



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
P. CRUZ VILLALÓN  
van 7 november 2013<sup>1</sup>

**Zaak C-47/12**

**Kronos International Inc.  
tegen  
Finanzamt Leverkusen**

[verzoek van het Finanzgericht Köln (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Vrijheid van vestiging — Vrij verkeer van kapitaal — Belastingwetgeving — Vennootschapsbelasting — Dividendbelasting — Werkingsfeer van artikel 49 VWEU respectievelijk artikel 63 VWEU — Nationale regeling die zonder onderscheid van toepassing is op zeggenschapsdeelnemingen en beleggingsdeelnemingen — Bepalingen tot voorkoming van dubbele dividendbelasting — Vrijstellingsregeling voor buitenlandse dividenden — Verrekeningsregeling voor binnenlandse dividenden — Verschil in behandeling van verlies van moedermaatschappij — Beperking — Rechtvaardigingsgronden — Verdeling van heffingsbevoegdheid tussen lidstaten — Algehele samenhang van stelsel”

1. Het Hof wordt nogmaals verzocht prejudicieel uitspraak te doen over de verenigbaarheid van een nationale regeling met het recht van de Unie, meer bepaald de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal. Het betreft in casu een regeling inzake de vennootschapsbelasting waarbij aan ingezeten moedermaatschappijen uitgekeerde dividenden aan verschillende belastingregelingen zijn onderworpen, naargelang de dividenden uit het binnenland dan wel het buitenland afkomstig zijn.
2. Het Hof moet allereerst vaststellen welke vrijheid op het hoofdeding van toepassing is, ermee rekening houdend dat de betrokken ingezeten vennootschap is geregistreerd in de Verenigde Staten van Amerika, haar deelnemingen in haar verschillende dochterondernemingen meer dan 90 % bedragen en de nationale regeling van toepassing is op alle deelnemingen van meer dan 10 %. Het Hof zal aldus zijn zeer uitgebreide rechtspraak inzake de bepaling van de vrijheid die van toepassing is op de fiscale behandeling van dividenden, verder moeten uitwerken.
3. Het Hof moet vervolgens onderzoeken of de nationale regeling die in het hoofdeding aan de orde is<sup>2</sup>, verenigbaar is met de Verdragsbepalingen. Deze regeling heeft tot doel te voorkomen dat aan ingezeten vennootschappen uitgekeerde dividenden opeenvolgend of economisch dubbel worden belast, door buitenlandse dividenden – waarover trouwens vaak bronbelasting wordt geheven – van belasting vrij te stellen en de belasting over binnenlandse dividenden daarentegen te verrekenen.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Het Hof heeft al bepaalde aspecten van deze regeling kunnen onderzoeken; zie arresten van 6 maart 2007, Meilicke e.a. (C-292/04, Jurispr. blz. I-1835), en 30 juni 2011, Meilicke e.a. (C-262/09, Jurispr. blz. I-5669).

4. Het Hof heeft zich weliswaar al kunnen uitspreken over dit soort vragen, maar in situaties waarin, anders dan in het hoofdgeding, de binnenlandse dividenden waren vrijgesteld en de buitenlandse dividenden waren onderworpen aan een verrekeningsregeling<sup>3</sup> of daarvoor in aanmerking hadden moeten komen<sup>4</sup>.

5. De onderhavige zaak bevat echter een moeilijkheid die haar onderscheidt van de zaken die tot nu toe door het Hof zijn onderzocht. Hetgeen in het hoofdgeding wordt betwist, is niet zozeer de dualiteit van de regelingen die van toepassing zijn op de dividenden, als wel de gevolgen die de toepassing ervan kan hebben ingeval de ingezetene ontvangende vennootschap verlies lijdt. Het Hof moet zich dus hier buigen over een probleem dat op het kruispunt ligt van zijn al zeer uitgebreide rechtspraak inzake de fiscale behandeling van dividenden en zijn rechtspraak inzake de behandeling van verliezen<sup>5</sup>, maar dan in een context die zich tot op heden nog niet heeft voorgedaan.

## I – Toepasselijke bepalingen

### A – *Dubbelbelastingverdragen*

6. De verschillende relevante bilaterale verdragen die van kracht waren in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingjaren en door de Bondsrepubliek Duitsland waren gesloten met respectievelijk het Koninkrijk België, het Koninkrijk Denemarken, de Franse Republiek, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en Canada, bepaalden alle, in het algemeen, dat de dividenden die door dochterondernemingen werden uitgekeerd aan een in Duitsland gevestigde moedermaatschappij, vanaf een deelneming die varieerde tussen 10 % en 25 %, niet in Duitsland, maar in de vestigingsstaat van de dochterondernemingen belastbaar waren.

### B – *Duitse regeling*

7. § 49, lid 1, van het Körperschaftsteuergesetz (Duitse wet op de vennootschapsbelasting)<sup>6</sup> verwijst naar de bepalingen van het Einkommensteuergesetz (Duitse wet op de inkomstenbelasting)<sup>7</sup> wat de heffing van de vennootschapsbelasting betreft, met inbegrip van de verrekeningsregeling.

8. § 36, lid 2, punt 3, EStG, die de regeling van zogenaamde „volledige verrekening” bevat, luidt:

„[...] De volgende bedragen worden verrekend met de inkomstenbelasting:

3. de vennootschapsbelasting van een in de vennootschapsbelasting onbeperkt belastingplichtige vennootschap of vereniging ter hoogte van 3/7 van de inkomsten in de zin van § 20, lid 1, punt 1 of 2, voor zover deze niet afkomstig zijn van dividenduitkeringen waarvoor gebruik is gemaakt van eigen vermogen in de zin van § 30, lid 2, punt 1, van de wet op de vennootschapsbelasting. Dit geldt tevens voor de inkomsten in de zin van § 20, lid 2, punt 2, sub a, die zijn verkregen uit de eerste overdracht, door de vennoot, van coupons of andere

3 — Zie arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, Jurispr. blz. I-11753; hierna: „arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation I*”); beschikking van 23 april 2008, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation* (C-201/05, Jurispr. blz. I-2875); arresten van 23 april 2009, *Commissie/Griekenland* (C-406/07), en 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11; hierna: „arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II*”).

4 — Zie arrest van 10 februari 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen* (C-436/08 en C-437/08, Jurispr. blz. I-305).

5 — Zie met name arresten van 16 juli 1998, *ICI* (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695); 8 maart 2001, *Metallgesellschaft e.a.* (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727); 13 december 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837); 15 mei 2008, *Lidl Belgium* (C-414/06, Jurispr. blz. I-3601); arrest *Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen*, reeds aangehaald; arresten van 6 september 2012, *Philips Electronics UK* (C-18/11, en 21 februari 2013, A (C-123/11).

6 — Hierna: „KStG”.

7 — Hierna: „EStG”.

rechten; in deze gevallen bedraagt de verrekenbare vennootschapsbelasting maximaal 3/7 van het bedrag dat is uitgekeerd voor de overgedragen rechten. De vennootschapsbelasting wordt niet verrekend:

[...]

f) wanneer de inkomsten niet zijn meegerekend bij de vaststelling van de heffingsgrondslag;

[...]”

9. De verwijzende rechter wijst er overigens op dat de buitenlandse dividenden in Duitsland ook van vennootschapsbelasting waren vrijgesteld krachtens § 26, lid 7, KStG, in de tot 1993 geldende versie, en § 8 b, lid 5, KStG, in de tussen 1994 en 2000 geldende versie.

