

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

Y. BOT

van 3 juli 2007¹

1. De onderhavige prejudiciële procedure heeft betrekking op de Nederlandse belastingregeling voor in Nederland gevestigde beleggingsinstellingen. Deze regeling is zodanig opgezet dat de aan deze lidstaat verschuldigde belasting op de dividenden die door beleggingsinstellingen zijn ontvangen, niet door deze instellingen worden gedragen maar, na uitdeling van hun winst, door al hun aandeelhouders. Met het oog daarop wordt de belasting op dividenden die aan de beleggingsinstellingen zijn uitgekeerd door in Nederland gevestigde vennootschappen, die door deze vennootschappen bij de bron is ingehouden, aan deze instellingen terugbetaald.

2. De beleggingsinstellingen ontvangen voorts van het Koninkrijk der Nederlanden een tegemoetkoming ter zake van de belasting die in het buitenland is ingehouden op dividenden uit andere landen. Deze tegemoetkoming kent twee beperkingen. In de eerste plaats is zij beperkt tot het bedrag van de buitenlandse belasting die een in Nederland wonende natuurlijke persoon zou kunnen verrekenen krachtens een verdrag tot vermijding van dubbele belasting tussen

het Koninkrijk der Nederlanden en het land van investering. In de tweede plaats wordt de tegemoetkoming verlaagd naar evenredigheid van de deelneming, in het kapitaal van de betrokken instelling, van niet in Nederland wonende of gevestigde aandeelhouders.

3. De Hoge Raad der Nederlanden stelt verschillende prejudiciële vragen teneinde te kunnen beoordelen of deze twee beperkingen verenigbaar zijn met de bepalingen van het EG-Verdrag inzake het vrije verkeer van kapitaal.

4. In deze conclusie zal ik de rechtspraak betreffende de afbakening van de bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van de heffing van belasting op dividenden en de voorkoming van dubbele belasting in grote lijnen uiteenzetten. Daarna zal ik aangeven, in welk opzicht ik beide beperkingen in het licht van deze rechtspraak strijdig acht met de artikelen 56 EG en 58 EG.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

I — Juridisch kader

7. Artikel 58 EG bepaalt ten slotte:

A — *Gemeenschapsrecht*

5. Volgens artikel 56, lid 1, EG zijn in het kader van de bepalingen van het hoofdstuk waarin dit artikel is opgenomen, alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.

6. Artikel 57, lid 1, EG voorziet in overgangsbepalingen met betrekking tot derde landen. Het luidt als volgt:

„Het bepaalde in artikel 56 [EG] 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.”

„1. Het bepaalde in artikel 56 [EG] doet niet[s] af aan het recht van de lidstaten:

a) 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;

b) alle nodige maatregelen te nemen om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen, of te voorzien in procedures voor de kennisgeving van kapitaalbewegingen ter informatie van de overheid of voor statistische doeleinden, dan wel maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn.

[...]

3. De in [lid] 1 [...] bedoelde maatregelen en procedures mogen geen middel tot

willekeurige discriminatie vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer als omschreven in artikel 56 [EG].”

te doen zijn aan de belastingdruk bij rechtstreeks beleggen door particulieren. De beleggingsopbrengsten van beleggingsinstellingen worden dus zoveel mogelijk belast alsof het rechtstreeks door de aandeelhouders daarvan genoten opbrengsten betreft. Deze gelijkstelling is als volgt vormgegeven.

B — *Nationaal recht*

8. De belastingregeling voor beleggingsinstellingen is in het Nederlandse recht neergelegd in artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en artikel 6 van het Besluit beleggingsinstellingen.

11. De winst van een beleggingsinstelling is onderworpen aan vennootschapsbelasting, doch wordt belast naar een tarief van nul procent. Daartegenover moet deze winst in beginsel integraal aan de aandeelhouders worden uitgedeeld binnen een periode van acht maanden na afloop van het betrokken belastingjaar.

9. Artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting omschrijft beleggingsinstellingen als in Nederland gevestigde naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid of fondsen voor gemene rekening waarvan het doel en de feitelijke werkzaamheid bestaan in het beleggen van vermogen.²

12. Indien een beleggingsinstelling aandelen houdt in in Nederland gevestigde vennootschappen en die vennootschappen haar ter zake daarvan dividenden uitkeren, wordt aan de beleggingsinstelling teruggaaf verleend van de ter zake van die dividenden geheven Nederlandse dividendbelasting die door de uitkerende vennootschappen aan de bron is ingehouden.

10. De bijzondere regeling die voor beleggingsinstellingen geldt, is erop gericht de belastingdruk op beleggingsopbrengsten via deze instellingen zoveel mogelijk gelijk

13. Indien een beleggingsinstelling dividenden ontvangt van in andere landen gevestigde vennootschappen ter zake waarvan door die landen belasting is ingehouden, ziet het systeem er als volgt uit.

2 — Volgens de verwijzende rechter zijn de andere voorwaarden waaraan een beleggingsinstelling dient te voldoen in casu niet van belang.

14. Naar Nederlands recht voorzien de normale regels tot vermijding van dubbele belasting niet in een verrekening van de buitenlandse belasting. Het Koninkrijk der Nederlanden verrekent namelijk niet méér buitenlandse belasting met de vennootschapsbelasting dan het bedrag van een naar evenredigheid aan de bedoelde dividenden toerekenbaar gedeelte van de Nederlandse vennootschapsbelasting.

15. Aangezien de winst van een beleggingsinstelling wordt belast naar een tarief van nul procent en er dus geen belasting naar evenredigheid kan worden toegerekend aan de uit andere landen ontvangen dividenden, voorziet de Nederlandse regeling in een zogeheten systeem van „tegemoetkomingen” ter zake van de in het buitenland ingehouden belasting en wel ter hoogte van het bedrag van de Nederlandse belasting dat aan deze dividenden toerekenbaar zou zijn.

16. Dit stelsel van tegemoetkomingen kent echter twee beperkingen, die in het hoofdgeding worden betwist.

17. Enerzijds wordt de tegemoetkoming slechts verleend in gevallen waarin sprake is van rechtstreekse belegging door in Nederland wonende of gevestigde aandeelhouders en waarin krachtens de Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: „BRK”) of een verdrag tot vermijding van dubbele belasting (hierna: „belastingverdrag”) recht op verrekening van de buitenlandse belasting met de Nederlandse belasting zou bestaan.

18. Anderzijds wordt het bedrag van de tegemoetkoming verlaagd naar de mate waarin niet in Nederland wonende of gevestigde aandeelhouders participeren in het kapitaal van de beleggingsinstelling.

19. Overeenkomstig artikel 6 van het Besluit beleggingsinstellingen wordt, indien niet alle aandeelhouders van de beleggingsinstelling in Nederland wonen of daar gevestigd zijn, de tegemoetkoming berekend volgens de volgende formule:

$$T = B \times (7 \text{ Sr}) / (10 \text{ S} - 3 \text{ Sr})$$

waarin T voorstelt de tegemoetkoming; B het bedrag van de belasting dat aftrekbaar zou zijn, indien alle beleggers in Nederland belastingplichtig waren; Sr het bedrag dat op het relevante tijdstip is gestort op de aandelen of de bewijzen van deelgerechtigdheid in de beleggingsinstelling welke rechtstreeks dan wel door tussenkomst van andere beleggingsinstellingen in het bezit zijn van in Nederland wonende natuurlijke personen of in Nederland gevestigde aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichamen, andere dan beleggingsinstellingen; S het bedrag dat op

datzelfde tijdstip is gestort op alle in omloop zijnde aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in de beleggingsinstelling.

20. De aandeelhouders van een beleggingsinstelling zijn op hun beurt onderworpen aan de Nederlandse belasting over de winstuitkeringen die zij van deze instelling ontvangen, welke belasting door de uitkerende instelling aan de bron wordt ingehouden.

21. Ten aanzien van in Nederland wonende of gevestigde aandeelhouders is deze inhouding een voorheffing. De inhouding op de winst is verrekenbaar met de door hen verschuldigde inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting, en zij wordt terugbetaald voor zover zij het bedrag van laatstgenoemde belastingen overschrijdt. Ten aanzien van in een ander land wonende of gevestigde aandeelhouders wordt de ingehouden belasting slechts teruggegeven voor zover dit is voorzien in een verdrag tot vermijding van dubbele belasting of in de Belastingregeling voor het Koninkrijk.

22. De verwijzende rechter merkt op dat het krachtens deze regeling niet de beleggingsinstelling is die wordt belast over de door haar ontvangen dividenden, maar, na uitkering van haar winst, de aandeelhouders ervan.

II — Feiten en hoofdgeding

23. Orange European Smallcap Fund NV³ heeft tot doel het beleggen van gelden in effecten en andere vermogensbestanddelen, zodanig dat de risico's daarvan worden gespreid. Zij is gevestigd te Amsterdam en wordt in fiscaal opzicht aangemerkt als een beleggingsinstelling in de zin van artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting.

24. OESF beheert een beleggingsportefeuille van Europese beursgenoteerde ondernemingen. De verwijzende rechter preciseert dat OESF in het betrokken boekjaar geen zodanige belangen in buiten Nederland gevestigde vennootschappen hield dat zij de activiteiten van die vennootschappen kon bepalen.

25. De aandeelhouders van OESF zijn natuurlijke en rechtspersonen. Gedurende het in casu relevante boekjaar waren de meeste van hen woonachtig of gevestigd in Nederland. Sommigen waren woonachtig of gevestigd in andere lidstaten (België, Duitsland, Frankrijk, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk) of in derde landen (Verenigde Staten en Zwitserland).

³ — Hierna: „OESF”.

26. Tijdens het boekjaar 1997/1998 heeft OESF dividenden op aandelen in buitenlandse vennootschappen ontvangen tot een bedrag van 5 257 519,15 NLG. Ter zake van deze dividenden is ten laste van haar een bedrag van 735 320 NLG aan buitenlandse bronbelasting geheven. In laatstgenoemd bedrag is 132 339 NLG aan Duitse belasting en 9 905 NLG aan Portugese belasting begrepen.

