ECLI:NL:PHR:2019:1380

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	31-12-2019
Datum publicatie	31-01-2020
Zaaknummer	19/02013
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2020:1417
Rechtsgebieden	Belastingrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Houder van een buitenlands internetkansspel in de EU gevestigd? Bewijslastverdeling houderschap in de EU. A-G Ettema heeft conclusie genomen in zes kansspelbelastingzaken, waaronder deze. Alle zaken spelen tegen de achtergrond dat buitenlandse internetkansspelen conform de (huidige) Wet op de kansspelbelasting over het algemeen zwaarder worden belast dan binnenlandse equivalenten en dat dit in strijd kan zijn met de EU-vrijheid van dienstenverkeer (zie ECLI:NL:HR:2015:471). In een gemeenschappelijke bijlage gaat zij in op rechtskundige aspecten van het begrip houder en op de verdeling van de bewijslast omtrent die houder en waar hij of zij woont of is gevestigd. Het geschil in deze zaak spitst zich toe op de vraag hoe de bewijslast te verdelen als een gerechtigde tot prijzen stelt dat het heffen van kansspelbelasting over de behaalde resultaten uit een buitenlands internetkansspel in strijd komt met de EU-vrijheid van dienstenverkeer. Het gaat er daarbij om wie de houder/organisator van het internetkansspel is. Uit eerdere arresten van de Hoge Raad (o.m. ECLI:NL:HR:2018:356 en ECLI:NL:HR:2018:362) volgt dat irrelevant is waar de aanbieder van het kansspel c.q. degene die gelegenheid geeft tot deelname daaraan is gevestigd. Hof s-Hertogenbosch heeft overwogen dat op belanghebbende de bewijslast rust aannemelijk te maken dat de houder van een kansspel in de EU is gevestigd, omdat hij een beroep op de vrijheid van dienstenverkeer doet. Belanghebbende heeft echter, aldus het Hof, niet meer dan enig bewijs bijeengebracht dat de houder van het via PropagandaPoker.com gespeelde kansspel in de Europese Unie is gevestigd. Daarom is belanghebbende niet geslaagd in de bewijslast een schending van de vrijheid van dienstenverkeer aannemelijk te maken. A-G Ettema meent naar aanleiding van het beroep in cassatie van belanghebbende dat op de inspecteur de bewijslast behoort te berusten dat de heffing van kansspelbelasting ter zake van een buitenlands internetkansspel geen inbreuk maakt op de vrijheid van dienstenverkeer. Daarbij geeft voor de A-G de doorslag de combinatie van de ten aanzien van buitenlandse kansspelen discriminatoire Wet op de kansspelbelasting en het bewijstechnisch vrij moeizame begrip houder, waarvan afhangt of de vrijheid van dienstenverkeer in een concreet geval geldt. Wel kan naar haar mening aan de omstandigheid dat de aanbieder van het kansspel niet in de EU is gevestigd, of geen substance heeft in de EU, het ontzenuwbare vermoeden worden ontleend dat (ook) de houder buiten de EU is gevestigd.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NLF 2020/0480 FutD 2020-0327 Viditax (FutD) 2020013122

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 19/02013

Datum 31 december 2019

Belastingkamer B

Onderwerp/tijdvak Kansspelbelasting maart, april, mei en september 2009

Nr. Gerechtshof 17/00735, 17/00737 t/m 17/00740

Nr. Rechtbank BRE 16/7085 t/m 16/7089

CONCLUSIE

C.M. Ettema

in de zaak van

[X]

tegen

de staatssecretaris van Financiën

1 Overzicht

Vooraf

1.1 Het geschil in deze zaak spitst zich toe op de vraag hoe de bewijslast te verdelen als een gerechtigde tot prijzen stelt dat het heffen van kansspelbelasting over de behaalde resultaten uit een buitenlands internetkansspel in strijd komt met de vrijheid van dienstenverkeer in de zin van artikel 56 en verder van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

1.2 Bij arresten van 16 maart 20181 en 17 mei 20192 heeft de Hoge Raad in andere zaken van andere belastingplichtigen beslist dat toepasselijkheid van de vrijheid van dienstenverkeer afhangt van waar de houder van het kansspel is gevestigd. Irrelevant is waar de aanbieder van het kansspel c.q. degene die gelegenheid geeft tot deelname daaraan is gevestigd.