## II – Aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten

10. Kronos International Inc.<sup>8</sup>, verzoekster in het hoofdgeding, is een holding die in 1988 is opgericht naar het recht van de staat Delaware (Verenigde Staten) en statutair in deze staat is gevestigd. Haar bestuurszetel is gelegen in Duitsland, waar de vennootschap met een filiaal is ingeschreven in het handelsregister.

11. Zij is opgericht om als enige het bestuur waar te nemen van verschillende Europese en Canadese vennootschappen, die zij moest overnemen van NL Industries Inc. (USA). Sinds 1989 bezit zij 99,95 % van de aandelen in de Duitse vennootschap Kronos Titan GmbH, alsmede directe en indirecte deelnemingen in meerdere vennootschappen. Het deelnemingspercentage varieerde tussen 1991 en 2001, de jaren die in het hoofdgeding aan de orde zijn, tussen 90 % en 100 %.

12. Zo bezat KII tussen 1991 en 2001 100 % van het kapitaal van Kronos Canada Inc. en van het kapitaal van Kronos UK Ltd., alsmede een deelneming van tussen 92,941 % en 93,771 % van het kapitaal van de Société Industrielle Titane (Frankrijk).

13. Tussen 1999 en 2001 bezat zij ook 100 % van het kapitaal van Kronos Denmark APS, door middel waarvan zij zeggenschap had over 99,99 % van het kapitaal van Kronos Europa SA/NV (België) en 100 % van het kapitaal van Kronos Norge (Noorwegen) in 2000 en 2001.

14. Het hoofdgeding betreft de vennootschapsbelasting die KII in Duitsland verschuldigd was over de jaren 1991 tot en met 2001, en meer bepaald de onmogelijkheid voor KII om de vennootschapsbelasting die door haar in andere lidstaten of derde landen gevestigde (klein)dochterondernemingen was betaald, te verrekenen met de in Duitsland verschuldigde vennootschapsbelasting en om in voorkomend geval in Duitsland teruggave van deze belasting krijgen ingeval zij verlies heeft geleden.

15. Tussen 2004 en 2010 zijn KII belastingaanslagen opgelegd voor de vennootschapsbelasting die verschuldigd was over de jaren 1991 tot en met 2001. KII heeft 4 190 788,57 EUR vennootschapsbelasting betaald over 1991 en 2 050 183,81 EUR over 1992. De vennootschap heeft echter geen vennootschapsbelasting betaald tussen 1993 en 2001, omdat zij toen verlies had geleden.

16. KII heeft in deze context verzocht om de verrekening met de vennootschapsbelasting die zij in Duitsland moest betalen, en de teruggave van de belasting die haar in andere lidstaten (België, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk) of derde landen (Canada, Noorwegen) gevestigde (klein)dochterondernemingen hadden betaald tussen 1991 en 2001.

<sup>8</sup> — Hierna: „KII”.

17. Bij beslissing van 15 december 2005 heeft het Finanzamt Leverkusen dat verzoek afgewezen op basis van § 36, lid 2, punt 3, sub f, EStG, juncto § 49, lid 1, KStG, die bepalen dat de vennootschapsbelasting over dividenden slechts kan worden verrekend indien deze dividenden zijn meegerekend als belastbare inkomsten. Aangezien de buitenlandse dividenden zijn vrijgesteld, kunnen ze niet als belastbare inkomsten in aanmerking worden genomen.

18. Bij beslissing van 10 januari 2007 heeft het Finanzamt Leverkusen het bezwaar afgewezen dat KII had gemaakt tegen de aanslag met de specificatie en de verrekening van het belastingtegoed voor de vennootschapsbelasting over het belastingjaar 1994.

19. Op 7 februari 2007 heeft KII alsdan beroep tot nietigverklaring van deze beslissing ingediend bij het Finanzgericht Köln, alsook beroep wegens nalaten met betrekking tot de specificatie van de vennootschapsbelasting over de belastingjaren 1991 tot en met 1993 en 1995 tot en met 2001.

### III – Prejudiciële vragen en procesverloop voor het Hof

20. Daarop heeft het Finanzgericht Köln de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- „1) Valt de uitsluiting van de verrekening van vennootschapsbelasting als gevolg van de belastingvrijstelling van dividenduitkeringen door in een derde land gevestigde kapitaalvennootschappen aan Duitse kapitaalvennootschappen, waarvoor de nationale bepalingen slechts als voorwaarde stellen dat de ontvangende vennootschap voor ten minste 10 % deelneemt in de uitkerende vennootschap, enkel onder de vrijheid van vestiging in de zin van de artikelen 49 VWEU juncto 54 VWEU of ook onder het vrij verkeer van kapitaal in de zin van de artikelen 63 tot en met 65 VWEU, wanneer de deelneming van de ontvangende kapitaalvennootschap daadwerkelijk 100 % bedraagt?
- 2) Moeten de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging (thans artikel 49 VWEU) en in voorkomend geval ook die inzake het vrije verkeer van kapitaal (tot 1993 artikel 67 EEG-Verdrag/EG-Verdrag, thans de artikelen 63 VWEU tot en met 65 VWEU) aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een regeling die, ingeval dividenden van buitenlandse dochterondernemingen van belasting zijn vrijgesteld, verrekening en teruggave van de vennootschapsbelasting over deze dividenduitkeringen ook uitsluit ingeval de moedermaatschappij verlies lijdt, terwijl voor dividenduitkeringen door binnenlandse dochterondernemingen is voorzien in een belastingvermindering in de vorm van verrekening van de vennootschapsbelasting?
- 3) Moeten de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging (thans artikel 49 VWEU) en in voorkomend geval ook die inzake het vrije verkeer van kapitaal (tot 1993 artikel 67 EEG-Verdrag/EG-Verdrag, thans de artikelen 63 VWEU tot en met 65 VWEU) aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een regeling die verrekening en teruggave uitsluit van vennootschapsbelasting over door (achter)kleindochterondernemingen uitgekeerde dividenden die in het vestigingsland van de dochteronderneming van belasting zijn vrijgesteld, (verder) zijn uitgekeerd aan de binnenlandse moedermaatschappij en in Duitsland eveneens van belasting zijn vrijgesteld, maar in zuiver binnenlandse situaties, in voorkomend geval door middel van verrekening van de vennootschapsbelasting over dividenden van de kleindochteronderneming bij de dochteronderneming en verrekening van de vennootschapsbelasting over dividenden van de dochteronderneming bij de moedermaatschappij, teruggave mogelijk maakt ingeval de moedermaatschappij verlies lijdt?

- 4) Voor het geval dat ook de bepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal van toepassing zijn, rijst – afhankelijk van het antwoord op de tweede vraag – met betrekking tot de Canadese dividenden een bijkomende vraag:

Moet het huidige artikel 64, lid 1, VWEU aldus worden opgevat dat deze bepaling toestaat dat de Bondsrepubliek Duitsland toepassing blijft geven aan de sinds 31 december 1993 inhoudelijk in wezen ongewijzigde bepalingen van nationaal recht en van dubbelbelastingverdragen, en derhalve ook de verrekening van Canadese vennootschapsbelasting over in Duitsland van belasting vrijgestelde dividenden blijft uitsluiten?”

21. Verzoekster en verweerder in het hoofdgeding, de Duitse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk, alsmede de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

22. Verzoekster en verweerder in het hoofdgeding, de Duitse regering, alsmede de Commissie hebben ter terechtzitting van 16 mei 2013 hun standpunt tevens mondeling toegelicht.