27. OESF heeft de Nederlandse belastingdienst om een tegemoetkoming ter zake van deze buitenlandse belastingen verzocht, welke is berekend op basis van het totaalbedrag van 735 320 NLG.

28. De belastingdienst was van oordeel, dat de in Duitsland en Portugal betaalde belasting moest worden uitgesloten van de berekeningsgrondslag. Als reden hiervoor gaf zij op dat, met betrekking tot het betrokken boekjaar, het verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland niet in een recht op verrekening van door Duitsland ingehouden belasting ter zake van door een persoon met woonplaats in Nederland uit Duitsland verkregen dividenden voorzag, en dat tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Portugese Republiek geen verdrag tot vermindering van dubbele belasting was gesloten.

29. De belastingdienst is bij de berekening van de tegemoetkoming dan ook uitgegaan

van het bedrag van 593 076 NLG. Voorts heeft zij op grond van de in artikel 6 van het Besluit beleggingsinstellingen omschreven methode, die van toepassing is wanneer niet alle beleggers in Nederland wonende of aldaar gevestigde natuurlijke personen of rechtspersonen zijn, het bedrag van de tegemoetkoming vastgesteld op 418 013 NLG.

30. Het Gerechtshof te Amsterdam, waarbij OESF beroep heeft ingesteld, heeft de beschikking van de belastingdienst nietig verklaard en de tegemoetkoming vastgesteld op 622 006 NLG. Volgens deze rechter leverden de uitsluiting van de door Duitsland en Portugal geheven belasting van de berekeningsgrondslag van de tegemoetkoming enerzijds en de verlaging van de tegemoetkoming naar evenredigheid van het aantal in het buitenland wonende of gevestigde aandeelhouders van OESF anderzijds een ongerechtvaardigde belemmering van het vrije kapitaalverkeer op.

31. De Staatssecretaris van Financiën heeft tegen deze uitspraak cassatieberoep ingesteld. Hij betwist het standpunt van het Gerechtshof te Amsterdam, dat de door Duitsland en Portugal geheven belasting mede in aanmerking moet worden genomen en dat de tegemoetkoming niet mag worden verlaagd naar evenredigheid van de deelneming van niet in Nederland wonende of gevestigde aandeelhouders.

III — Prejudiciële verwijzing

2) Indien het antwoord op vraag 1 geheel of gedeeltelijk bevestigend luidt:

32. De Hoge Raad der Nederlanden heeft besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

- „1) Moet artikel 56 EG, in verbinding met artikel 58, lid 1, EG, aldus worden uitgelegd dat met het verbod van artikel 56 EG strijdig is een regeling van een lidstaat die [...] een aan een fiscale beleggingsinstelling te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door de fiscale beleggingsinstelling ontvangen dividenden
- a) beperkt tot het bedrag dat een in Nederland wonende natuurlijke persoon op grond van een met de andere lidstaat gesloten belastingverdrag zou hebben kunnen verrekenen;
- b) beperkt indien en voor zover de aandeelhouders van de fiscale beleggingsinstelling niet in Nederland wonende natuurlijke personen of aan de Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen lichamen zijn?
- a) Omvat het begrip ‚directe investeringen‘ in artikel 57, lid 1, EG ook het houden van een pakket aandelen in een vennootschap, indien de houder de aandelen slechts aanhoudt ter belegging en de omvang van het pakket de houder niet in staat stelt een bepalende invloed uit te oefenen op het bestuur van of op de controle over de vennootschap?
- b) Is op grond van artikel 56 EG elke met belastingheffing verband houdende beperking van kapitaalverkeer die ongeoorloofd zou zijn indien het grensoverschrijdend kapitaalverkeer binnen de EG betrof, gelijkelijk ongeoorloofd in geval van een zelfde kapitaalverkeer — in overigens gelijke omstandigheden — naar en vanuit derde landen?
- c) Indien het antwoord op vraag [2, sub b,) ontkennend luidt, moet dan artikel 56 EG aldus worden uitgelegd dat een beperking door een lidstaat van een fiscale tegemoetkoming aan een fiscale beleggingsinstelling

ter zake van bronheffing op uit een derde land ontvangen dividend, welke beperking is gegrond op de omstandigheid dat niet alle aandeelhouders van de fiscale beleggingsinstelling woonplaats hebben in de betrokken lidstaat, met dat artikel onverenigbaar is?

c) of de aandeelhouders van de fiscale beleggingsinstelling, die buiten de lidstaat van vestiging van de fiscale beleggingsinstelling woonplaats hebben, wonen of gevestigd zijn in een ander land van de EG?"

3) Maakt het voor het antwoord op de vorige vragen verschil

a) of de belasting die in een ander land is ingehouden op uit dat land ontvangen dividend hoger is dan de belasting waaraan de dooruitdeling van dat dividend aan buitenlandse aandeelhouders is onderworpen in de lidstaat van vestiging van de fiscale beleggingsinstelling;

IV — Bespreking

33. Alvorens de vragen van de verwijzende rechter te onderzoeken, lijkt het nuttig eerst de rechtspraak betreffende de afbakening van de bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van de heffing van belasting op dividenden, in het bijzonder met betrekking tot de mechanismen die bedoeld zijn om situaties van dubbele belasting van de winst van een vennootschap te voorkomen en de invloed van bilaterale verdragen, in grote lijnen te schetsen.

A — Grote lijnen van de rechtspraak

b) of de aandeelhouders van de fiscale beleggingsinstelling, die buiten de lidstaat van vestiging van de fiscale beleggingsinstelling woonplaats hebben, wonen of gevestigd zijn in een land waarmee evenbedeelde lidstaat een verdrag heeft dat voorziet in wederzijds verrekenen van bronheffing op dividend;

1. Algemeen kader

34. De belasting op dividenden valt onder de directe belastingen, waarvoor de Gemeenschap tot op heden niet uitdrukkelijk

bevoegd is verklaard in het Verdrag. De lidstaten kunnen derhalve op soevereine wijze de voorwaarden van hun heffingsbevoegdheid, dat wil zeggen het tarief, de maatstaf van heffing, de wijze van invordering en de werkingssfeer van hun heffingsbevoegdheid, unilateraal of door het sluiten van overeenkomsten, door middel van verdragen met andere staten, vaststellen.

35. Zoals het Hof echter regelmatig in herinnering roept, is deze bevoegdheid gebonden aan zekere grenzen. Zij dient namelijk in overeenstemming met het gemeenschapsrecht, inzonderheid de in het Verdrag voorziene vrijheden van verkeer, te worden uitgeoefend.⁴

36. De begrenzing van de bevoegdheid van de lidstaten door deze verkeersvrijheden komt tot uiting in twee beginselen. Het eerste beginsel is het verbod van discriminerende maatregelen: de uit een andere lidstaat afkomstige belastingplichtige mag in fiscaal opzicht niet worden gediscrimineerd door de lidstaat van ontvangst. Het tweede beginsel houdt in, dat de lidstaat van herkomst de uitoefening van een verkeersvrijheid door een van zijn onderdanen niet mag belemmeren. Dit is het verbod van „belemmeringen bij vertrek”.

37. Indien het vrije verkeer van kapitaal wordt toegepast op de belasting van de

winst van vennootschappen, komen deze twee beginselen in de rechtspraak tot uiting door het verbod van enerzijds fiscale maatregelen van een lidstaat die een belemmering vormen voor het bijeenbrengen van kapitaal door buitenlandse ondernemingen in die lidstaat en anderzijds fiscale maatregelen van een lidstaat die de belastingplichtigen van die staat ontmoedigen om hun kapitaal te beleggen in vennootschappen in het buitenland, met dien verstande dat deze verboden, in tegenstelling tot de andere door het Verdrag gegarandeerde verkeersvrijheden, zich niet beperken tot het intracommunautaire handelsverkeer maar zich ook uitstrekken tot het handelsverkeer met derde landen.

38. Op grond van het discriminatieverbod, waaraan uitvoering wordt gegeven door de verschillende verkeersvrijheden van het Verdrag, mag een lidstaat niet verschillende fiscale regels op vergelijkbare situaties of dezelfde belastingregel op verschillende situaties toepassen. Bovendien heeft dit verbod niet alleen betrekking op zichtbare discriminatie op grond van nationaliteit⁵, maar ook op alle verkapte vormen van discriminatie, die door toepassing van andere onderscheidingscriteria tot hetzelfde resultaat zouden leiden.

39. Op het gebied van de directe belastingen hebben zich spanningen tussen het

4 — Arrest van 6 maart 2007, Meilicke e.a. (C-292/04, Jurispr. blz. I-1835, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

5 — Met betrekking tot vennootschappen in de zin van artikel 48 EG dient hun zetel, in navolging van de nationaliteit van natuurlijke personen, ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een staat (arrest van 13 juli 1993, Commerzbank, C-330/91, Jurispr. blz. I-4017, punt 13).

discriminatieverbod en de aan de lidstaten voorbehouden bevoegdheid met name voorgedaan bij nationale maatregelen die in een verschillende behandeling voorzien naargelang van de woonplaats van de belastingplichtige.

