Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-971
(mr. J. Wortel, voorzitter, mr. M.E.J. Bracco Gartner, W.J.J. Ong RA, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 31 maart 2020
ingediend door	: Consument
Tegen	: Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Datum uitspraak	: 27 november 2020
Aard uitspraak	: Bindend advies
Uitkomst	: Vordering afgewezen

Samenvatting

Inhouden dividendbelasting in verband met fusie Anadarko en afsplitsing Wabtec. Volgens Consument had geen dividendbelasting mogen worden ingehouden. Naar het oordeel van de Commissie heeft de bank in verband met deze transacties voorzichtigheidshalve dividendbelasting mogen inhouden. Dit vloeit voort uit de Algemene Voorwaarden voor de Effectendienstverlening en de positie van de bank als withholding agent op grond van een overeenkomst met de Amerikaanse fiscus.

1. De procedure

1.1 De Commissie beslist op basis van haar reglement en de stukken, bestaande uit de klacht met bijlagen en aanvullingen, de brief van de bank van 18 juni 2020, de brief van Consument van 1 juli 2020 en de brief van de bank van 4 september 2020.

1.2 De Commissie stelt vast dat partijen bindend advies aanvaarden en dat een mondelinge behandeling achterwege kan blijven, zodat de zaak aan de hand van de stukken kan worden beslist.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 Consument heeft een effectenrekening bij de bank. Op deze rekening belegt hij op basis van execution only.

2.2 Op de overeenkomst tussen Consument en de bank zijn de Algemene Voorwaarden voor de Effectendienstverlening (hierna: AVED) van toepassing.

Daarin staat:

"(…)
8 Verplichtingen tegenover een belastingautoriteit
(…)
3. Moeten wij op grond van een overeenkomst of om een andere reden van een belastingautoriteit van Nederland of een ander land bronbelasting inhouden op betalingen aan u en (…) deze afdragen aan die belastingautoriteit? Dan komt deze bronbelasting voor uw rekening. Wij mogen het bedrag van de bronbelasting aftrekken van betalingen aan u of afboeken van uw rekening. Ook mogen wij u deze bronbelasting op een andere wijze in rekening brengen.
4. Wij zijn niet verplicht u behulpzaam te zijn bij het terugvragen van bronbelasting ('tax reclaim service'). (…)"

De aandelen Anadarko

2.3 Tot de beleggingen op de rekening van Consument behoorden aandelen in Anadarko Petroleum, een Amerikaans bedrijf (hierna: Anadarko).

2.4 In augustus 2019 heeft het bedrijf Occidental Petroleum (hierna: Occidental) een overnamebod gedaan op aandelen Anadarko. In het kader van deze overname zijn Anadarko en een dochter van Occidental gefuseerd, waarbij een contante uitbetaling aan de zittende aandeelhouders van Anadarko werd gedaan. De aandelen Anadarko zijn omgewisseld in overnemende aandelen Occidental. Consument heeft als gevolg hiervan zowel aandelen Occidental ontvangen als een bedrag van USD 59,- per aandeel Anadarko.

2.5 In haar brief van 23 december 2019 heeft de bank aan Consument geschreven:

"(…) U belegt of heeft dit jaar belegd in aandelen (…) Anadarko Petroleum. Op 9 augustus zijn deze aandelen verwisseld in de overnemende aandelen Occidental Petroleum. Per aandeel Anadarko Petroleum heeft u 0,2934 aandeel Occidental Petroleum ontvangen. Daarnaast heelt u USD 59,- per aandeel Anadarko Petroleum ontvangen. Op dit contante gedeelte hadden we Amerikaanse dividendbelasting moeten inhouden, maar dat is nog niet gebeurd. Daarom doen we dit alsnog. (…)
Het standaard belastingpercentage dat we voor Amerikaanse dividendbelasting inhouden is 15%. Als een ander belastingtarief op u van toepassing is, houden we een ander percentage in. Dit is maximaal 30%.
We schrijven de belasting dit jaar nog van uw rekening af (…)"