#### **IV – Voorafgaande opmerking**

23. De vier prejudiciële vragen die door de verwijzende rechter zijn gesteld, werpen in het algemeen twee duidelijk onderscheiden problemen op die achtereenvolgens zullen worden behandeld. Het eerste probleem, dat in de eerste vraag aan de orde is, betreft de vraag welke vrijheid op het geding van toepassing is. Het tweede probleem betreft de vraag of de Duitse regeling verenigbaar is met de toepasselijke vrijheid en komt aan bod in de tweede, de derde en de vierde vraag.

#### **V – Vrijheden die in het hoofdgeding kunnen worden aangevoerd en van toepassing zijn (eerste vraag)**

24. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of de regeling van een lidstaat (de Bondsrepubliek Duitsland) die van toepassing is op de belasting van dividenden die zijn uitgekeerd aan vennootschappen in die lidstaat („Duitse kapitaalvennootschappen”) door in een derde land gevestigde dochterondernemingen („kapitaalvennootschappen uit een derde land”), uitsluitend valt onder de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU, inzake de vrijheid van vestiging, of tevens onder de artikelen 63 VWEU tot en met 65 VWEU, inzake het vrije verkeer van kapitaal, waarbij voor ogen moet worden gehouden dat, ten eerste, deze regeling van toepassing is op alle deelnemingen van meer dan 10 % en, ten tweede, de betrokken deelneming daadwerkelijk 100 % bedraagt.

25. Vooruitlopend op mijn verdere uiteenzetting, kan ik nu al preciseren dat de eerste vraag, zoals door de verwijzende rechter geformuleerd, moet kunnen worden beantwoord aan de hand van de rechtspraak van het Hof, in casu namelijk het arrest van 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation II*<sup>9</sup>.

26. Het Hof heeft namelijk, zoals ik hierna zal aantonen, in zeer duidelijke bewoordingen in dat arrest geoordeeld dat, aangezien de vrijheid van vestiging *ratione loci* niet van toepassing is op een nationale regeling betreffende de fiscale behandeling van dividenden die aan een in een lidstaat ingezeten vennootschap zijn uitgekeerd door een dochtervennootschap die ingezetene is van een derde

9 — Reeds aangehaald (punten 88-104).

land<sup>10</sup>, het vrije verkeer van kapitaal van toepassing moet zijn, mits geen sprake is van misbruik, voor zover deze regeling zonder onderscheid van toepassing is op deelnemingen waarmee een zekere invloed kan worden uitgeoefend op de besluiten van een vennootschap en haar activiteiten kunnen worden bepaald („de zeggenschapsdeelnemingen”) en op deelnemingen die enkel als belegging zijn genomen, zonder dat het de bedoeling is het bestuur en de zeggenschap over de onderneming te beïnvloeden („de beleggingsdeelnemingen”).

27. De vraag welke vrijheid in het hoofdgeding van toepassing is, rijst niet alleen ten aanzien van de dividenden die aan KII zijn uitgekeerd door haar in een derde land gevestigde dochteronderneming, hetgeen ik voor het gemak de „extracommunautaire dimensie” van het hoofdgeding zal noemen, maar ook ten aanzien van de dividenden die aan KII zijn uitgekeerd door haar dochterondernemingen die zijn gevestigd in andere lidstaten, dan wel in staten die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992<sup>11</sup>, de „intracommunautaire dimensie” van het hoofdgeding, ook al heeft de verwijzende rechter gemeend het Hof op dat punt geen vraag te hoeven stellen. De reden hiervoor is de volgende.

28. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is de vrijheid van vestiging in beginsel bij uitsluiting van toepassing op de intracommunautaire dimensie van het hoofdgeding. Anders dan in de prejudiciële vragen van de verwijzende rechter lijkt te worden gesteld, kan KII wegens haar „nationaliteit” geen beroep doen op de vrijheid van vestiging, noch ten aanzien van haar dochterondernemingen die in derde landen zijn gevestigd, noch ten aanzien van haar dochterondernemingen die zijn gevestigd in andere lidstaten of in staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst.

29. Het Hof wordt hier dus geconfronteerd met de vraag of, in lijn met zijn arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* en in het licht van de ratio legis van de oplossing waarvoor het Hof in die zaak heeft gekozen, het vrije verkeer van kapitaal niet alleen op de extracommunautaire maar ook op de intracommunautaire dimensie van het hoofdgeding van toepassing moet zijn.

30. Zoals ik zal proberen aan te tonen, moet deze vraag bevestigend worden beantwoord. Aangezien de vrijheid van vestiging *ratione personae* niet van toepassing is op een nationale regeling betreffende de fiscale behandeling van dividenden die aan een in een lidstaat gevestigde vennootschap zijn uitgekeerd door een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming, moet het vrije verkeer van kapitaal van toepassing zijn, mits geen sprake is van misbruik, voor zover deze regeling zonder onderscheid van toepassing is op de zeggenschapsdeelnemingen en de beleggingsdeelnemingen.

31. Dit alles vergt nader onderzoek.

10 — Ik herinner eraan dat het Hof in zijn advies 1/94 van 15 november 1994 (Jurispr. blz. I-5267, punt 81) heeft benadrukt dat het hoofdstuk van het Verdrag betreffende het recht van vestiging enkel beoogt de vrijheid van vestiging te waarborgen aan onderdanen, natuurlijke en rechtspersonen, van de lidstaten. Dit hoofdstuk bevat geen enkele bepaling waarbij de werkingssfeer van zijn bepalingen wordt uitgebreid tot situaties buiten de Europese Unie. De vrijheid van vestiging kan derhalve noch worden aangevoerd in een context waarin een rechtspersoon uit een derde land een deelneming bezit waarmee hij een beslissende invloed kan uitoefenen op de besluiten en activiteiten van een vennootschap uit een lidstaat [zie met name beschikking van 10 mei 2007, *Lasertec* (C-492/04, Jurispr. blz. I-3775, punten 15-28)], noch in situaties waarin een vennootschap van een lidstaat zich in een derde land vestigt [zie met name beschikking van 10 mei 2007, A en B (C-102/05, Jurispr. blz. I-3871, punten 19-30)].

11 — PB 1994, L 1, blz. 3; hierna: „EER-Overeenkomst”.

*A – De vrijheid die van toepassing is op de extracommunautaire dimensie van het hoofdgeding*

32. In zijn arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II*<sup>12</sup>, waarvan moet worden benadrukt dat het is geweest nadat het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is ingekomen bij het Hof, heeft het Hof een vraag die erg lijkt op de eerste vraag van de verwijzende rechter en in een vergelijkbare context is gesteld, bevestigend beantwoord<sup>13</sup>, onder voorbehoud van het geval dat sprake is van rechtsmisbruik.<sup>14</sup>

33. Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat een in een lidstaat gevestigde vennootschap die een zeggenschapsdeelneming bezit in een in een derde land gevestigde vennootschap, zich kon beroepen op artikel 63 VWEU om te betwisten dat een wettelijke regeling van deze lidstaat betreffende de fiscale behandeling van uit dat derde land afkomstige dividenden die van toepassing was op zeggenschapsdeelnemingen en beleggingsdeelnemingen, verenigbaar was met deze bepaling.<sup>15</sup>

34. Op dit punt moet worden benadrukt dat het Hof in het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* omgaat en een nieuwe benadering volgt om vast te stellen welke vrijheid van toepassing is op de nationale regelingen betreffende de fiscale behandeling van dividenden, op uitdrukkelijke wijze voor wat specifiek de extracommunautaire situaties betreft.

1. De kentering in de rechtspraak die is ingezet met het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* in extracommunautaire situaties

35. Tot het moment waarop het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* is geweest, moest, zoals het Hof overigens uiteenzet in de punten 89 tot en met 92, bij de vraag onder welke vrijheid de fiscale behandeling van dividenden viel, rekening worden gehouden met zowel het voorwerp van de wettelijke regeling (juridisch criterium) als de feitelijke situatie (feitelijk criterium).