40. Enerzijds is het immers het criterium van de fiscale woonplaats dat in beginsel de heffingsbevoegdheid van de lidstaten begrenst. De lidstaten heffen in het algemeen belasting van de natuurlijke en rechtspersonen die op hun grondgebied woonachtig of gevestigd zijn, en belasten zij niet-ingezeten belastingplichtigen over de resultaten die voortvloeien uit een door hen op het grondgebied van de lidstaat uitgeoefende activiteit. Evenzo zijn de belastingvoordelen die zij toekennen, voorbehouden aan ingezeten belastingplichtigen, zoals maatregelen die zijn bedoeld om rekening te houden met hun persoonlijke en gezinssituatie, welke door hen het gemakkelijkst kunnen worden beoordeeld. Het Hof heeft in dit verband erkend, dat de situatie van ingezeten en niet-ingezeten belastingplichtigen in het algemeen niet vergelijkbaar is.⁶

41. Anderzijds werkt een nationale regeling die fiscale voordelen voorbehoudt aan de ingezetenen van een lidstaat, doorgaans hoofdzakelijk in het voordeel van de eigen onderdanen van die staat, want de niet-ingezeten zijn immers in de meeste gevallen onderdanen van andere landen. Een regeling

gebaseerd op het woonplaatscriterium kan derhalve een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit opleveren.⁷

42. Dit spanningsveld wordt verwoord in artikel 58 EG, volgens hetwelk artikel 56 EG het recht van de lidstaten onverlet laat om 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, op voorwaarde evenwel dat deze bepalingen geen middel tot willekeurige discriminatie vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer.

43. Een nationale regeling die onderscheid maakt tussen belastingplichtigen naargelang van hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd, kan dus slechts verenigbaar met de artikelen 56 EG en 58 EG worden geacht wanneer dit verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die vanuit het oogpunt van de toepassing van de betrokken fiscale maatregel niet objectief vergelijkbaar zijn.

44. Wanneer het daarentegen gaat om situaties die objectief vergelijkbaar zijn, is een

6 — Arrest van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 31).

7 — Zie, met betrekking tot natuurlijke personen, arrest Schumacker, reeds aangehaald (punten 28 en 29), en, met betrekking tot rechtspersonen, arrest Commerzbank, reeds aangehaald (punt 15).

dergelijk onderscheid volgens de rechtspraak enkel verenigbaar met het gemeenschapsrecht, indien het gerechtvaardigd wordt door een van de in artikel 58, lid 1, sub b, EG genoemde redenen of door een dwingende reden van algemeen belang, zoals de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te bewaren, en indien het niet verder gaat dan nodig is om het door de betrokken regeling nagestreefde doel te bereiken.⁸

2. Maatregelen tot vermijding of matiging van dubbele belasting

45. Het Hof heeft in tal van arresten de strekking van deze algemene afbakening van de bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen gepreciseerd waar het — unilaterale dan wel bij overeenkomst vastgestelde — maatregelen betreft om dubbele belasting van de door vennootschappen uitgekeerde winst te voorkomen of te matigen.

46. Om te beginnen herinner ik eraan, dat de winsten van een vennootschap in verschillende gevallen dubbel kunnen worden belast. Zo kunnen zij zijn onderworpen aan „opeenvolgende belastingheffingen” of „dubbele economische belasting” wanneer zij bij twee verschillende belastingplichtigen worden

belast, een eerste maal bij de vennootschap, in het kader van de belasting van de winst, en een tweede maal bij de aandeelhouder waaraan de winst wordt uitgekeerd, in het kader van de vennootschaps- of inkomstenbelasting, al naargelang het een vennootschap dan wel een particulier betreft.

47. Deze winsten kunnen voorts onderworpen zijn aan een „dubbele juridische belasting” wanneer dezelfde belastingplichtige tweemaal over dezelfde inkomsten wordt belast. Deze situatie kan zich voordoen wanneer de aandeelhouder die dividenden ontvangt, enerzijds wordt onderworpen aan een broninhouding door de lidstaat waarin de uitkerende vennootschap is gevestigd, en hij anderzijds inkomstenbelasting over deze dividenden dient te betalen in de woonstaat.

48. Op grond van deze weergave van de rechtspraak moet worden uitgegaan van de premisse dat dubbele belasting in het algemeen niet strijdig is met het gemeenschapsrecht.

49. Het Verdrag bevat immers geen enkele maatregel die de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten aldus regelt dat dubbele belasting uitgesloten is. Dubbele belasting wordt slechts verboden in enkele richtlijnen,

⁸ — Arrest van 7 september 2004, Manninen (C-319/02, Jurispr. blz. I-7477, punt 29).

zoals richtlijn 90/435/EEG van de Raad⁹, die in casu niet relevant zijn.¹⁰ Verder hebben de lidstaten, afgezien van verdrag 90/436/EEG¹¹, geen enkel multilateraal verdrag ter zake gesloten op basis van artikel 293 EG.

denden, is dit als zodanig niet in strijd met het gemeenschapsrecht.¹²

50. Deze premisse heeft twee gevolgen. In de eerste plaats, wanneer een dubbele belasting voortvloeit uit de uitoefening door de lidstaten van hun respectieve bevoegdheden, bijvoorbeeld wanneer de belastingplichtige door zijn woonstaat wordt belast over alle inkomsten en daarnaast ook door de staat van het grondgebied waarvan de dividenden afkomstig zijn, tot het bedrag van deze divi-

51. In de tweede plaats staat het de lidstaten, bij gebreke van daartoe strekkende maatregelen of multilaterale verdragen, vrij om de aanknopingsfactoren ter verdeling van de heffingsbevoegdheid vast te stellen en unilateraal of in het kader van bilaterale verdragen de nodige maatregelen vast te stellen teneinde dubbele belasting te voorkomen. Bij de uitoefening van deze bevoegdheid dienen zij echter, zowel wat unilateraal vastgestelde als in een verdrag overeengekomen maatregelen betreft, de eisen van het gemeenschapsrecht en met name de eisen voortvloeiend uit het vrije verkeer te eerbiedigen.¹³

52. Het Hof heeft in verschillende zaken de gelegenheid gehad de omvang van deze verplichting te preciseren met betrekking tot de heffing van belasting door de lidstaten

9 — Richtlijn van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB L 225, blz. 6). Zie ook richtlijn 2003/48/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling (PB L 157, blz. 38) en richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (PB L 157, blz. 49).

10 — Richtlijn 90/435, in de versie zoals die gold tijdens het betrokken boekjaar, was van toepassing op vennootschappen die een deelneming van ten minste 25 % bezitten in het kapitaal van een vennootschap van een andere lidstaat. Volgens artikel 2 ervan is deze richtlijn enkel van toepassing op vennootschappen die bovendien, zonder ervan te zijn vrijgesteld, onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting. Zoals bekend worden beleggingsinstellingen, indien zij aan deze belasting onderworpen zijn, tegen een tarief van 0 % belast.

11 — Verdrag van 23 juli 1990 ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen (PB L 225, blz. 10).

12 — Zie, op dit punt, arrest van 14 november 2006, Kerckhaert en Morres (C-513/04, Jurispr. blz. I-10967), over de Belgische wetgeving die, in het kader van de inkomstenbelasting, dividenden op aandelen in in België gevestigde vennootschappen aan hetzelfde uniforme tarief onderwerpt als dividenden op aandelen in in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen, zonder in de mogelijkheid te voorzien om de in die andere lidstaat door inhouding aan de bron geheven belasting te verrekenen. Het Hof constateerde dat de betrokken belastingregeling geen onderscheid maakt tussen de dividenden van in België gevestigde vennootschappen en de dividenden van in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen. Het was van oordeel dat de nadelige gevolgen die de toepassing van een dergelijke regeling met zich kan brengen voor een belastingplichtige die dividenden ontvangt waarop in een andere lidstaat reeds belasting aan de bron is ingehouden, uitsluitend voortvloeien uit de parallelle uitoefening van de heffingsbevoegdheid door twee lidstaten (punt 20).

13 — Arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punten 57 en 58).

op enerzijds inkomende dividenden, als woonstaat van de aandeelhouder, en anderzijds uitgaande dividenden, als bronstaat van deze dividenden.

dividend ontvangt, aangezien het dividend in beide gevallen opeenvolgende keren kan worden belast of aan een dubbele economische belasting kan worden onderworpen, hetgeen deze bepalingen nu juist beogen te voorkomen of te matigen.¹⁵

53. Ten aanzien van de belastingheffing op inkomende dividenden volgt uit de rechtspraak dat, wanneer een lidstaat ingezetene belastingplichtigen belast over alle dividenden die zij ontvangen en bepalingen vaststelt om dubbele economische belasting op deze dividenden te voorkomen of te matigen, de werkingssfeer van deze bepalingen niet beperkt mag blijven tot binnenlandse dividenden doch dient te worden uitgebreid tot de dividenden die zijn uitgekeerd door in andere lidstaten gevestigde vennootschappen.¹⁴

54. Deze gelijke behandeling is volgens het Hof noodzakelijk omdat, gelet op het doel van dergelijke bepalingen, de situatie van een belastingplichtige die dividend uit andere lidstaten ontvangt, vergelijkbaar is met die van een belastingplichtige die binnenlandse

55. Met betrekking tot de belasting van uitgaande dividenden is het eveneens vaste rechtspraak dat, wanneer een lidstaat unilateraal of door het sluiten van een overeenkomst niet alleen ingezetene maar ook niet-ingezetene aandeelhouders aan de inkomstenbelasting onderwerpt voor de dividenden die zij van een ingezetene vennootschap ontvangen, hij erop toe dient te zien dat de niet-ingezetene aandeelhouders met betrekking tot het in zijn nationale recht voorziene mechanisme tot vermijding of vermindering van opeenvolgende belastingheffingen op soortgelijke

14 — Zie, over de verlening van vrijstelling van de heffing van inkomstenbelasting ter zake van aan natuurlijke personen/aandeelhouders uitgekeerde dividenden, arrest van 6 juni 2000, Verkoijen (C-35/98, Jurispr. blz. I-4071); over de toepassing van een bevrijdende belasting of een gehalveerd belastingtarief, arrest van 15 juli 2004, Lenz (C-315/02, Jurispr. blz. I-7063), en, over de verlening van een belastingkrediet, de reeds aangehaalde arresten Manninen en Meilicke e.a. Zie voorts arrest van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punten 61-71), waarin binnenlandse dividenden waren vrijgesteld van de vennootschapsbelasting, terwijl buitenlandse dividenden wel aan deze belasting waren onderworpen en slechts recht gaven op aftrek van de eventuele bronbelasting die door de staat van vestiging van de uitkerende vennootschap was geheven.

