is gebeurd. Hoewel de ondernemingen in theorie een schadevergoeding hadden kunnen verkrijgen van de lidstaat wegens de verliezen in de gevallen waarin zij kozen voor een „verhoging” van de dividenden (punt 208 van het arrest FII nr. 1), hebben de ondernemingen in de zaak FII in werkelijk geen schadevergoeding gekregen (zie hierboven). Bovendien zijn de Trustees een partij die onderscheiden is van de ondernemingen.
- 53 Samengevat stelt het Verenigd Koninkrijk het volgende:
- (a) De FID-regeling was onverenigbaar met het Unierecht voor zover zij de Unierechtelijke vrijheden beperkte van in het VK gevestigde ondernemingen die FID’s uitkeerden, zoals in de punten 145 tot en met 148 en 166 van het arrest FII nr. 1 is uiteengezet. Een van de beperkingen vloeyde voort uit het feit dat zij hogere dividenden moesten uitkeren aan hun aandeelhouders [Or. 16] (zie de punten 148-149). Hieruit volgt evenwel niet dat de in het VK gevestigde aandeelhouders van die ondernemingen eveneens Unierechtelijke vrijheden bezaten die door de FID-regeling waren beperkt en dat zij kunnen verlangen dat Section 246C ICTA buiten toepassing wordt gelaten.
  - (b) De Trustees kunnen niet op grond van het Unierecht verzoeken dat Section 246C ICTA buiten toepassing wordt gelaten omdat zij geen rechtstreeks afdwingbare rechten van de EU-rechtsorde uitoefenden wanneer zij investeerden in de in het VK gevestigde ondernemingen die voor de FID-regeling hadden gekozen. De Trustees vertegenwoordigen een in het VK gevestigd pensioenfonds dat investeerde in eveneens in het VK gevestigde ondernemingen. Die binnenlandse investering valt niet binnen de definities van kapitaalverkeer die zijn vermeld in de nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG en de rechtspraak van het Hof biedt geen steun aan het betoog van de Trustees dat zij krachtens het Unierecht afdwingbare rechten

genieten op grond waarvan zij uitbetaling van een belastingkrediet kunnen verkrijgen.

- (c) In het arrest FII nr. 1 somde het Hof de vereisten op waaraan de maatregelen om de onverenigbaarheid van de FID-regeling te verhelpen, moeten voldoen: de ondernemingen die FID's uitbetaalden hadden recht op (i) terugstorting van onrechtmatig geïnde en nog niet terugbetaalde ACT, vermeerderd met rente voor de periode tussen de betaling en de verrekening van de ACT, alsook op (ii) schadevergoeding voor de dividendverhogingen die zij hadden moeten doorvoeren, mits aan de voorwaarden van het arrest Factortame was voldaan. Het Hof heeft niet vereist dat de aandeelhouders die de FID's ontvingen, aanspraak konden maken op de uitbetaling van een belastingkrediet. Een dergelijk resultaat strookt niet met de beslissing van het arrest FII nr. 1 en kan ertoe leiden dat de aandeelhouder een dubbele terugvordering geniet, namelijk zowel de FID (die verhoogd was teneinde het gebrek aan een belastingkrediet te compenseren) en het belastingkrediet zelf.

### **Voorgeschiedenis van het geding**

- 54 Deze verwijzing is ingediend in de context van een hoger beroep bij de Court of Appeal tegen een beslissing van het Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber) ([2013] UKUT 0105 (TCC)), waarvan een afschrift aan dit besluit is gehecht als Schedule D\*. Bij die beslissing had het Upper Tribunal de hogere beroepen en incidentele hogere beroepen afgewezen die waren ingesteld tegen een beslissing van de Tax Chamber van het First-tier Tribunal ([2011] UKFTT 392 (TC)), waarvan een afschrift als Schedule E\* bij de onderhavige beslissing is gevoegd.
- 55 [Or. 17] Zowel het First-tier Tribunal als het Upper Tribunal oordeelde dat de Trustees in beginsel weliswaar aanspraak konden maken op belastingkredieten in verband met de FID's die zij hadden ontvangen, maar dat de vorderingen die de Trustees in casu hadden ingesteld (in het jaar 2003) enkel voor één jaar (1997-98) nog tijdig waren ingesteld en krachtens het nationale recht verjaard waren voor de andere jaren.
- 56 Bij arrest van 9 juli 2015 heeft de Court of Appeal het oordeel van het First-tier Tribunal en het Upper Tribunal betreffende de verjaring bekrachtigd. Bijgevolg zijn de vorderingen betreffende de FID-regeling slechts tijdig ingesteld wat één enkel jaar betreft.
- 57 Naast vorderingen betreffende de FID-regeling hebben de Trustees ook vorderingen ingesteld waarmee zij het Verenigd Koninkrijk verzoeken om uitbetaling van belastingkredieten voor dividenden die zij hebben ontvangen op

\* Nvdv: hier is allicht Schedule C en niet Schedule D bedoeld.

\* Nvdv: hier is allicht Schedule D en niet Schedule E bedoeld.

grond van hun rechtstreekse participaties in buiten het VK gevestigde ondernemingen. Die vorderingen worden aangeduid als de „Manninen”-vorderingen van de Trustees. Het First-tier Tribunal en het Upper Tribunal oordeelden beide dat het in strijd was met artikel 63 VWEU om dergelijke belastingkredieten niet uit te betalen voor dividenden die waren uitgekeerd door buiten het VK gevestigde ondernemingen, maar dat alle vorderingen van de Trustees waren verjaard krachtens het nationale recht. De Court of Appeal is van oordeel dat de mogelijke Unierechtelijke vragen die de Manninen-vorderingen oproepen, hoe dan ook hypothetisch zijn, aangezien alle Manninen-vorderingen van de Trustees zijn verjaard krachtens het nationale recht.