36. Bijgevolg moest de betrokken nationale regeling, indien zij enkel gold voor de zeggenschapsdeelnemingen, in beginsel uitsluitend aan de vrijheid van vestiging worden getoetst.<sup>16</sup>

37. Indien de nationale regeling van toepassing was op de beleggingsdeelnemingen, moest zij, in beginsel ook uitsluitend, aan het vrije verkeer van kapitaal worden getoetst.

38. Indien de nationale regeling daarentegen ongeacht de omvang van de aangehouden deelneming van toepassing was, dat wil zeggen op zowel zeggenschapsdeelnemingen als beleggingsdeelnemingen, kon dus niet enkel op basis van het voorwerp van de regeling worden vastgesteld of zij overwegend onder de ene dan wel de andere vrijheid viel en moest toepassing worden gemaakt van het feitelijke criterium.

12 — Reeds aangehaald (punten 88-104).

13 — Het betreft in casu de vierde prejudiciële vraag. Zie punten 30 en 31, alsmede 88-104.

14 — Zie punt 100.

15 — Zie punt 104 en punt 4 van het dictum.

16 — Het Hof stelt soms alleen vast dat de betrokken nationale regeling slechts betrekking heeft op „relaties binnen een groep van vennootschappen”, maar het idee blijft hetzelfde, namelijk dat de betreffende regeling onder de vrijheid van vestiging valt voor zover zij, gelet op het voorwerp ervan, deze vrijheid op beslissende wijze beïnvloedt. In lijn met deze rechtspraak, afgeleid van punt 32 van het arrest van 12 september 2006, *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995), en punt 118 van het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation I*, reeds aangehaald, zie arresten van 13 maart 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 33); 18 juli 2007, *Oy AA* (C-231/05, Jurispr. blz. I-6373, punt 23), en 26 juni 2008, *Burda* (C-284/06, Jurispr. blz. I-4571, punt 68).

39. Zo was in het geval van een zeggenschapsdeelneming de vrijheid van vestiging van toepassing, en in het geval van een beleggingsdeelneming, het vrije verkeer van kapitaal, in beide gevallen in beginsel als enige vrijheid. Indien het onmogelijk was te bepalen om wat voor soort deelneming het ging, moest de nationale regeling worden getoetst aan de twee vrijheden.<sup>17</sup>

40. Deze dubbele toetsing moest volledig worden verricht in zowel situaties waarin dividenden waren uitgekeerd aan ingezetenen vennootschappen door in andere lidstaten gevestigde dochterondernemingen (de intracommunautaire situaties) als situaties waarin dividenden door in derde landen gevestigde dochterondernemingen waren uitgekeerd (de extracommunautaire situaties).

41. Na het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* behoeft voortaan, in een context die ziet op de fiscale behandeling van dividenden die afkomstig zijn uit een derde land, of een extracommunautaire situatie, enkel het voorwerp van de nationale wettelijke regeling te worden onderzocht om vast te stellen welke vrijheid van toepassing is.<sup>18</sup>

42. Zo kan, wanneer de nationale regeling ziet op zowel zeggenschapsdeelnemingen als beleggingsdeelnemingen (juridisch criterium), onafhankelijk van de betrokken deelnemingen (feitelijk criterium) een beroep worden gedaan op het vrije verkeer van kapitaal.

43. Door deze herdefiniëring van de methode en de criteria om vast te stellen welke vrijheid van toepassing is op de fiscale behandeling van dividenden in extracommunautaire situaties, kunnen dankzij het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* de soms radicale gevolgen worden verzacht van arresten waarin het Hof soms verklaarde dat het recht van de Unie in bepaalde situaties eenvoudigweg niet van toepassing was.<sup>19</sup>

44. De vernieuwende oplossing die met het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* is voorgesteld, wordt dus in wezen gerechtvaardigd doordat deze regeling, bij toepassing op dividenden die afkomstig zijn uit derde landen, niet onder de vrijheid van vestiging kan vallen, met als gevolg dat zij dus niet binnen het bereik van het Unierecht valt.

## 2. Toepassing van het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* op de extracommunautaire dimensie van het hoofdgeding

45. In het onderhavige geval bezit KII, een vennootschap die ondanks haar inschrijving in de Verenigde Staten als „ingezetene” van Duitsland wordt beschouwd, in het kapitaal van een in een derde land gevestigde dochteronderneming een deelneming van 100 %, waarmee zij ontegenzeggelijk een zekere invloed op de besluiten van deze vennootschap kan uitoefenen. Zij valt overigens onder de vrijstellingsregeling voor door deze dochteronderneming uitgekeerde dividenden, die van toepassing is op alle deelnemingen van meer dan 10 % en dus niet uitsluitend op situaties waarin de moedermaatschappij een beslissende invloed uitoefent op de uitkerende vennootschap.

17 — Dit is met name het geval in het kader van beroepen wegens niet-nakoming, om redenen die inherent zijn aan dat beroep; zie dienaangaande arrest van 17 juli 2008, *Commissie/Spanje* (C-207/07, punt 37); arrest *Commissie/Griekenland*, reeds aangehaald (punt 22); arresten van 10 november 2011, *Commissie/Portugal* (C-212/09, punten 41-45), en 25 oktober 2012, *Commissie/België* (C-387/11, punt 35). Dit kan tevens het geval zijn in prejudiciële procedures, wanneer het Hof niet aan de hand van de gegevens waarover het beschikt kan vaststellen wat de omvang is van de deelneming die aan de orde is in het hoofdgeding; zie dienaangaande arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation I*, reeds aangehaald (punt 38); arresten van 12 december 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, *Jurispr.* blz. I-11673, punt 40), en 15 september 2011, *Accor* (C-310/09, punten 30-38).

18 — Punt 96.

19 — Reeds aangehaald arrest (punten 26-35 en 103-105); reeds aangehaalde beschikkingen *Lasertec* (punt 27), en A en B (punt 29); beschikking van 6 november 2007, *Stahlwerk Ergste Westig* (C-415/06, punten 18 en 19), en arrest van 19 juli 2012, *Scheunemann* (C-31/11, punten 33 en 34).

46. De eerste vraag van de verwijzende rechter verwijst aldus, letterlijk genomen, naar een situatie die precies overeenstemt met de situatie in het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, zodat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, in dezelfde bewoordingen en op dezelfde gronden als die van dat arrest.

#### *B – Op de intracommunautaire dimensie van het hoofdgeding toepasselijke vrijheid*

47. Zoals ik al heb benadrukt, ziet de eerste vraag van de verwijzende rechter, in de omstandigheden van het hoofdgeding, slechts op de dochteronderneming van KII die is gevestigd in een derde land buiten de Unie („Drittland”) en lijkt zij dus niet te gelden voor de dochterondernemingen die zijn gevestigd in andere lidstaten dan Duitsland, dan wel in staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst. De verwijzende rechter lijkt overigens aan te nemen, zoals blijkt uit zijn tweede en derde vraag, dat de intracommunautaire dimensie van het geding onder de vrijheid van vestiging valt, alsmede, „in voorkomend geval”, onder het vrije verkeer van kapitaal.

48. De vrijheid van vestiging is, in de omstandigheden van het hoofdgeding, *ratione loci* noch *ratione personae* van toepassing. KII kan namelijk, zoals hierboven nog is gesteld, geen beroep doen op de vrijheid van vestiging ten aanzien van dividenden die door haar in derde landen gevestigde dochterondernemingen zijn uitgekeerd. Zij kan deze vrijheid wegens haar „nationaliteit” evenmin aanvoeren ten aanzien van dividenden die zijn uitgekeerd door haar in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen.