1.3 In de gemeenschappelijke bijlage bij deze zaak en vijf andere zaken ga ik in op rechtskundige aspecten van het begrip houder (in deze zaak niet van belang) en op de verdeling van de bewijslast omtrent die houder en waar hij of zij woont of is gevestigd (in deze zaak wel van belang). Hieronder beperk ik mij tot de bijzonderheden van deze specifieke zaak. Belanghebbende heeft beroep in cassatie ingesteld 3

De feiten en het procesverloop

1.4 Van belanghebbende, inwoner van Nederland in 2009, is kansspelbelasting geheven over zijn in de betrokken tijdvakken behaalde resultaten van deelname aan diverse online pokerspelen, waaronder PropagandaPoker.com. PropagandaPoker.com maakt deel uit van de groep van ROMB Ltd., die in Malta is gevestigd.

1.5 De rechtbank Zeeland-West-Brabant (de Rechtbank) heeft geoordeeld dat belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat ROMB Ltd. in Malta een economische activiteit heeft uitgeoefend door middel van een duurzame vestiging aldaar. De Rechtbank heeft voorts belang eraan gehecht dat een Canadese kansspelautoriteit een vergunning heeft afgegeven aan ROMB Ltd. volgens de online

raadpleegbare Terms and Conditions van PropagandaPoker.com. In cassatie is niet van belang de voor belanghebbende gunstige beslissing die de Rechtbank heeft genomen over de wijze waarop negatieve resultaten in aanmerking dienen te worden genomen.

1.6 Ook naar het oordeel van het Hof rust op belanghebbende de bewijslast dat de vrijheid van dienstenverkeer in zijn geval aan heffing van kansspelbelasting in de weg staat. Conform de arresten van de Hoge Raad van 16 maart 2018 heeft het Hof aangenomen dat belanghebbende hiertoe aannemelijk moet maken dat de houder en niet zozeer de aanbieder van het kansspel in Malta is gevestigd (punt 4.4 en 4.9). Belanghebbende heeft echter, aldus het Hof, niet meer dan enig bewijs bijeengebracht dat de houder van het via PropagandaPoker.com gespeelde kansspel in de Europese Unie is gevestigd. Daarom is belanghebbende niet geslaagd in de bewijslast een schending van de vrijheid van dienstenverkeer aannemelijk te maken.

Het geding in cassatie

1.7 Belanghebbende stelt in zijn beroep in cassatie één middel voor, waarin wordt geklaagd over de door het Hof toegepaste bewijslastverdeling. Die verdeling acht hij niet redelijk, in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en in strijd met de unierechtelijke vrijheid van dienstenverkeer. Het Hof had in de gegeven omstandigheden uit moeten gaan van een vermoeden ten gunste van belanghebbende, althans had tot een redelijke bewijslastverdeling moeten komen. De staatssecretaris van Financiën (de Staatssecretaris) heeft verweer gevoerd,4 waarop belanghebbende heeft gereageerd met een conclusie van repliek. Op de conclusie van repliek heeft de Staatssecretaris niet gedupliceerd.

2 Beoordeling van het middel

2.1 Mijn slotsom in onderdeel 5.10 van de gemeenschappelijke bijlage is dat de bewijslast, dat de heffing van kansspelbelasting ter zake van een buitenlands internetkansspel geen inbreuk maakt op de vrijheid van dienstenverkeer, bij de inspecteur hoort te berusten. Daarom slaagt het middel.

3 Conclusie

Ik geef de Hoge Raad in overweging het beroep in cassatie van belanghebbende gegrond te verklaren.

De Procureur-Generaal bij de

Hoge Raad der Nederlanden

Advocaat-Generaal

---

1 HR 16 maart 2018, nr. 17/02691, ECLI:NL:HR:2018:356 en verkort gemotiveerd onder verwijzing naar eerstgenoemd arrest HR 16 maart 2018, nr. 17/03221, ECLI:NL:HR:2018:362.

2 HR 17 mei 2019, nr. 18/00176, na conclusie Wattel, ECLI:NL:HR:2019:548 en veertien arresten van dezelfde dag waarin de Hoge Raad naar dit arrest verwijst.

3 Waarbij zij opgemerkt dat er op het moment van nemen van deze conclusie tijdelijk geen staatssecretaris van Financiën is na het door de Koning op 18 december 2019 aan drs. M. Snel verleende ontslag. De taken van de staatssecretaris van Financiën worden thans overgenomen door de minister van Financiën, mr. W.B. Hoekstra.

[4] Waarbij zij opgemerkt dat er op het moment van nemen van deze conclusie tijdelijk geen staatssecretaris van Financiën is na het door de Koning op 18 december 2019 aan drs. M. Snel verleende ontslag. De taken van de staatssecretaris van Financiën worden thans overgenomen door de minister van Financiën, mr. W.B. Hoekstra.