15 — Arrest Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald (punt 62). Hetzelfde geldt niet automatisch voor dividend uitgekeerd door in derde landen gevestigde vennootschappen. In dit arrest heeft het Hof erkend, dat niet kan worden uitgesloten dat een lidstaat in staat zou zijn aan te tonen dat een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen om een bepaalde reden gerechtvaardigd is, in omstandigheden waarin die reden geen geldige rechtvaardiging zou opleveren voor een beperking van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten. Dit kan onder meer het geval zijn in een situatie waarin de belasting die is betaald door in derde landen gevestigde vennootschappen moet worden geverifieerd, omdat in dat geval de communautaire wetgeving die voorziet in samenwerking tussen nationale belastingdiensten, zoals richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen (PB L 336, blz. 15), niet van toepassing is en de verificatie van de door deze vennootschappen in hun staat van vestiging betaalde belasting dus moeilijker kan zijn dan in een louter communautaire context (punten 169-171).

wijze als ingezeten aandeelhouders worden behandeld.¹⁶

56. In dat geval moet de gelijke behandeling worden verleend door de lidstaat waar de bron van de dividenden is gelegen, omdat deze lidstaat besloten heeft zijn fiscale bevoegdheid niet alleen uit te oefenen met betrekking tot de aan ingezeten aandeelhouders uitgekeerde dividenden maar ook met betrekking tot dividenden die aan niet-ingezeten aandeelhouders zijn uitgekeerd.¹⁷

3. De invloed van bilaterale verdragen

57. De rechtspraak betreffende de invloed van bilaterale fiscale verdragen levert vier gezichtspunten op die in casu van belang zijn.

58. Ten eerste zijn de rechten die voortvloeien uit de door het Verdrag gegaran-

deerde vrijheden binnen de Europese Unie onvoorwaardelijk en kan een lidstaat de eerbiediging van deze rechten niet afhankelijk stellen van de inhoud van een overeenkomst met een andere lidstaat.¹⁸ Met andere woorden, een lidstaat mag deze rechten niet onderwerpen aan een wederkerigheidsverdrag met een andere lidstaat, teneinde overeenkomstige voordelen in die lidstaat te verkrijgen.¹⁹

59. Ten tweede kan, ingeval een belastingmaatregel van een lidstaat een belemmering vormt voor een van de in het Verdrag voorziene verkeersvrijheden, een bilateraal verdrag in aanmerking worden genomen wanneer dit deze belemmering neutraliseert.²⁰ Het Hof onderzoekt zelf of de gecombineerde toepassing van de betrokken wettelijke regeling en het bilaterale verdrag nog steeds een belemmering vormt voor het betrokken recht op vrij verkeer²¹ of laat deze beoordeling aan de nationale rechter over.²²

60. Ten derde moet een niet-ingezeten belastingplichtige, wanneer hij in dezelfde situatie verkeert als een ingezeten belastingplichtige, krachtens het beginsel van de nationale behandeling onder dezelfde voorwaarden als ingezeten belastingplichtigen de

16 — Zie, over een wettelijke regeling van een lidstaat die voorziet in een stelsel van belastingkrediet voor door een ingezeten vennootschap aan haar ingezeten en niet-ingezeten aandeelhouders betaalde dividenden wanneer zulks is bepaald in een verdrag tot vermindering van dubbele belasting, arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, Jurispr. blz. I-11673), en, met betrekking tot een nationale wettelijke regeling die de door ingezeten dochterondernemingen aan in een andere lidstaat gevestigde moederondernemingen uitgekeerde dividenden belast en de aan ingezeten moederondernemingen uitgekeerde dividenden bijna volledig vrijstelt, arrest van 14 december 2006, *Denkavit Internationaal en Denkavit France* (C-170/05, Jurispr. blz. I-11949).

17 — Arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, reeds aangehaald (punt 70).

18 — Arrest van 28 januari 1986, *Commissie/Frankrijk* (270/83, Jurispr. blz. 273, punt 26).

19 — *Idem*.

20 — Arrest *Denkavit Internationaal en Denkavit France*, reeds aangehaald (punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 — *Ibidem* (punt 47).

22 — Arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, reeds aangehaald (punt 71).

voordelen genieten die voortvloeien uit een bilateraal verdrag tussen de lidstaat van zijn woonplaats en een derde land.²³

61. Ten vierde verplicht het gemeenschapsrecht een lidstaat niet ertoe om aan een niet-ingezeten belastingplichtige die zich niet in een vergelijkbare situatie bevindt als een ingezetene belastingplichtige, de voordelen toe te kennen die voortvloeien uit een bilaterale overeenkomst die hij met een ander land dan het land van deze niet-ingezetene belastingplichtige heeft gesloten.²⁴ Anders gezegd, het gemeenschapsrecht schrijft een lidstaat op fiscaal gebied niet voor om op een inwoner van een andere lidstaat de meestbegunstigingsclausule toe te passen.

23 — Arrest Saint-Gobain ZN, reeds aangehaald (punt 59). In dit arrest heeft het Hof geoordeeld dat de vaste inrichting van een buitenlandse vennootschap evenals binnenlandse vennootschappen in aanmerking moet komen voor de vrijstelling van vennootschapsbelasting voor de dividenden die zij hebben ontvangen van in derde landen gevestigde vennootschappen, zoals voorzien in een belastingverdrag met dit derde land.

24 — Arrest van 5 juli 2005, D. (C-376/03, Jurispr. blz. I-5821). In deze zaak was D, een Duits onderdaan die woonachtig was in Duitsland en wiens vermogen voor 10 % in Nederland was gesitueerd, in Nederland aan vermogensbelasting onderworpen voor de daar aanwezige vermogensbestanddelen. In verband daarmee verzocht hij om in aanmerking te komen voor de belastingvrije som waarin de Nederlandse wet voorzorg voor ingezetene belastingplichtigen. Het Hof was van oordeel dat deze vermogensbelasting op één lijn kon worden gesteld met de inkomstenbelasting, omdat zij werd vastgesteld naar de draagkracht van de belastingplichtige. Het leidde hieruit af, dat een niet-ingezetene belastingplichtige wiens vermogens slechts voor een gering deel in Nederland is gesitueerd, zich niet in een vergelijkbare situatie bevindt als een binnenlandse belastingplichtige, zodat hij geen aanspraak kan maken op de betrokken belastingvrije som. Vervolgens was de vraag aan de orde of D. werd gediscrimineerd omdat een in België woonachtige belastingplichtige die zich in een soortgelijke situatie als hij bevond, in aanmerking kwam voor de litigieuze belastingvrije som op basis van een overeenkomst tussen Nederland en België. Het Hof achtte dit verschil in behandeling niet in strijd met het gemeenschapsrecht. Zie in diezelfde zin ook arrest Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, reeds aangehaald, over de verschillende situatie die voortvloeide uit het feit dat van de bilaterale verdragen tussen een lidstaat en andere staten slechts sommige daarvan voorzagen in een belastingkrediet voor de ingezetenen van de verdragsluitende staten.

62. In het licht van deze grote lijnen van de rechtspraak zal ik de prejudiciële vragen van de Hoge Raad der Nederlanden thans bespreken.

B — *Prejudiciële vragen*

1. Inleiding

a) Toepasselijke recht op vrij verkeer

63. Om te beginnen wil ik eraan herinneren dat de ontvangst, door een in een lidstaat wonende of gevestigde aandeelhouder, van dividend uit buitenlandse vennootschappen een kapitaalbeweging in de zin artikel 56 EG vormt.²⁵

64. Blijkens de rechtspraak kan een nationale wettelijke regeling die de ontvangst van dividenden onderwerpt aan een belasting waarvan het tarief afhankelijk is van de al dan niet binnenlandse oorsprong van de dividenden, ongeacht de omvang van de deelneming van de aandeelhouder in de uitkerende vennootschap, zowel onder

25 — Arrest Verkooijen, reeds aangehaald (punten 28-30).

artikel 43 EG, betreffende de vrijheid van vestiging, als onder artikel 56 EG, betreffende het vrije verkeer van kapitaal, vallen.²⁶ Wanneer de deelneming van de aandeelhouder in het kapitaal van een vennootschap hem niet in staat stelt een zekere invloed op de besluitvorming van deze vennootschap uit te oefenen of de activiteiten daarvan te bepalen, zijn alleen de bepalingen van artikel 56 EG van toepassing.²⁷

65. Uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens blijkt, dat de deelneming van OESF in het kapitaal van de uitkerende vennootschappen gedurende het relevante boekjaar haar niet in staat stelde de activiteiten van deze vennootschappen te bepalen. De verenigbaarheid van de litigieuze beperkingen met het gemeenschapsrecht zal derhalve uitsluitend moeten worden getoetst aan de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van kapitaalverkeer.

b) Inhoud van de prejudiciële vragen en volgorde van bespreking

66. De verwijzende rechter stelt drie reeksen prejudiciële vragen. Met zijn eerste vraag,

sub a en b, wenst hij van het Hof te vernemen of de twee in geding zijnde beperkingen verenigbaar zijn met de artikelen 56 EG en 58 EG.

67. Met zijn tweede vraag, sub a tot en met c, die ik koppel aan de derde vraag, sub b en c, wenst hij te vernemen, welke gevolgen voortvloeien uit het feit dat een beleggingsinstelling als OESF heeft belegd in derde landen en zelf aandeelhouders heeft die in derde landen wonen of aldaar zijn gevestigd.

68. Met zijn derde vraag, sub a, wil de verwijzende rechter ten slotte weten, of de omstandigheid dat de fiscale inhouding in een ander land hoger is dan de inhouding op de dividenden die zijn dooruitgedeeld aan buitenlandse aandeelhouders in de lidstaat waar de beleggingsinstelling is gevestigd, van invloed is op de antwoorden op de voorgaande vragen.

69. Ik zal deze drie reeksen vragen achterenvolgens bespreken.

26 — Arrest van 24 mei 2007, *Holböck* (C-157/05, Jurispr. blz. I-4051, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 — Zie in deze zin, arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*, reeds aangehaald (punt 38).