#### 1. KII kan geen beroep doen op de vrijheid van vestiging

49. Het hoofdgeding vertoont een bijzonder aspect, in die zin dat KII wegens haar „nationaliteit” geen beroep kan doen op de vrijheid van vestiging, noch ten aanzien van haar dochtervennootschappen die zijn gevestigd in derde landen, doordat deze vrijheid enkel binnen een zuiver intracommunautaire context geldt, noch ten aanzien van haar dochterondernemingen die zijn gevestigd in andere lidstaten of in staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst.

50. Daarenboven heeft het Hof overigens in zijn advies 1/94<sup>20</sup> benadrukt dat het hoofdstuk inzake de vrijheid van vestiging tot doelstelling heeft om enkel voor onderdanen van de lidstaten, natuurlijke en rechtspersonen, de vrijheid van vestiging te garanderen. Dit hoofdstuk bevat geen enkele bepaling die de werkingssfeer ervan uitbreidt tot situaties die buiten de Europese Unie zijn gelegen. De vrijheid van vestiging kan aldus niet worden aangevoerd in een context waarin een rechtspersoon uit een derde land een deelneming bezit waardoor hij een beslissende invloed kan uitoefenen op de besluiten en activiteiten van een vennootschap uit een lidstaat<sup>21</sup>, noch in situaties waarin een vennootschap van een lidstaat zich in een derde land vestigt<sup>22</sup>.

51. KII is namelijk een vennootschap die is opgericht naar Amerikaans recht en statutair is gevestigd in de Verenigde Staten. Haar bestuurszetel is echter gevestigd in Duitsland, zodat de vennootschap, zoals blijkt uit de schriftelijke opmerkingen van de Duitse regering, overeenkomstig § 1, lid 1, KStG in deze lidstaat in de vennootschapsbelasting onbeperkt belastingplichtig is. KII doet nu als „ingezetene” vennootschap die in Duitsland is onderworpen aan de vennootschapsbelasting, een beroep op zowel de vrijheid van vestiging als het vrije verkeer van kapitaal om zich ertegen te verzetten dat de Duitse fiscale regeling op haar wordt toegepast of preciezer gezegd, om de door haar gewenste fiscale behandeling van dividenden te krijgen.

20 — Punt 81.

21 — Zie met name beschikking *Lasertec*, reeds aangehaald (punten 15-28).

22 — Zie met name beschikking *A en B*, reeds aangehaald (punten 19-30).

52. KII kan dus, gelet op het bepaalde in artikel 54 VWEU, geen beroep doen op de vrijheid van vestiging, aangezien zij niet is opgericht in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat.<sup>23</sup> De eerstvolgende vraag is dan of zij, in voorkomend geval, een beroep kan doen op het vrije verkeer van kapitaal.

53. In het hoofdgeding is het dus tevens de vraag of het vrije verkeer van kapitaal in de gegeven omstandigheden van toepassing is op de intracommunautaire dimensie dan wel, anders gezegd, of de oplossing waarvoor het Hof ten aanzien van extracommunautaire situaties in zijn arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* heeft gekozen, kan worden toegepast op intracommunautaire situaties en dus op het hoofdgeding in zijn geheel.

2. Het antwoord van het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* moet in de omstandigheden van het hoofdgeding toepassing vinden

54. Naar mijn mening moet, wanneer geen beroep kan worden gedaan op de vrijheid van vestiging ten aanzien van een algemeen toepasselijke nationale regeling betreffende de fiscale behandeling van dividenden, die ziet op zowel zeggenschapsdeelnemingen als beleggingsdeelnemingen, het vrije verkeer van kapitaal van toepassing kunnen zijn, mits geen sprake is van misbruik, ook al betreft het in het hoofdgeding zeggenschapsdeelnemingen.

55. Zoals uit de voorgaande analyse blijkt, ligt deze oplossing perfect in het verlengde van de oplossing waarvoor het Hof in het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* gekozen: de gronden van dat arrest kunnen immers in geen enkel opzicht beletten dat deze oplossing op de onderhavige zaak wordt toegepast.

56. Uit het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* komt namelijk probleemloos naar voren dat de fundamentele reden waarom het Hof heeft overwogen dat het vrije verkeer van kapitaal in extracommunautaire situaties van toepassing moest zijn op algemeen geldende nationale regelingen, nu juist ligt in de onmogelijkheid om daarop de vrijheid van vestiging toe te passen.

57. Zoals ik reeds heb uiteengezet, kan KII als moedermaatschappij, net als in derde landen gevestigde dochterondernemingen, geen beroep doen op de vrijheid van vestiging en voldoet zij dus aan de voorwaarde die door het Hof wordt gesteld voor de toepasselijkheid van het vrije verkeer van kapitaal. Daarenboven is de nationale regeling die aan de orde is in het hoofdgeding, zonder onderscheid van toepassing op beleggingsdeelnemingen en zeggenschapsdeelnemingen, en voldoet zij dus aan de voorwaarde die door het Hof wordt gesteld voor de toepassing van het vrije verkeer van kapitaal.

58. De situatie in het hoofdgeding voldoet dus in wezen aan de voorwaarden die door het Hof zijn gesteld in zijn arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* en behoort niet tot de gevallen die het duidelijk van de werkingssfeer van de nieuwe rechtspraak heeft uitgesloten. Het Hof heeft namelijk bijzonder de nadruk willen leggen op het feit dat het vrije verkeer van kapitaal, en derhalve het Unierecht, nog steeds niet kunnen worden toegepast op extracommunautaire situaties indien de nationale regeling betreffende de fiscale behandeling van dividenden uitsluitend van toepassing is op zeggenschapsdeelnemingen. In dat geval blijft de vrijheid van vestiging als enige vrijheid van toepassing en valt de extracommunautaire situatie geheel buiten de invloedssfeer van het Unierecht.<sup>24</sup>

23 — Zie met name, a contrario, arresten van 27 september 1988, *Daily Mail and General Trust* (81/87, Jurispr. blz. 5483, punt 16); 9 maart 1999, *Centros* (C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punt 17); 5 november 2002, *Überseering* (C-208/00, Jurispr. blz. I-9919, punten 56 en 57); 16 december 2008, *Cartesio* (C-210/06, Jurispr. blz. I-9641, punt 110), en 20 juni 2013, *Impacto Azul* (C-186/12, punt 32).

24 — Reeds aangehaald arrest (punt 98). Zie tevens arrest van 28 februari 2013, *Beker en Beker* (C-168/11, punt 30).

59. Tot slot kan, wanneer het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* wordt toegepast, vooral worden vermeden dat het Unierecht van toepassing is op de extracommunautaire dimensie van het hoofdgeding terwijl het niet van toepassing kan zijn op de intracommunautaire dimensie ervan, hetgeen zonder meer een anomalie te noemen zou zijn.

60. Het lijkt mij dat, in de omstandigheden van het hoofdgeding, het vrije verkeer van kapitaal toepassing moet vinden, te meer daar deze vrijheid automatisch noch systematisch in die mate kan gelden dat wordt bijgedragen aan het ontstaan van door misbruik gekenmerkte situaties, zoals het Hof heeft opgemerkt in punt 100 van zijn arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II*.