- 58 De Court of Appeal is van oordeel dat de vraag of de Trustees recht hebben op belastingkredieten voor FID's Unierechtelijke vragen oproept inzake de draagwijdte van artikel 63 [VWEU], die krachtens artikel 267 VWEU moeten worden voorgelegd aan het Hof van Justitie en dat ook een vraag rijst over mogelijke rechtsmiddelen, gelet op het feit dat de ondernemingen hun dividenden hebben „verhoogd”.
- 59 In het VK is het beginsel van voorrang van het Unierecht neergelegd in Section 2 van de European Communities Act 1972 (wet betreffende de Europese Gemeenschappen van 1972). Die Section bepaalt dat de regels van nationaal recht van toepassing zijn onverminderd de rechtstreeks toepasselijke rechten die de betrokkenen ontlenen aan het Unierecht. De Court of Appeal is van oordeel dat Section 246C ICTA krachtens het nationale recht enkel dan buiten toepassing moet worden gelaten jegens de Trustees en hun verzoeken om belastingkredieten enkel dan kunnen worden aanvaard, indien deze Trustees aan het Unierecht rechtstreeks toepasselijke rechten in verband met Section 246C ICTA ontlenen.
- 60 [Or. 18] Met zijn prejudiciële vragen wenst de verwijzende rechter derhalve meer duidelijkheid te verkrijgen over de rechten die de Trustees aan artikel 63 [VWEU] ontlenen, zodat hij kan bepalen of de Trustees de relevante bepaling van nationaal recht (Section 246C ICTA) buiten toepassing mogen laten.

### [Or. 19] VRAGEN

- 1 Gelet op het antwoord dat het Hof in zijn arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774) heeft gegeven op de vierde prejudiciële vraag in die zaak, namelijk dat de artikelen 43 EG en 56 EG (thans de artikelen 49 VWEU en 63 VWEU) in de weg stonden aan een wettelijke regeling van een lidstaat die ingezeten vennootschappen die aan hun aandeelhouders dividenden uitkeren die voortvloeien uit door hen ontvangen buitenlandse dividenden, de mogelijkheid biedt te opteren voor een regeling op grond waarvan zij de betaalde voorheffing op de vennootschapsbelasting kunnen recupereren, maar die vennootschappen om te beginnen verplicht die voorheffing te betalen en vervolgens terugbetaling daarvan te vorderen, en voorts niet voorziet in een belastingkrediet voor hun



- aandeelhouders, die dat wel zouden hebben gekregen in geval van een uitkering door een ingezeten vennootschap op basis van binnenlandse dividenden: kunnen deze aandeelhouders zelf rechten ontlenen aan het Unierecht (hetzij aan artikel 63 VWEU, hetzij aan andere bepalingen) in het geval waarin zij dividenden ontvangen die ingevolge de keuze van de uitkerende vennootschap onder de voornoemde regeling vallen, in het bijzonder wanneer de aandeelhouder in dezelfde lidstaat woont als waar deze uitkerende vennootschap is gevestigd?
- 2 Indien de in de eerste vraag bedoelde aandeelhouder zelf geen rechten kan ontlenen aan artikel 63 VWEU, kan hij zich dan beroepen op schending van de rechten die artikel 49 VWEU of artikel 63 VWEU toekent aan de onderneming die het dividend uitkeert?
  - 3 Indien op de eerste of de tweede vraag wordt geantwoord dat de aandeelhouder rechten kan ontlenen aan het Unierecht of zich op het Unierecht kan beroepen, legt het Unierecht dan bepaalde vereisten op inzake de rechtsmiddelen die de aandeelhouder krachtens het nationale recht ter beschikking moeten worden gesteld?
  - 4 Maakt het voor de beantwoording van de drie vorige vragen enig verschil uit dat:
    - (a) de aandeelhouder in de lidstaat geen inkomstenbelasting verschuldigd is over ontvangen dividenden, met als gevolg dat ingeval een ingezeten onderneming hem buiten het kader van de hierboven bedoelde regeling dividenden uitkeert, het belastingkrediet waarop hij aanspraak kan maken krachtens het nationale recht, hem door de lidstaat mogelijksterwijs moet worden uitbetaald; [Or. 20]
    - (b) de nationale rechter heeft geoordeeld dat de inbreuk die door de betrokken nationale wettelijke regeling op het Unierecht werd gemaakt, geen voldoende gekwalificeerde schending van dit recht uitmaakte, zodat de lidstaat – overeenkomstig de beginselen van het arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79) – niet kan worden veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan de onderneming die de dividenden uitkeerde;
    - (c) de onderneming die krachtens de hierboven bedoelde regeling dividenden uitkeerde, de aan al haar aandeelhouders uitgekeerde dividenden in bepaalde – maar niet alle – gevallen kan hebben verhoogd om ervoor te zorgen dat deze aandeelhouders uiteindelijk evenveel ontvingen als een vrijgestelde aandeelhouder zou hebben ontvangen naar aanleiding van een niet onder die regeling vallende dividenuitkering?

[Or. 21] **SCHEDULE B**

**Arrest van de Court of Appeal van 9 juli 2015 en beschikking van de Court of Appeal van 15 juli 2015**

**SCHEDULE C**

**Beslissing van het Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber) ([2013] UKUT 0105 (TCC))**

**SCHEDULE D**

**Beslissing van de Tax Chamber van het First-tier Tribunal ([2011] UKFTT 392 (TC))**