2. Eerste reeks prejudiciële vragen

beleggingsinstelling die dividenden ontvangt van in Nederland gevestigde vennootschappen recht heeft op volledige teruggaaf van de Nederlandse dividendbelasting die door deze vennootschappen aan de bron is ingehouden.

a) Eerste vraag, sub a

70. Met zijn eerste vraag, sub a, wil de verwijzende rechter in wezen vernemen of de artikelen 56 EG en 58 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat als de in geding zijnde Nederlandse regeling, die een aan een beleggingsinstelling te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door deze instelling ontvangen dividenden beperkt tot het bedrag dat een op het Nederlandse grondgebied wonende natuurlijke persoon op grond van een met de andere lidstaat gesloten verdrag tot vermijding van dubbele belasting zou hebben kunnen verrekenen.

73. OESF en de Commissie van de Europese Gemeenschappen stellen in dit verband, dat de litigieuze regeling een ongerechtvaardigd onderscheid maakt tussen belastingen die aan de bron zijn ingehouden in Duitsland en Portugal en die welke aan de bron zijn ingehouden in Nederland; derhalve is deze regeling volgens hen in strijd met het gemeenschapsrecht.

71. Deze vraag komt erop neer of de weigering van de Nederlandse belastingdienst om rekening te houden met de door OESF in Duitsland en Portugal over de uit die staten afkomstige dividenden betaalde belasting in strijd is met de artikelen 56 EG en 58 EG.

74. OESF betoogt voorts dat deze regeling eveneens in strijd is met de artikelen 56 EG en 58 EG, omdat de beleggingsinstelling bij beleggingen in elk ander land dan Duitsland en Portugal een tegemoetkoming ontvangt om de dubbele belasting van de dividenden te voorkomen of te matigen.

72. De verwijzende rechter verklaart dat hij deze vraag aan het Hof voorlegt, omdat een

75. De Nederlandse regering zet uiteen, dat de litigieuze regeling in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. Volgens haar maakt deze regeling namelijk geen enkel onderscheid naar de oorsprong van de dividenden, omdat de teruggaaf van de Nederlandse belasting in feite een vrijstelling is, zodat beleggingsinstellingen noch over binnenlandse noch over buitenlandse

dividenden worden belast. De dubbele belasting die wordt geheven op dividenden uit Duitsland en Portugal vloeit in casu voort uit de uitoefening, door elk van deze lidstaten, van hun fiscale bevoegdheden. De onderhavige situatie is vergelijkbaar met die welke aanleiding heeft gegeven tot het arrest Kerckhaert en Morres, reeds aangehaald.

76. De Nederlandse regering vervolgt dat de omstandigheid dat de in Duitsland en Portugal geheven belasting, in tegenstelling tot de in andere lidstaten, zoals Italië, ingehouden bronheffingen, geen recht op een tegemoetkoming geeft, inherent is aan de inhoud van de bilaterale verdragen die met deze andere staten zijn gesloten, zodat de onderhavige situatie in dit opzicht vergelijkbaar is met die welke aanleiding heeft gegeven tot het arrest D., reeds aangehaald.

77. Ik onderschrijf het standpunt van de Nederlandse regering wat betreft het eerste deel van haar analyse. Anders dan OESF en de Commissie, denk ik niet dat de litigieuze belastingregeling in strijd met het gemeenschapsrecht moet worden geacht wanneer we de behandeling van dividenden uit Duitsland en Portugal in deze regeling vergelijken met die van dividenden uit Nederland.

78. Daarentegen deel ik wél het standpunt van OESF, dat de betrokken regeling in strijd is met de artikelen 56 EG en 58 EG voor zover zij dividenden uit Duitsland en Portugal minder gunstig behandelt dan dividenden uit andere lidstaten. Naar mijn mening kan de beperking van de in deze regeling opgenomen tegemoetkoming tot belastingen die aan de bron zijn ingehouden in andere lidstaten dan Duitsland en Portugal, niet worden beschouwd als een verschil in behandeling dat inherent is aan de bilaterale verdragen tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de lidstaten in de zin van het arrest D., reeds aangehaald.

79. Ik zal elk van deze punten achtereenvolgens bespreken.

80. Om te beginnen roep ik in herinnering, dat krachtens de litigieuze belastingregeling een beleggingsinstelling over haar winst wordt belast naar een nultarief, terwijl haar aandeelhouders worden belast over alle winst die zij aan hen uitkeert, ongeacht de herkomst daarvan, dus zowel over dividenden die zijn uitgekeerd door in Nederland gevestigde vennootschappen als over dividenden van buitenlandse herkomst. De aan een beleggingsinstelling door in Duitsland en Portugal gevestigde vennootschappen uitgekeerde winst maakt dus deel uit van de winst die in Nederland, bij uitkering ervan aan de aandeelhouders van deze instelling, wordt belast door middel van inhouding aan de bron door deze instelling.

81. Vaststaat eveneens dat de Nederlandse dividendbelasting, die aan de bron wordt ingehouden door in Nederland gevestigde vennootschappen, aan de beleggingsinstelling wordt gerestitueerd en dat deze instelling een tegemoetkoming van het Koninkrijk der Nederlanden ontvangt voor de belastingen die aan de bron zijn ingehouden in andere lidstaten dan Duitsland en Portugal.

82. In deze omstandigheden is het voor een beleggingsinstelling gunstiger om te beleggen in vennootschappen die in Nederland en andere lidstaten dan Duitsland en Portugal zijn gevestigd, dan in vennootschappen die in deze twee laatste staten zijn gevestigd. Terwijl namelijk dividenden uit Nederland slechts eenmaal bij de aandeelhouders worden belast en dividenden uit andere lidstaten dan Duitsland en Portugal recht geven op een tegemoetkoming ter zake van de aan de bron ingehouden belasting, blijven dividenden uit deze laatste twee staten dubbel belast.

83. Dit verschil in behandeling kan beleggingsinstellingen dan ook ontmoedigen om in Duitsland en Portugal te beleggen en kan een belemmering vormen voor het bijebrengen bij dergelijke instellingen, door in deze twee lidstaten gevestigde vennootschappen, van kapitaal in Nederland.

84. Overeenkomstig de rechtspraak zijn dergelijke beperkingen echter slechts in strijd met het bepaalde in de artikelen 56 EG en 58 EG voor zover zij het gevolg zijn van een zichtbare of verkapte discriminatie, dat wil zeggen voor zover zij voortvloeien uit één en dezelfde belastingregeling van een lidstaat die een verschillende regel toepast op vergelijkbare situaties of dezelfde regel op verschillende situaties.

85. Wanneer ik vergelijk hoe dividenden uit Duitsland en Portugal enerzijds en dividenden uit Nederland anderzijds in de litigieuze belastingregeling worden behandeld bij de beleggingsinstelling, constateer ik dat deze dividenden, ongeacht de herkomst ervan, door Nederland niet worden belast.

86. Zoals de Nederlandse regering namelijk opmerkt, komt de teruggaaf van de Nederlandse dividendbelasting, die als bronbelasting is geheven door in Nederland gevestigde uitkerende vennootschappen, er in werkelijkheid op neer dat de beleggingsinstelling van deze belasting wordt vrijgesteld. De inhouding aan de bron door voornoemde vennootschappen is namelijk slechts een wijze van inning van de door de dividendontvanger verschuldigde dividendbelasting.²⁸ Aangezien een beleggingsinstelling over haar

28 — Dit stelsel van inhouding aan de bron heeft volgens de Nederlandse regering tot doel om de over de dividenden te betalen inkomsten- of vennootschapsbelasting vervroegd te innen, teneinde elke verzwijging door aandeelhouders te voorkomen.

winst wordt belast naar een tarief van 0 %, is het logisch dat de inhouding die aan de bron heeft plaatsgevonden aan haar wordt gerestitueerd.²⁹

87. Insgelijks worden de dividenden die aan een dergelijke instelling worden uitgekeerd door in Duitsland en Portugal gevestigde vennootschappen, in Nederland niet belast bij deze instelling. In dit stadium behandelt het Nederlandse recht dividenden uit Duitsland en Portugal dus niet anders dan Nederlandse dividenden.

88. Wanneer we vervolgens de litigieuze belastingregeling bezien vanuit het perspectief van de aandeelhouders van een beleggingsinstelling, constateer ik dat zij in Nederland worden belast over alle winst die door deze instelling aan hen wordt uitgekeerd, zonder dat daarbij een onderscheid wordt gemaakt naar de herkomst van de door deze instelling ontvangen dividenden. In dit stadium bevat de regeling dus evenmin verschillende regels voor enerzijds dividenden uit Duitsland en Portugal en anderzijds dividenden uit Nederland.

89. Gelet op het voorgaande vloeit de omstandigheid dat dividenden uit Duitsland en Portugal zwaarder worden belast dan dividenden uit Nederland, niet voort uit een verschillende behandeling die valt toe te rekenen aan de belastingregeling van Nederland, maar uit de beslissing van de Duitse en de Portugese regering om OESF te belasten over de dividenden die aan haar zijn uitgekeerd door op hun respectieve grondgebied gevestigde vennootschappen.

90. De situatie in het onderhavige geval verschilt dus naar mijn mening van de situatie in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Manninen, reeds aangehaald, waarnaar de verwijzende rechter, OESF en de Commissie hebben verwezen. In die zaak verleende de Finse wettelijke regeling namelijk aan aldaar onbeperkt belastingplichtigen een belastingkrediet ter zake van dividenden die aan hen waren uitgekeerd door in die lidstaat gevestigde vennootschappen. Dit belastingkrediet had tot doel, dubbele economische belasting van die dividenden te voorkomen. De door de dividenduitkerende vennootschap verschuldigde vennootschapsbelasting werd daartoe verrekend met de door de aandeelhouder verschuldigde inkomstenbelasting.