61. Het Hof heeft namelijk benadrukt dat het van belang was te voorkomen dat de uitlegging van artikel 63, lid 1, VWEU marktdeelnemers die onder het vrije verkeer van kapitaal maar buiten de territoriale werkingssfeer van de vrijheid van vestiging vallen, de kans krijgen daaruit profijt te halen. Het oordeelde echter dat dit in die zaak niet het geval was, aangezien de betrokken regeling van de lidstaat niet zag op „de voorwaarden waaronder een vennootschap” van die lidstaat in een derde land „toegang tot de markt” krijgt, of waaronder een vennootschap van een derde land in die lidstaat toegang tot de markt krijgt.

62. Dit criterium inzake de voorwaarden voor toegang tot de markt is door het Hof tevens in zijn arrest *Fidium Finanz*<sup>25</sup> gebruikt, zodat de onderliggende ratio van het voorbehoud dat aldus door het Hof wordt gemaakt, hoewel die niet uitdrukkelijk uit de overwegingen van het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II* naar voren komt, evenwel volslagen duidelijk wordt in het licht van het arrest *Fidium Finanz*.

63. In de zaak *Fidium Finanz* was ingevolge de Duitse regeling de uitoefening van activiteiten door financiële instellingen die in derde landen waren gevestigd, in casu financiële dienstverlening op het Duitse grondgebied, afhankelijk van de voorwaarde dat zij een vergunning kregen die in feite neerkwam op een vestigingsvergunning. Deze regeling had tot gevolg „dat in derde landen gevestigde ondernemingen moeilijker toegang kregen tot de Duitse financiële markt”.<sup>26</sup> Het was in dergelijke omstandigheden moeilijk aanvaardbaar dat een in een derde land gevestigde vennootschap zich kon beroepen op het vrije verkeer van kapitaal om, in feite, de regeling van een lidstaat te omzeilen of te neutraliseren die zeer specifiek de voorwaarden regelde voor financiële dienstverlening, de voorwaarden voor toegang tot de markt van die lidstaat.

64. In casu heeft de Duitse regeling die aan de orde is in het hoofdgeding, evenals de Britse regeling die aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, geenszins tot voorwerp of gevolg de „voorwaarden voor toegang tot de markt” in de zin van het arrest *Fidium Finanz* te beïnvloeden.

### C – Conclusie

65. Uit het voorgaande volgt dat, in de omstandigheden van het hoofdgeding, een vennootschap die ingezetene is van een lidstaat en zeggenschapsdeelnemingen bezit in vennootschappen die ingezetene zijn van andere lidstaten, staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst of derde landen, zich kan beroepen op de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal om te betwisten dat de regeling van een lidstaat betreffende de fiscale behandeling van dividenden met deze bepalingen verenigbaar is, wanneer deze regeling van toepassing is op zowel deelnemingen waarmee een zekere invloed kan worden uitgeoefend op de besluiten van een vennootschap en haar activiteiten kunnen worden bepaald („de zeggenschapsdeelnemingen”) als deelnemingen die enkel zijn genomen met het doel te beleggen, zonder het bestuur en de zeggenschap over de onderneming te willen beïnvloeden

25 — Arrest van 3 oktober 2006 (C-452/04, Jurispr. blz. I-9521).

26 — Punten 46 en 48.

(„beleggingsdeelnemingen”) en voor zover deze regeling niet tot voorwerp heeft de voorwaarden te stellen waaronder vennootschappen van die lidstaat toegang krijgen tot de markt in andere lidstaten of derde landen, of waaronder vennootschappen uit andere lidstaten en derde landen toegang krijgen tot de markt in die lidstaat.

66. Ik geef het Hof derhalve in overweging om in antwoord op de eerste, geherformuleerde vraag van de verwijzende rechter voor recht te verklaren dat het Unierecht aldus moet worden uitgelegd dat de verenigbaarheid van de regeling van een lidstaat inzake de dividendbelasting die van toepassing is op alle deelnemingen van meer dan 10 %, kan worden getoetst aan het vrije verkeer van kapitaal wanneer met de betrokken deelnemingen een zekere invloed kan worden uitgeoefend op de besluiten van vennootschappen en de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, voor zover deze regeling niet tot voorwerp heeft de voorwaarden te stellen waaronder vennootschappen van die lidstaat toegang krijgen tot de markt in andere lidstaten of derde landen, of waaronder vennootschappen uit andere lidstaten en derde landen toegang krijgen tot de markt in die lidstaat.

## VI – Verenigbaarheid van de Duitse regeling met het vrije verkeer van kapitaal

67. Met zijn tweede, derde en vierde vraag, die gezamenlijk moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of de Verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van kapitaal aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een regeling van een lidstaat als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die de verrekening of teruggave uitsluit van de door in andere lidstaten of derde landen gevestigde (klein)dochterondernemingen van een ingezeten vennootschap betaalde vennootschapsbelasting ingeval de moedermaatschappij verlies lijdt, terwijl in een dergelijke verrekening of teruggave is voorzien voor ingezeten dochterondernemingen.

### *A – Duitse regeling betreffende de dividendbelasting (verrekeningsregeling voor binnenlandse dividenden en vrijstellingsregeling voor buitenlandse dividenden)*

68. Om te beginnen moet worden herinnerd aan de belangrijkste aspecten van de Duitse belastingregeling inzake dividenden, die onderscheid maakt tussen dividenden die zijn uitgekeerd aan een ingezeten vennootschap door een ingezeten dochteronderneming (binnenlandse dividenden) en zijn onderworpen aan een verrekeningsregeling, en de dividenden die aan een ingezeten vennootschap zijn uitgekeerd door een dochteronderneming die is gevestigd in een andere lidstaat of in een derde land (buitenlandse dividenden), waarvoor een vrijstellingsregeling geldt.

#### 1. De verrekeningsregeling voor binnenlandse dividenden

69. Op de binnenlandse dividenden is ingevolge § 36, lid 2, punt 3, EStG een verrekeningsregeling van toepassing, waarbij de vennootschapsbelasting die door de uitkerende dochteronderneming aan de bron is betaald, wordt verrekend met de vennootschapsbelasting die de ontvangende moedermaatschappij moet betalen, gedeeltelijk wanneer deze vennootschap deze dividenden niet verder uitkeert aan de uiteindelijke aandeelhouders, en volledig wanneer zij de dividenden integraal verder uitkeert.

#### 2. De vrijstellingsregeling voor buitenlandse dividenden

70. Voor de buitenlandse dividenden geldt daarentegen een vrijstellingsregeling, de zogenaamde „bij verdrag bepaalde voorkeursregeling voor intragroepsdividenden”. Zij zijn in Duitsland namelijk krachtens verschillende bilaterale verdragen vrijgesteld van belasting, vanaf een deelneming die varieert van 10 % tot 25 %. Daar deze buitenlandse dividenden geen belastbare inkomsten vormen, worden ze niet meegerekend bij de bepaling van de belasting en kunnen ze dus niet worden

verrekenend met de belasting die door de moedermaatschappij moet worden betaald. § 36, lid 3, sub f, EStG bepaalde namelijk dat de vennootschapsbelasting niet werd verrekenend met de inkomstenbelasting wanneer deze inkomsten niet waren meegerekend bij de vaststelling van de heffingsgrondslag.

### 3. De behandeling van verlies onder de verrekeningsregeling voor binnenlandse dividenden

71. Uit de verwijzingsbeslissing alsook uit de schriftelijke opmerkingen die bij het Hof zijn ingediend, blijkt dat een moedermaatschappij die dividenden ontvangt van een ingezeten dochteronderneming, ingevolge de Duitse verrekeningsregeling ten eerste geen vennootschapsbelasting hoeft te betalen en ten tweede recht heeft op teruggave ter hoogte van de vennootschapsbelasting die aan de bron is betaald door de uitkerende dochteronderneming, ingeval zij verlies lijdt of een voor- of achterwaartse verliesoverdracht toepast en dit verlies niet met de dividenuitkering van de dochteronderneming kan worden gecompenseerd.