2.6 In het prospectus van de fusie tussen Occidental en Anadarko staat:

"(…)
[p. 14:] Except in certain circumstances described in "The Merger – Material U.S. Federal Income Tax Consequences – The Merger", a Non-U.S. holder (…) generally will not be subject to U.S. federal income or withholding tax on any gain recognized on the exchange of Anadarko common stock for any shares of Occidental common stock and cash in the merger. (…)
[p. 97-98:] Subject to the discussion below under the section entitled "– Information Reporting and Backup Withholding', a Non-U.S. holder (…) generally will not be subject to U.S. federal income or withholding tax on the exchange of Anadarko's common stock for Occidental common stock and cash in the merger unless:
• any gain recognized on the exchange is effectively connected with the Non-U.S. holder's conduct of a trade or business in the United States (and, if an income tax treaty applies, is attributable to a U.S. permanent establishment of the Non-U.S. holder); or
• the Non-U.S. holder is an individual who is present in the United States for 183 days or more during the taxable year that includes the date of the merger, and certain other conditions are satisfied.
(…)
All Non-U.S. holders may be subject to withholding at a 30% rate (or such lower rate as may be specified by an applicable income tax treaty) on the full amount of the consideration received in the merger, as described below under "—Special Consequences of the Merger to Holders of Anadarko Common Stock that Also Own Occidental Common Stock".
(…)
If Section 304 applies to the merger and a holder of Anadarko common stock meets the Section 304 Holder Test, such holder may be treated as receiving a distribution in respect of Occidental common stock. Such distribution would be taxable as a dividend (…) to the extent of the holder's allocable share of the earnings and profits of Anadarko and Occidental. To the extent that the amount of cash consideration exceeds Anadarko's and Occidental's current and accumulated earnings and profits for the taxable year of the merger, the distribution would first be treated as a tax-free return of capital, to the extent of the holder's adjusted tax basis in its Anadarko common stock, and to the extent the amount of the distribution exceeds such tax basis, the excess would be taxed as capital gain recognized on a sale or exchange of such holder's Anadarko common stock. The amount of any such gain would be taxed as described above under "—U.S. Holders" and "—Non-U.S. Holders", as applicable.
(…)
For Non-U.S. holders, the receipt of any amounts treated as a dividend generally will be subject to U.S. withholding tax at a 30% rate (or such lower rate as may be specified by an applicable income tax treaty), unless such dividend is effectively connected with a Non-U.S. holder's conduct of a trade or business within the United States (…).

However, because the application of Section 304 depends on a holder's particular circumstances, withholding agents may not be able to determine whether any particular holder is treated as receiving a dividend for U.S. federal income tax purposes. Therefore, withholding agents may withhold against all Non-U.S. holders at a 30% rate (or such lower rate as may be specified by an applicable income tax treaty) on the full amount of the cash consideration and the fair market value of the stock consideration received. If a withholding agent withholds any amount with respect to consideration to be received by a Non-U.S. holder that is exempt from such withholding, the Non-U.S. holder may apply for a refund. (…)"

De aandelen Wabtec

2.7 Op zijn rekening bij de bank belegde Consument ook in aandelen General Electric (hierna: GE), eveneens een Amerikaans bedrijf.

2.8 In maart 2019 heeft Consument, in verband met een afsplitsing (spin-off) van GE, aandelen Wabtec ontvangen. In het kader van deze afsplitsing werden eerst GE's transportactiviteiten afgesplitst en werden aandelen van de spin-off (een dochter van GE) uitgekeerd aan de zittende aandeelhouders van GE. De afgesplitste entiteit is daarna gefuseerd met Wabtec.

2.9 Bij brief van 12 december 2019 heeft de bank aan Consument geschreven:

"(…) U belegt of heeft dit jaar belegd in aandelen (…) General Electric. Op 6 maart 2019 heeft u vanuit een afsplitsing (spin-off) van dit bedrijf aandelen Wabtec ontvangen. Hierop hadden we Amerikaanse dividendbelasting moeten inhouden, maar dat is nog niet gebeurd. Daarom doen we dit alsnog.
Het standaard belastingpercentage dat we voor Amerikaanse dividendbelasting inhouden is 15%. Als een ander belastingtarief op u van toepassing is, houden we een ander percentage in. Dit is maximaal 30%.
We schrijven de belasting binnen twee weken van uw rekening af. (…)"

2.10 In het prospectus van de afsplitsing van Wabtec staat:

"(…) [pagina 9:] If you are a non-U.S. Holder (…), you will be subject to withholding at a 30% rate in respect of the gross fair market value of any common stock received by you in the Distribution that is treated as a dividend for U.S. federal income tax purposes, unless you establish an entitlement to a reduced rate of withholding by timely delivering the applicable
Internal Revenue Service Form W-8 to the applicable withholding agent. If you are subject to withholding on all or any portion of the SpinCo common stock you receive in the Distribution, then the applicable withholding agent will generally be required to withhold the appropriate amount (…). (…) In addition, you should expect the applicable withholding agent to treat such stock as a dividend distribution for withholding purposes and withhold at a rate of 30% of the gross fair market value of such stock, unless you establish an entitlement to a reduced rate of withholding as provided above.