91. Dit belastingkrediet onderscheidt zich in twee opzichten van het in casu in geding zijnde teruggaafstelsel.

92. Enerzijds heeft deze teruggaaf, zoals we hebben gezien, niet tot doel om de door

29 — De Nederlandse regering heeft in haar schriftelijke opmerkingen uiteengezet, dat haar wetgeving aanvankelijk voorzag in een vrijstelling van dividendbelasting. Wegens de zware administratieve belasting die het voor beleggingsinstellingen met zich bracht om vóór elke dividenduitkering haar situatie bij de uitkerende vennootschappen te melden, is deze vrijstelling nadien vervangen door het litigieuze stelsel.

in Nederland gevestigde vennootschappen verschuldigde vennootschapsbelasting in aanmerking te nemen, doch om een beleggingsinstelling vrij te stellen van dividendbelasting. Anderzijds voorzag de in de zaak Manninen centraal staande wettelijke regeling in een verschillende behandeling van vergelijkbare situaties, doordat het belastingkrediet was voorbehouden aan door nationale vennootschappen uitgekeerde dividenden terwijl een Finse aandeelhouder in Finland werd belast over de dividenden uit andere lidstaten en er geen enkele bepaling in het Finse recht was opgenomen om rekening te houden met de door uitkerende vennootschappen in het buitenland betaalde vennootschapsbelasting.

93. Voorts verschilt de vrijstelling waartoe de litigieuze regeling leidt, van de vrijstelling die in geding was in het arrest Verkooijen, reeds aangehaald, waarnaar OESF en de Commissie eveneens hebben verwezen. Daarin ging het namelijk om een vrijstelling van de inkomstenbelasting voor aan natuurlijke personen/aandeelhouders uitgekeerde dividenden, die afhankelijk was gesteld van de voorwaarde dat de dividenden werden uitgekeerd door in Nederland gevestigde vennootschappen.

94. Aangezien deze aandeelhouders in Nederland werden belast over alle dividenden die zij ontvingen, ook uit andere lidstaten, leverde de beperking van de

vrijstelling tot nationale dividenden wel degelijk een verschil in behandeling op tussen nationale dividenden en dividenden uit andere lidstaten.

95. Zoals we echter hebben gezien, behandelt de Nederlandse belastingregeling voor beleggingsinstellingen dividenden uit Nederland niet anders dan dividenden uit Duitsland en Portugal.

96. De vraag die in casu derhalve aan de orde is, is of het Koninkrijk der Nederlanden in een dergelijke situatie op basis van het gemeenschapsrecht verplicht was om in een tegemoetkoming te voorzien ter zake van de in Duitsland en Portugal ingehouden bronheffing, op grond dat dividenden uit Nederland niet dubbel werden belast.

97. Ik geloof niet dat het gemeenschapsrecht in een dergelijke situatie voorschrijft, dat Duitsland, Portugal of Nederland afziet van zijn heffingsbevoegdheid. Met de Nederlandse regering ben ik van mening dat de onderhavige situatie vergelijkbaar is met die welke aanleiding heeft gegeven tot het arrest Kerckhaert en Morres, reeds aangehaald.

98. Evenals in die zaak hebben we in casu te maken met een situatie waarin dividenden uit andere lidstaten in de betwiste nationale wetgeving identiek worden behandeld en, als gevolg van de uitoefening door deze staten van hun bevoegdheid om bronbelasting te heffen, dubbel worden belast. In voornoemd arrest heeft het Hof geoordeeld, dat de verdragsbepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer zich niet verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die, in het kader van de inkomstenbelasting, op dividenden van aandelen van in deze lidstaat gevestigde vennootschappen hetzelfde uniforme belastingtarief toepast als op dividenden van aandelen van in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen en niet voorziet in de mogelijkheid om de in die andere lidstaat aan de bron geheven belasting te verrekenen.

99. Volgens mij kan dit antwoord ook in casu worden toegepast. De omstandigheid dat het Koninkrijk der Nederlanden zowel de woonstaat van de belastingplichtige is, wanneer we de litigieuze regeling bezien vanuit het oogpunt van de belasting van de beleggingsinstellingen, als de bronstaat van de dividenden, vanuit het oogpunt van de belasting van de aandeelhouders van deze instellingen, doet hieraan niet af.

100. Daarentegen ben ik het niet eens met de Nederlandse regering, wanneer we de behandeling van dividenden uit Duitsland

en Portugal in de litigieuze belastingregeling vergelijken met die van dividenden uit andere lidstaten.

101. Zoals ik hierboven heb aangegeven, verzet het recht op vrij verkeer zich tegen elke wettelijke regeling van een lidstaat die zonder rechtvaardiging een andere regel toepast op identieke situaties of eenzelfde regel op verschillende situaties. Zoals blijkt uit het arrest van 12 september 2006, *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*³⁰, strekt dit verbod van discriminerende maatregelen zich niet alleen uit tot verschillen in behandeling tussen een ingezetene belastingplichtige die belegt in zijn woonstaat en een ingezetene belastingplichtige die in een andere staat van de Unie belegt, doch geldt het ook voor nationale maatregelen die in een gedifferentieerd stelsel tussen de lidstaten voorzien en die beleggingen in de ene staat van de Unie minder gunstig behandelen dan beleggingen in een andere lidstaat.

102. Zeker, in het arrest *D.*, reeds aangehaald, heeft het Hof geoordeeld dat het gemeenschapsrecht Nederland niet ertoe verplichtte om de bilaterale overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk België toe te passen ten gunste van *D.*, een in Duitsland wonende Duitse onderdaan. Bijgevolg kon hij in het kader van de in Nederland verschuldigde vermogensbelasting geen aanspraak maken

30 — C-196/04, *Jurispr. blz. I-7995*, punten 43-46.

op de belastingvrije som waarop een in België wonende en in zijn situatie verkerende belastingplichtige recht zou hebben gehad op basis van deze bilaterale overeenkomst.

103. In die zaak heeft het Hof het verschil in behandeling tussen D. en een in België wonende belastingplichtige niet in strijd met het gemeenschapsrecht geacht, omdat zij zich niet in dezelfde situatie bevonden. Het Hof baseerde dit oordeel op een dubbele constatering. Enerzijds viel laatstgenoemde belastingplichtige, als in België wonende natuurlijke persoon, binnen de werkingssfeer van de overeenkomst. Anderzijds was het feit dat de in deze overeenkomst voorziene wederkerige rechten en verplichtingen slechts voor ingezetenen van één van de beide overeenkomstsluitende lidstaten golden, een inherent gevolg van bilaterale verdragen tot vermindering van dubbele belasting. Het Hof leidde hieruit af dat de bepaling van de Belgisch-Nederlandse overeenkomst die aan een Belgische inwoner recht op een belastingvrije som geeft, niet kon worden beschouwd als een voordeel dat kan worden losgekoppeld van de rest van de overeenkomst, maar daarvan integrerend deel uitmaakt en bijdraagt tot het algehele evenwicht ervan.³¹

104. De handhaving van het evenwicht en van de wederkerigheid van bilateraal

aangegane verbintenissen rechtvaardigt derhalve, dat de werking van dergelijke overeenkomsten beperkt blijft tot de in die overeenkomst bedoelde natuurlijke en rechtspersonen. Gegeven dit vereiste is het aldus gecreëerde verschil in behandeling tussen onderdanen van verschillende lidstaten die, afgezien van de bepalingen van deze overeenkomsten, in dezelfde situatie verkeren, dan ook niet als discriminerend te beschouwen.

105. Aangezien de uitspraak in het arrest D., reeds aangehaald, dus een uitzondering op het beginsel van non-discriminatie lijkt te formuleren, moet zij naar mijn mening strikt worden uitgelegd. Om deze reden kan deze uitspraak volgens mij niet op het onderhavige geval worden toegepast.

106. Wanneer we namelijk de situatie vergelijken van een beleggingsinstelling die in Duitsland of Portugal belegt, met die van een beleggingsinstelling die in een andere lidstaat zoals Italië belegt, stel ik vast dat geen van beide beleggingsinstellingen onder een bilateraal verdrag tot vermindering van dubbele belasting valt.

107. De tegemoetkoming die de instelling die in Italië belegt, ontvangt ter zake van de broninhouding op uit deze staat afkomstige

³¹ — Arrest D., reeds aangehaald (punten 59-62). Het Hof heeft dezelfde toets toegepast in het arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, reeds aangehaald, bij de verschillende behandeling van niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen, een verschil dat voortvloeide uit het feit dat sommige van de verdragen tussen deze lidstaat en andere lidstaten voorzagen in een belastingkrediet voor de ingezetenen van de overeenkomstsluitende staten en andere niet (punten 84-91).

dividenden, vloeit dus niet voort uit de automatische toepassing van het bilaterale verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Italiaanse Republiek, maar uit een eenzijdig besluit van de Nederlandse regering om dit verdrag ook ten gunste van beleggingsinstellingen toe te passen. Men kan derhalve niet stellen dat het recht van dergelijke instellingen op verrekening van de aan de bron ingehouden belasting in een lidstaat die een bilateraal verdrag met het Koninkrijk der Nederlanden heeft gesloten, integrerend deel van dit verdrag uitmaakt en bijdraagt tot het algehele evenwicht ervan. De verruiming van het recht op een tegemoetkoming tot dividenden uit Duitsland en Portugal leidt er dan ook niet toe, dat het evenwicht en de wederkerigheid van de verbintenissen in de bilaterale verdragen van het Koninkrijk der Nederlanden in het gedrang komen.