72. Een dergelijke teruggave is daarentegen in ieder geval uitgesloten voor buitenlandse dividenden, aangezien deze zijn vrijgesteld en dus ingevolge § 36, lid 2, punt 3, sub f, EStG niet kunnen worden meegeteld bij de vaststelling van de heffingsgrondslag van de moedermaatschappij.

## B – *Bestaan van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal*

### 1. Samenvatting van de bij het Hof ingediende opmerkingen

73. De verwijzende rechter overweegt dat de regel van § 36, lid 2, punt 3, sub f, EStG, die de verrekening afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de overeenkomende inkomsten worden meegerekend bij de vaststelling van de belasting, geen beperking vormt aangezien deze regel geen enkel onderscheid maakt naar de herkomst van de inkomsten. Mocht worden vastgesteld dat sprake is van een beperking, dan kan die dus enkel voortvloeien uit het samenspel van de regels inzake de vaststelling van de belasting en de regels inzake de verrekening van de belasting.

74. Hij is van mening dat de vrijstellingsregeling, die geldt voor buitenlandse dividenden en overigens in overeenstemming is met de voorschriften van artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten<sup>27</sup>, altijd voordeliger is dan de verrekeningsregeling, die geldt voor binnenlandse dividenden.

75. Van een ongelijke behandeling van binnenlandse en buitenlandse dividenden zou slechts sprake kunnen zijn ingeval buitenlandse dochterondernemingen dividenden uitkeren en de moedermaatschappij verlies lijdt of een voor- of achterwaartse verliesoverdracht toepast. Hij betwijfelt echter dat een dergelijke situatie onverenigbaar is met het Unierecht.

76. De vrijstellingsregeling voor buitenlandse dividenden en de verrekeningsregeling voor binnenlandse dividenden, wanneer onderzocht in de twee stadia van de procedure voor de vaststelling en de procedure voor de verrekening van de belasting, zijn immers gelijkwaardig. De eerste regeling biedt zelfs een voordeel ten opzichte van de tweede regeling, aangezien deze regeling geen bewijslast oplegt en dus geen enkele procedurele last meebrengt.

27 — PB L 225, blz. 6.

77. Hij geeft onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof<sup>28</sup> weliswaar toe dat een belastingregel die buitenlandse dividenden benadeelt een beperking vormt, zelfs indien de toepassing ervan in bepaalde situaties voordelige gevolgen kan hebben. Hij deelt echter niet het standpunt dat door KII wordt voorgestaan, namelijk dat het loutere feit dat de vrijstellingsregeling een voordeel biedt bij de procedure voor de vaststelling van het belastingbedrag en een liquiditeitsnadeel bij de procedure voor de verrekening van de belasting, een beperking vormt.

78. Daar de buitenlandse dividenden zijn vrijgesteld, worden zij nooit meegerekend bij de vaststelling van het belastingbedrag en zijn zij dus altijd bevoorrecht. Zij zijn bijgevolg niet verrekenbaar. De binnenlandse dividenden worden daarentegen altijd meegerekend voor de vaststelling van het belastingbedrag, maar het feit dat zij worden meegerekend, wordt gecompenseerd door de verrekening van de door de uitkerende dochteronderneming over deze dividenden betaalde vennootschapsbelasting met de belasting die wordt betaald door de ontvangende moedermaatschappij. Deze verrekening is volledig wanneer de moedermaatschappij de dividenden onmiddellijk verder uitkeert en gedeeltelijk wanneer zij de dividenden niet verder uitkeert.

79. Wanneer de ingezeten moedermaatschappij echter verlies lijdt, is een dividenduitkering door de ingezeten dochterondernemingen tevens nadelig in zowel het stadium van de vaststelling van het belastingbedrag als het stadium van verrekening van de belasting. In het stadium van de vaststelling van het belastingbedrag compenseert deze uitkering de verliezen geheel of gedeeltelijk en zorgt zij ervoor dat zowel de voor- als de achterwaartse verliesoverdracht vermindert of onmogelijk wordt. In het stadium van de verrekening van de belasting brengt de vermindering van de achterwaartse verliesoverdracht mee dat een kleiner bedrag aan in de voorgaande jaren betaalde belasting wordt teruggegeven.

80. Het liquiditeitsvoordeel dat de verrekeningsregeling zou bieden in geval van verlies treedt pas op in het stadium van de verrekening. In het stadium van de vaststelling van de belasting wordt de belasting die door de moedermaatschappij moet worden betaald, ondanks de dividenden die zijn uitgekeerd door de ingezeten dochtervennootschap, verlaagd of teruggebracht tot nul. In het stadium van de verrekening wordt de dividendbelasting die door de dochteronderneming is betaald, verrekend met de belasting van de moedermaatschappij en kan dit dus leiden tot een gehele of gedeeltelijke teruggave.

81. Deze voor- en nadelen, al naargelang van het belastingjaar, zijn echter slechts het logische gevolg van de toepassing van twee verschillende regelingen.

82. KII betoogt in haar schriftelijke opmerkingen in wezen dat de Duitse belastingregeling die van toepassing is op dividenden die aan een ingezeten moedermaatschappij zijn uitgekeerd, een beperking vormt van het vrije kapitaalverkeer, aangezien de vrijstellingsregeling voor buitenlandse dividenden minder voordelig is dan de verrekeningsregeling voor binnenlandse dividenden wanneer de ingezeten moedermaatschappij verlies lijdt.

83. Gelet op het feit dat een Duitse moedermaatschappij bij toepassing van de verrekeningsregeling in geval van verlies teruggave kan krijgen van de door haar Duitse dochteronderneming betaalde belasting, verzoekt KII om hetzelfde voordeel, dat wil zeggen teruggave in Duitsland van de vennootschapsbelasting die door haar dochterondernemingen is betaald in hun vestigingsstaat. De uitsluiting van de verrekening en teruggave van de vennootschapsbelasting die eerder door de buitenlandse dochterondernemingen is afgedragen over de aan de moedermaatschappij uitgekeerde dividenden, ingeval de moedermaatschappij verlies lijdt, is in strijd met het vrije verkeer van kapitaal.

28 — Arresten van 14 december 2000, AMID (C-141/99, Jurispr. blz. I-11619, punt 27), en 18 juli 2007, Lakebrink en Peters-Lakebrink (C-182/06, Jurispr. blz. I-6705).

84. KII benadrukt dat de vrijstellingsregeling en de verrekeningsregeling slechts gelijkwaardig zijn wanneer geen rekening wordt gehouden met de belasting van haar aandeelhouders. Indien de belasting van de uiteindelijke aandeelhouders in aanmerking wordt genomen, wordt de dubbele belasting bij zowel de moedermaatschappij als haar aandeelhouders enkel voor de binnenlandse dividenden voorkomen. Onder verwijzing naar het arrest *Accor*<sup>29</sup> betoogt KII in het bijzonder dat, om vast te stellen of buitenlandse dividenden op gelijkwaardige wijze worden behandeld als binnenlandse dividenden, bij de beoordeling van de fiscale last ermee rekening moet worden gehouden of de ontvangen dividenden verder worden uitgekeerd.

85. De Bondsrepubliek Duitsland en het Finanzamt Leverkusen zijn in wezen van mening dat de verrekeningsregeling en de vrijstellingsregeling, die allebei een economische dubbele belasting moeten voorkomen, over het geheel genomen gelijkwaardig zijn, en dat de buitenlandse en binnenlandse dividenden gelijkwaardige behandelingen krijgen, die enkel in vorm verschillen. Zij betogen tevens dat, indien wordt verondersteld dat de Duitse regeling een beperking vormt, deze regeling niettemin is gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen, de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en een dubbele verliesaftrek te voorkomen.