See "Material U.S. Federal Income Tax Consequences of the Distribution and the Merger to GE Stockholders – Tax Consequences of the Distribution to Non-U.S. Holders" for a more detailed discussion of the tax treatment of the Distribution. Subject to the discussion below in "Material U.S. Federal Income Tax Consequences of the Distribution and the Merger to GE Stockholders-Tax Consequences of the Merger to Non- U.S. Holders," a non-U.S. holder generally will not be subject to U.S. federal income tax on Wabtec common stock it receives in the Merger. (…)

[p. 85-87:] (…) Treatment of SpinCo Common Stock Received in the Distribution
The fair market value of SpinCo common stock that you receive in the Distribution will be treated as a taxable distribution to you with respect to your GE common stock.
(…)
Tax Consequences of the Distribution to Non-U.S. Holders
This section applies to you if you are a non-U.S. Holder.
(…)
Treatment of SpinCo Common Stock Received in the Distribution
The entire fair market value of the SpinCo common stock received by you in the Distribution (including any amount withheld, as discussed below) will be treated as a taxable distribution by GE with respect to your GE common stock.
(…)
Withholding in the Distribution with respect to Non-U.S. Holders
Because it may not be known at the time of the Distribution whether the SpinCo common stock you receive in the Distribution is paid out of GE's current or accumulated earnings and profits, as determined under U.S. federal income tax principles, you should expect the applicable withholding agent to treat such payment as a dividend distribution for withholding purposes. Accordingly, you should expect to be subject to withholding at a rate of 30% of the fair market value of the SpinCo common stock you receive, unless you establish an
entitlement to an exemption or a reduced rate of withholding by timely completing (…) the applicable IRS Form W-8 as discussed above.
(…)
You may be eligible to obtain a refund of all or a portion of any United States federal tax withheld if you are entitled to a reduced rate of withholding pursuant to any applicable income tax treaty and a higher rate was withheld.
(…)
Tax Consequences of the Merger to Non-U.S. Holders
Subject to the discussions below under "–Information Reporting and Backup Withholding" and "–FATCA Legislation," if you are a non-U.S. Holder, you generally will not be subject to U.S. federal income tax on gain recognized by you in the Merger unless:
• the gain is effectively connected with your conduct of a trade or business in the United States (and, if a treaty applies, is attributable to a U.S. permanent establishment or fixed base maintained by you in the United States); or
• SpinCo is or has been a "United States real property holding corporation," as defined in the Code, at any time within the five- year period preceding the disposition or your holding period, whichever period is shorter, and certain conditions are met.

GE believes that SpinCo is not, and does not anticipate SpinCo becoming, a United States real property holding corporation.
If you are described in the first bullet point above, you will be required to pay U.S. federal income tax on the net gain derived from the disposition generally in the same manner as if you were a U.S. Holder (…). (…)"

Klacht, vordering en verweer

2.11 Consument vordert dat de bank wordt veroordeeld tot schadevergoeding. Ten aanzien van de aandelen Anadarko heeft hij een schadebedrag van € 3.948,- vermeld en ten aanzien van de aandelen Wabtec een schadebedrag van € 334,-. Aan zijn vordering legt hij ten grondslag dat op deze aandelen geen dividend is uitgekeerd zodat de bank geen dividendbelasting had mogen inhouden. Verder vordert Consument dat de bank wordt bevolen het financieel jaaroverzicht van zijn rekening over 2019 aan te passen.

2.12 De bank heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

3.1 Kern van de klacht is dat de bank geen dividendbelasting heeft mogen inhouden in verband met de fusie van Anadarko en de afsplitsing van Wabtec. Consument stelt, onder verwijzing naar de overgelegde prospectussen, dat de transacties in kwestie belastingvrij zijn voor non-US persons en dat in beide gevallen geen sprake is van dividend.