109. Derhalve geef ik het Hof in overweging, op de eerste vraag, sub a, te antwoorden dat de artikelen 56 EG en 58 EG aldus moeten worden uitgelegd, dat zij zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat als de in geding zijnde Nederlandse regeling, die een aan een beleggingsinstelling te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door deze beleggingsinstelling ontvangen dividenden beperkt tot het bedrag dat een op het Nederlandse grondgebied wonende natuurlijke persoon op grond van een met de andere lidstaat gesloten verdrag tot vermijding van dubbele belasting zou hebben kunnen verrekenen.

b) Eerste vraag, sub b

108. In deze omstandigheden ben ik van mening dat het Hof de eerbiediging dient te verzekeren van het beginsel van non-discriminatie, dat de grondslag van de interne markt vormt en door de lidstaten in acht moet worden genomen in het kader van de uitoefening van hun bevoegdheden op fiscaal gebied. Vanaf het moment dat de Nederlandse wetgever besloot om aan beleggingsinstellingen een tegemoetkoming te verstrekken voor de op dividenden uit sommige lidstaten aan de bron ingehouden belasting, terwijl hij daartoe, zoals hij zelf heeft aangegeven, op grond van de met die staten gesloten bilaterale verdragen niet gehouden was, mocht hij dividenden uit andere lidstaten, zoals Duitsland en Portugal, niet van dit voordeel uitsluiten.

110. Met zijn eerste vraag, sub b, wil de verwijzende rechter in wezen vernemen of de artikelen 56 EG in 58 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die een aan een beleggingsinstelling te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door de beleggingsinstelling ontvangen dividenden beperkt, indien en voor zover de aandeelhouders van de beleggingsinstelling niet in Nederland wonende natuurlijke personen of aan de Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen lichamen zijn.

111. Met deze vraag wil deze rechter weten of de verlaging van de aan OESF toegekende tegemoetkoming naar evenredigheid van de deelneming in haar kapitaal door aandeelhouders die gevestigd of woonachtig zijn in andere lidstaten dan Nederland (België, Duitsland, Frankrijk, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk) en in derde landen (Verenigde Staten en Zwitserland), verenigbaar is met het vrije kapitaalverkeer.

112. De verwijzende rechter zet uiteen dat hij deze vraag aan het Hof stelt, omdat de beleggingsinstelling die in Nederland belegt, recht heeft op teruggaaf van de inhoudingen aan de bron op binnenlandse dividenden, ongeacht de woon- of vestigingsplaats van haar aandeelhouders.

113. In tegenstelling tot de Commissie acht ik de litigieuze regeling in dit opzicht niet in strijd met het gemeenschapsrecht. Zoals we hebben gezien in het kader van het onderzoek van de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van de eerste beperking, was het Koninkrijk der Nederlanden op grond van de vrijstelling van beleggingsinstellingen van de Nederlandse dividendbelasting niet verplicht om te voorzien in een stelsel van verrekening van inhoudingen aan de bron op buitenlandse dividenden.

114. Derhalve is de omstandigheid dat de aan een beleggingsinstelling toe te kennen

tegemoetkoming ter zake van de ingehouden bronheffing op dividenden uit andere landen wordt verlaagd naar evenredigheid van de deelneming in haar kapitaal door buitenlandse aandeelhouders, niet in strijd met het gemeenschapsrecht omdat deze instelling is vrijgesteld van de Nederlandse dividendbelasting ongeacht de woon- of vestigingsplaats van haar aandeelhouders.

115. Daarentegen ben ik van mening dat de litigieuze beperking in strijd is met artikelen 56 EG en 58 EG wanneer we de gevolgen daarvan voor de kapitaalbewegingen tussen een beleggingsinstelling en haar aandeelhouders onderzoeken.

116. In de eerste plaats namelijk perkt deze beperking die kapitaalbewegingen in. Een beleggingsinstelling waarvan de aandeelhouders alle in Nederland woonachtig of gevestigd zijn en die in het buitenland belegt, heeft namelijk recht op een tegemoetkoming voor de ingehouden bronheffing ter hoogte van de Nederlandse belasting die op buitenlandse dividenden van toepassing zou zijn. Daarentegen wordt de tegemoetkoming voor de beleggingsinstelling die ten dele buitenlandse aandeelhouders heeft, verlaagd naar evenredigheid van de deelneming van deze aandeelhouders in haar kapitaal.

117. Ik herinner er op dit punt aan, dat volgens de in geding zijnde belastingregeling

het bedrag van de aan de aandeelhouders uit te keren winst wordt berekend met inaanmerkingneming van de teruggaaf van de ingehouden bronheffing op de door in Nederland gevestigde vennootschappen uitgekeerde dividenden en met inaanmerkingneming van de tegemoetkoming voor de buitenlandse bronheffing op dividenden uit andere staten. Het aldus vastgestelde bedrag van de uit te keren winst wordt vervolgens verdeeld tussen de aandeelhouders van de beleggingsinstelling naar evenredigheid van hun deelneming in haar kapitaal, en deze aandeelhouders worden over deze dividenden belast in Nederland door middel van inhouding aan de bron door deze instelling.

beperkingen niet worden gerechtvaardigd door het feit dat de in het buitenland woonachtige of gevestigde aandeelhouders niet in dezelfde situatie verkeren als aandeelhouders die in Nederland woonachtig of gevestigd zijn. Zoals de verwijzende rechter namelijk onderstreept, worden alle aandeelhouders van beleggingsinstellingen in Nederland belast over de door deze instellingen uitgekeerde dividenden, ongeacht hun woon- of vestigingsplaats. Hieruit volgt dat een beleggingsinstelling die in het buitenland belegt en buitenlandse aandeelhouders heeft, in dit opzicht in dezelfde situatie verkeert als een beleggingsinstelling die in het buitenland investeert en waarvan de aandeelhouders alle in Nederland gevestigd of woonachtig zijn.

118. Hieruit volgt dat de beperking van de tegemoetkoming voor de buitenlandse belasting naar evenredigheid van de deelneming van buitenlandse aandeelhouders in het kapitaal van de betrokken beleggingsinstelling voor alle aandeelhouders ervan zonder onderscheid nadelig werkt, omdat het te verdelen totale winstbedrag daardoor lager uitvalt.

119. Deze beperking belemmert dus het bijeenbrengen van kapitaal in andere lidstaten en derde landen door beleggingsinstellingen en ontmoedigt buitenlandse beleggers om aandelen van deze instellingen te verwerven.

121. Bijgevolg behoorde het Koninkrijk der Nederlanden, overeenkomstig de rechtspraak zoals voortvloeiend uit de vernoemde arresten *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* en *Denkavit Internationaal* en *Denkavit France*, vanaf het moment dat het besloot om beleggingsinstellingen een tegemoetkoming ter zake van de in het buitenland ingehouden belasting te verstrekken en om de aandeelhouders van deze instellingen ongeacht hun woon- of vestigingsplaats te belasten, het recht op deze tegemoetkoming ook toe te kennen aan beleggingsinstellingen met niet-ingezeten aandeelhouders.³²

120. In tegenstelling voorts tot wat de Nederlandse regering stelt, kunnen deze

32 — Arrest *Denkavit Internationaal* en *Denkavit France*, reeds aangehaald (punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

122. Ik geef het Hof derhalve in overweging, de eerste vraag sub b aldus te beantwoorden dat de artikelen 56 EG en 850 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat zoals de in geding zijnde Nederlandse regeling, die een aan een beleggingsinstelling te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door de beleggingsinstelling ontvangen dividenden beperkt, indien en voor zover de aandeelhouders van de beleggingsinstelling niet in Nederland wonende natuurlijke personen of aan de Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen lichamen zijn.

3. Tweede reeks prejudiciële vragen

123. De verwijzende rechter zet uiteen dat hij zich voor twee vragen ziet gesteld.

124. Ten eerste vraagt hij zich af of er een onderscheid dient worden gemaakt tussen dividenden uit een lidstaat van de Gemeenschap of de Europese Economische Ruimte en dividenden uit een derde land. Deze vraag speelt in het hoofdgeding, omdat OESF gedurende het betrokken boekjaar dividenden heeft ontvangen van een in Zwitserland gevestigde vennootschap.

125. Ten tweede wil de verwijzende rechter weten, of het verbod van artikel 56 EG dezelfde omvang heeft met betrekking tot het kapitaalverkeer uit en naar derde landen als met betrekking tot het kapitaalverkeer binnen de EU en de EER. In het bijzonder wil hij een antwoord op de vraag, of dit artikel een lidstaat ertoe verplicht af te zien van een voordeel in het kader van het kapitaalverkeer met een derde land, terwijl dit derde land vermoedelijk niet gebonden is aan het Verdrag en dus niet gehouden is een soortgelijk offer te brengen. Wegens dit gebrek aan wederkerigheid is het de vraag, of beperkingen zouden kunnen worden gerechtvaardigd uit hoofde van redenen die binnen het intracommunautaire kader niet worden aanvaard.

126. Gelet hierop wenst de verwijzende rechter met zijn tweede vraag, sub b, te vernemen, of artikel 56 EG dezelfde omvang met betrekking tot het kapitaalverkeer naar en uit derde landen heeft als met betrekking tot het kapitaalverkeer binnen de Gemeenschap. Vervolgens wil hij met zijn tweede vraag, sub c, weten of, ingeval de vorige vraag ontkennend wordt beantwoord, artikel 56 EG zich verzet tegen de eerste beperking, voor zover deze bedoeld is om rekening te houden met in een derde land verrichte bronheffingen, welke beperking is gegrond op de omstandigheid dat de aandeelhouders van de betrokken instelling ook buitenlandse aandeelhouders omvatten.

127. Met zijn tweede vraag, sub a, wil de verwijzende rechter weten, of het begrip

„directe investeringen” in artikel 57, lid 1, EG, op grond van welke bepaling de lidstaten beperkingen inzake het kapitaalverkeer uit en naar derde landen die op 31 december 1993 bestaan en verband houden met dergelijke investeringen mogen handhaven, ook het houden van een pakket aandelen in een vennootschap omvat, indien de omvang van dat pakket de houder niet in staat stelt een bepalende invloed uit te oefenen op het bestuur van of op de controle over de vennootschap.

128. Tenslotte komen de derde vraag, sub b en c, erop neer of het voor het antwoord op de vorige vragen verschil maakt of de buitenlandse aandeelhouders van de betrokken beleggingsinstelling woonachtig of gevestigd is in een andere lidstaat of in een derde land waarmee de lidstaat van vestiging van de beleggingsinstelling een verdrag heeft dat voorziet in wederzijds verrekenen van de bronheffing op dividend.

129. Ik zal eerst de tweede vraag, sub b, onderzoeken, voor zover deze betrekking heeft op beleggingen van OESF in een derde land, en de tweede vraag, sub c en a, die uitsluitend verband houdt met deze beleggingen. Daarna zal ik de tweede vraag, sub b, bespreken, voor zover deze het feit in aanmerking neemt dat de aandeelhouders van OESF voor een deel in een derde land woonachtig of gevestigd zijn, en de derde vraag, sub b en c, die betrekking heeft op deze situatie.

130. De verwijzende rechter stelt de tweede vraag, sub a tot en met c, omdat OESF dividenden heeft ontvangen van een in Zwitserland gevestigde vennootschap. Naar mijn mening is deze vraag niet-ontvankelijk, omdat zij niet noodzakelijk is voor de oplossing van het geschil in het hoofdgeding. Uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens blijkt namelijk, dat de in Zwitserland ingehouden bronheffing op de aan OESF uitgekeerde dividenden uit dit land in aanmerking zijn genomen bij de berekening van de tegemoetkoming. Uit deze gegevens blijkt eveneens, dat de enige inhoudingen aan de bron die niet in aanmerking zijn genomen, hebben plaatsgevonden in lidstaten, dat wil zeggen Duitsland en Portugal.

131. Overeenkomstig de rechtspraak³³ ben ik dan ook van mening dat de tweede vraag, sub b, voor zover zij betrekking heeft op de beleggingen van OESF in Zwitserland, noch de tweede vraag, sub c en a, die specifiek betrekking heeft op deze beleggingen, hoeft te worden beantwoord.

132. Thans zal ik de tweede vraag, sub b, onderzoeken voor zover zij betrekking heeft op de deelneming van in derde landen gevestigde of woonachtige aandeelhouders in het kapitaal van OESF, en de derde vraag, sub b en c.

³³ — Zie, onder meer, arrest Lenz, reeds aangehaald (punt 52), en arrest van 21 februari 2006, Ritter-Coulais (C-152/03, Jurispr. blz. I-1711, punt 15 en aangehaalde rechtspraak).

133. Gelet op de redenen waarom de verwijzende rechter deze vragen stelt, geef ik het Hof in overweging deze vragen gezamenlijk te onderzoeken en ze aldus te begrijpen, of de betrokken beperkingen kunnen worden gerechtvaardigd door de omstandigheid dat een deel van de aandeelhouders van de betrokken beleggingsinstelling niet woonachtig of gevestigd is in een andere lidstaat of in een derde land waarmee de lidstaat van vestiging van deze instelling een verdrag heeft dat voorziet in wederzijds verrekenen van de bronheffing op dividend.

134. Inderdaad heeft het Hof, zoals ik hiervoor in herinnering heb geroepen, erkend dat niet kan worden uitgesloten dat een beperking van het kapitaalverkeer naar of vanuit derde landen om een bepaalde reden gerechtvaardigd is, terwijl diezelfde reden een beperking van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten in dezelfde omstandigheden niet zou kunnen rechtvaardigen.

135. Het Hof heeft aanwijzingen gegeven met betrekking tot de redenen die dit kunnen zijn. Deze redenen vloeien voort uit het feit dat een derde staat niet gebonden is aan het gemeenschapsrecht, inzonderheid niet aan de verplichtingen tot samenwerking op het gebied van de verstrekking van inlichtingen en de verlening van bijstand bij de invordering. De Nederlandse regering stelt dat

deze redenen ook kunnen worden ontleend aan het ontbreken van wederkerigheid bij de naleving van de verplichtingen van artikel 56 EG.

136. Hoe dan ook denk ik niet, dat de litigieuze beperkingen in de onderhavige omstandigheden kunnen worden gerechtvaardigd door een reden die eigen is aan het kapitaalverkeer met derde landen. Zoals ik hiervoor heb uiteengezet, hebben de litigieuze beperkingen immers tot gevolg, dat de totale winst die tussen de aandeelhouders ongeacht hun woon- of vestigingsplaats kan worden verdeeld, wordt verlaagd, zodat deze aandeelhouders zonder onderscheid worden benadeeld. Bovendien volgt uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens, dat een deel van de buitenlandse aandeelhouders van OESF gedurende het betrokken boekjaar in andere lidstaten woonachtig of gevestigd was.

137. Gesteld dus dat de litigieuze beperkingen konden worden gerechtvaardigd om een reden die eigen is aan het kapitaalverkeer naar of vanuit derde landen, indien alle aandeelhouders van de betrokken beleggingsinstelling in een derde land woonachtig of gevestigd waren, dan nog kan een dergelijke rechtvaardigingsgrond in casu niet in aanmerking worden genomen.

138. Ik stel dan ook voor om de tweede vraag, sub b, en de derde vraag, sub b en c, aldus te

beantwoorden, dat de betrokken beperkingen niet kunnen worden gerechtvaardigd door de omstandigheid dat een deel van de aandeelhouders van de betrokken beleggingsinstelling niet woonachtig of gevestigd is in een andere lidstaat of in een derde land waarmee de lidstaat van vestiging van deze instelling een verdrag heeft dat voorziet in wederzijds verrekenen van de bronheffing op dividend.

4. De derde vraag, sub a

139. Met zijn derde vraag, sub a, wenst de verwijzende rechter te vernemen of het voor het antwoord op de vorige vragen verschil maakt of de belasting die in een ander land is ingehouden op uit dat land ontvangen dividend, hoger is dan de belasting waaraan de dooruitdeling van dat dividend aan buitenlandse aandeelhouders is onderworpen in de lidstaat van vestiging van de beleggingsinstelling.

140. Hij stelt deze vraag, omdat het tarief van de in Portugal ingehouden bronheffing op de aan OESF uitgekeerde dividenden uit die lidstaat 17,5 % bedroeg, terwijl het tarief van de ingehouden bronheffing in Nederland op de aan de aandeelhouders van OESF uitgekeerde dividenden 15 % bedraagt.

141. Volgens mij is deze omstandigheid niet van invloed op de antwoorden die ik heb voorgesteld op de eerste reeks prejudiciële vragen.

142. Immers, wat de eerste beperking betreft, hangt de door het Koninkrijk der Nederlanden toegekende tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat dan Duitsland en Portugal ingehouden bronheffing niet af van het tarief van deze inhoudingen. De in Portugal ingehouden bronheffing moet derhalve op gelijkwaardige wijze worden behandeld en recht geven op een tegemoetkoming, ongeacht het feit dat het tarief daarvan hoger is dan het tarief van de Nederlandse voorheffing op de aan de aandeelhouders uitgekeerde dividenden.³⁴

143. Dezelfde redenering gaat op voor de tweede beperking. De tegemoetkoming die wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing wordt verstrekt aan een

34 — Ik teken hierbij aan dat, in tegenstelling tot wat OESF ter terechtzitting heeft gesteld, de Nederlandse regering niet verplicht is haar het totaalbedrag van de in Portugal betaalde belasting terug te betalen indien de litigieuze belastingregeling, zoals ik haar opvat, de tegemoetkoming wegens ingehouden bronheffing op dividenden uit het buitenland beperkt tot het bedrag van de Nederlandse belasting dat aan deze dividenden toerekenbaar zou zijn. De in Portugal ingehouden bronheffing moet in dezelfde omstandigheden als inhoudingen in andere lidstaten recht op een tegemoetkoming geven.

beleggingsinstelling waarvan alle aandeelhouders woonachtig of gevestigd zijn in Nederland, hangt evenmin af van het tarief van deze bronheffing. Een beleggingsinstelling waarvan het kapitaal geheel of gedeeltelijk in handen is van buitenlandse aandeelhouders, moet dus in aanmerking komen voor deze tegemoetkoming, ongeacht het tarief van de bronheffing in de lidstaat waaruit de dividenden afkomstig zijn.

144. Ik stel dan ook voor de derde vraag, sub a, aldus te beantwoorden, dat het voor het antwoord op de voorgaande vragen geen verschil maakt of de belasting die in een andere lidstaat is ingehouden op uit dat land ontvangen dividend, hoger is dan de belasting waaraan de dooruitdeling van dat dividend aan buitenlandse aandeelhouders is onderworpen in de lidstaat van vestiging van de beleggingsinstelling.

V — Conclusie

145. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de door de Hoge Raad der Nederlanden gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„1) De artikelen 56 EG en 58 EG moeten aldus worden uitgelegd, dat zij zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat als de in geding zijnde Nederlandse regeling, die een aan een beleggingsinstelling te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door deze beleggingsinstelling ontvangen dividenden beperkt, enerzijds tot het bedrag dat een op het Nederlandse grondgebied wonende natuurlijke persoon op grond van een met de andere lidstaat gesloten verdrag tot vermijding van dubbele belasting zou hebben kunnen verrekenen, en deze anderzijds beperkt indien en voor zover de aandeelhouders van de beleggingsinstelling niet in Nederland wonende natuurlijke personen of aan de Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen lichamen zijn.

- 2) Deze beperkingen van het vrije kapitaalverkeer kunnen niet worden gerechtvaardigd door de omstandigheid dat een deel van de aandeelhouders van de betrokken beleggingsinstelling niet woonachtig of gevestigd is in een andere lidstaat of in een derde land waarmee de lidstaat van vestiging van deze instelling een verdrag heeft dat voorziet in wederzijds verrekenen van de bronheffing op dividend.

- 3) Voor het antwoord op de voorgaande vragen maakt het geen verschil of de belasting die in een andere lidstaat is ingehouden op uit dat land ontvangen dividend, hoger is dan de belasting waaraan de dooruitdeling van dat dividend aan buitenlandse aandeelhouders is onderworpen in de lidstaat van vestiging van de beleggingsinstelling.”