3.2 Allereerst voert de bank aan dat deze zaak buiten de bevoegdheid van de Commissie valt omdat het een fiscale kwestie betreft, namelijk de vraag of Consument naar Amerikaans fiscaal recht de ingehouden belasting verschuldigd was. Daarbij wijst de bank erop dat de Commissie op grond van haar reglement klachten naar Nederlands recht beoordeelt. Dit verweer wordt door de Commissie verworpen. De klacht betreft immers een financiële dienst in de zin van het reglement (het aanbieden van een effectenrekening) en de vraag of het de bank toegestaan was, op grond van de overeenkomst met Consument, bedragen in te houden wegens bronbelasting.

3.3 Voor dit geschil is artikel 8.3 van de toepasselijke algemene voorwaarden, de AVED, van belang. Op grond van deze bepaling mag de bank bronbelasting bij haar klant inhouden als zij, op grond van een overeenkomst met een belastingautoriteit, deze belasting bij de klant moet inhouden en aan die belastingautoriteit moet afdragen.

De bank heeft erop gewezen dat dit zich hier voordoet, in die zin dat zij met de IRS (de Amerikaanse fiscus) een 'Qualified Intermediary agreement' is aangegaan die berust op de 'Internal Revenue Code' (Amerikaanse belastingwet) en dat de bank op grond van deze overeenkomst optreedt als 'withholding agent', wat inhoudt dat zij belast is met en bevoegd is tot het inhouden van Amerikaanse bronbelasting. De bank stelt dat zij in de regel zekerheidshalve belasting inhoudt in situaties die mogelijk als dividenduitkering kwalificeren om te voorkomen dat zij te weinig bronbelasting inhoudt. Te weinig bronbelasting inhouden kan leiden tot boetes van de IRS. Als achteraf blijkt dat te veel of ten onrechte bronbelasting is ingehouden, kan een klant zelf de (te veel) ingehouden belasting terugvragen bij de IRS. Verder heeft de bank gewezen op artikel 8.4 AVED, waarin is bepaald dat de bank niet verplicht is klanten bij te staan bij een verzoek om teruggave van belasting.

3.4 De Commissie overweegt als volgt. Afgaande op de stukken, waaronder de overgelegde prospectussen, had de bank voldoende aanleiding om de uitkering aan de aandeelhouders van Anadarko en de uitkering van aandelen Wabtec zekerheidshalve als dividend te behandelen. Daarbij is ook van belang dat in het prospectus van de fusie Anadarko-Occidental wordt vermeld dat de withholding agent belasting kan inhouden omdat zij mogelijk niet in staat is te bepalen of een individuele aandeelhouder naar Amerikaans belastingrecht wordt beschouwd als ontvanger van dividend.[1] Evenzo staat in het prospectus ten aanzien van Wabtec dat 'non-US Holders' rekening ermee moeten houden dat de uitkering van aandelen in verband met de afsplitsing door de withholding agent als dividend zal worden behandeld.[2] In beide prospectussen staat bovendien dat aandeelhouders indien van toepassing teruggave van belasting kunnen aanvragen. Dat de bank in strijd met verplichtingen jegens Consument heeft gehandeld is dan ook niet gebleken. Dit wordt niet anders door de stelling van Consument dat de bank heeft verzuimd navraag te doen naar zijn algehele positie in Anadarko. Uit de stukken, in het bijzonder de bepalingen in de AVED, blijkt niet dat de bank zich jegens Consument daartoe heeft verplicht.

3.5 Consument heeft aangevoerd dat een andere Nederlandse bank bij de transacties aangaande Wabtec en Anadarko geen dividendbelasting heeft ingehouden. Deze stelling brengt geen verandering in het voorgaande omdat in deze procedure alleen kan worden geoordeeld over het handelen van de bank waartegen de klacht zich richt.

---

[1] De tekst op p. 98 van het prospectus luidt: ('(…) withholding agents may not be able to determine whether any particular holder is treated as receiving a dividend for U.S. federal income tax purposes. Therefore, withholding agents may withhold against all Non-U.S. holders at a 30% rate (…)').

[2] De tekst op p. 86 van het prospectus luidt: '(…) Because it may not be known at the time of the Distribution whether the SpinCo common stock you receive in the Distribution is paid out of GE's current or accumulated earnings and profits (…) you should expect the applicable withholding agent to treat such payment as a dividend distribution for withholding purposes. (…).').

3.6 Gezien het voorgaande zal de vordering van Consument worden afgewezen.

4. De beslissing

De Commissie wijst de vordering van Consument af.

In artikel 2 van het reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

U kunt binnen twee weken na verzending van de uitspraak bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de daarvoor geldende termijnen staat in artikel 40 van het reglement.