86. Tot slot is de Commissie van mening dat de situatie van binnenlandse en buitenlandse dochterondernemingen niet vergelijkbaar is, aangezien buitenlandse dividenden in Duitsland krachtens bilaterale verdragen zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting, terwijl binnenlandse dividenden in Duitsland zijn onderworpen aan vennootschapsbelasting. De teruggave aan de moedermaatschappij van de vennootschapsbelasting die door de ingezeten uitkerende dochtervennootschap is betaald, vormt een onderdeel van de regeling die tot doel heeft de economische dubbele belasting voor de moedermaatschappij te voorkomen of te verminderen. Het verschil in de fiscale behandeling van de buitenlandse en binnenlandse dividenden is dus objectief gerechtvaardigd door een situatieverschil. Dit verschil is in ieder geval gerechtvaardigd door de dwingende reden van algemeen belang om de samenhang van het nationale belastingstelsel te waarborgen.

## 2. Analyse

87. Allereerst zij eraan herinnerd dat de lidstaten, ofschoon de directe belastingen tot hun bevoegdheid behoren, volgens vaste rechtspraak verplicht zijn deze bevoegdheid uit te oefenen in overeenstemming met het recht van de Unie en met name met de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal.<sup>30</sup>

88. Het staat dus aan iedere lidstaat om, met eerbiediging van het recht van de Unie, zijn stelsel van dividendbelasting in te richten door in dit kader de toepasselijke heffingsgrondslag en belastingvoet vast te stellen.<sup>31</sup>

29 — Reeds aangehaald arrest (punten 45 e.v.).

30 — Zie met name arresten van 11 augustus 1995, *Wielockx* (C-80/94, Jurispr. blz. I-2493, punt 16); 6 juni 2000, *Verkooijen* (C-35/98, Jurispr. blz. I-4071, punt 32), en 15 juli 2004, *Lenz* (C-315/02, Jurispr. blz. I-7063, punt 19).

31 — Zie reeds aangehaalde arresten *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (punt 50) en *Test Claimants in the FII Group Litigation I* (punt 47); arresten van 20 mei 2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, Jurispr. blz. I-3747, punt 30), en 16 juli 2009, *Damseaux* (C-128/08, Jurispr. blz. I-6823, punt 25).

89. Het Hof heeft tevens gepreciseerd dat de lidstaten bij gebreke van Unierechtelijke unificatie- of harmonisatiemaatregelen bevoegd blijven om, door het sluiten van overeenkomsten of unilateraal, de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid vast te stellen teneinde in het bijzonder dubbele belasting af te schaffen.<sup>32</sup> In die samenhang staat het hun vrij om in het kader van bilaterale overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting de aanknopingspunten vast te stellen voor de verdeling van de fiscale bevoegdheid.<sup>33</sup>

90. Ofschoon de lidstaten vrij zijn om hun belastingstelsel in te richten, en met name in hun keuze van het mechanisme waarmee zij de opeenvolgende belastingheffingen of economische dubbele belasting<sup>34</sup> op dividenden die zijn uitgekeerd aan een ingezeten vennootschap willen vermijden of verminderen, moeten zij, wanneer zij van deze mogelijkheid gebruikmaken, echter de uit het recht van de Unie voortvloeiende eisen in acht nemen.<sup>35</sup>

91. Wanneer een lidstaat een stelsel inricht tot vermijding of vermindering van opeenvolgende belastingheffingen of economische dubbele belasting op dividenden die door ingezeten vennootschappen zijn uitgekeerd aan andere ingezeten vennootschappen, moet hij derhalve, in overeenstemming met artikel 63 VWEU, dividenden die aan ingezetenen worden uitgekeerd door niet-ingezeten vennootschappen op gelijkwaardige wijze behandelen.<sup>36</sup> Hij mag met name niet de buitenlandse dividenden ongunstiger behandelen dan de binnenlandse dividenden, tenzij dit verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang of betrekking heeft op situaties die objectief niet vergelijkbaar zijn.<sup>37</sup>

92. De vraag of de Duitse belastingregeling die van toepassing is op het hoofdgeding, een beperking vormt van het vrije verkeer van kapitaal en zo ja, of deze beperking kan worden gerechtvaardigd, moet worden onderzocht in het licht van deze beginselen.

#### a) Bestaan van een beperking

93. Uit de prejudiciële vraag van de verwijzende rechter komt naar voren dat, ingevolge de verschillende relevante bilaterale verdragen die door de Bondsrepubliek Duitsland zijn gesloten met de lidstaten of de derde landen van vestiging van de verschillende dochterondernemingen van KII, de door deze dochterondernemingen aan KII uitgekeerde dividenden in deze staten belastbaar zijn en in Duitsland zijn vrijgesteld.

94. Dienaangaande moet worden benadrukt dat deze vrijstellingsregeling voor buitenlandse dividenden, die voortvloeit uit zowel de dubbelbelastingverdragen als het Duitse nationale recht, op zich in overeenstemming is met de voorschriften van artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435.

32 — Arresten van 12 mei 1998, Gilly (C-336/96, Jurispr. blz. I-2793, punten 24 en 30) en 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 57), en arrest Damseaux, reeds aangehaald (punt 30).

33 — Zie met name reeds aangehaalde arresten Gilly (punten 24 en 30) en Saint-Gobain ZN (punt 57) en arrest van 14 december 2006, Denkvit Internationaal en Denkvit France (C-170/05, Jurispr. blz. I-11949, punten 43 en 44).

34 — Ter herinnering wijs ik erop dat de juridische dubbele belasting duidt op de situatie waarin eenzelfde belastingplichtige twee maal wordt belast over dezelfde inkomsten, terwijl de economische dubbele belasting duidt op de situatie waarin verschillende belastingplichtigen worden belast over dezelfde inkomsten. Zie dienaangaande het fiscaal woordenboek van het International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD); zie ook de mededeling van de Commissie van 19 december 2003, Belasting op dividend van natuurlijke personen in de interne markt [COM(2003) 810 definitief]; de punten 2 en volgende van de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 6 april 2006 in de zaak Test Claimants in the FII Group Litigation I en de mededeling van de Commissie van 11 november 2011, Dubbele belasting op de interne markt [COM(2011) 712 definitief].

35 — Zie reeds aangehaalde arresten Test Claimants in the FII Group Litigation I (punt 45) en Accor (punt 43).

36 — Zie reeds aangehaalde arresten Test Claimants in the FII Group Litigation I (punt 72) en Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen (punt 156).

37 — Zie met name arrest Test Claimants in the FII Group Litigation I, reeds aangehaald, (punten 45 en 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie tevens arrest Accor, reeds aangehaald (punt 44).

95. Daar de buitenlandse dividenden in Duitsland zijn vrijgesteld en niet worden meegerekend in de heffingsgrondslag van de ontvangende moedermaatschappij, is het onmogelijk dat zij opeenvolgend bij de ontvangende moedermaatschappij worden belast. Zoals het Hof al heeft opgemerkt, neemt een vrijstellingsregeling voor uitgekeerde dividenden, per definitie, het risico weg dat daarover opeenvolgend belasting wordt geheven.<sup>38</sup>

96. Hieruit volgt dat, met betrekking tot de doelstelling die door de Duitse regeling wordt nagestreefd, namelijk het vermijden van opeenvolgende belasting of economische dubbele belasting over de dividenden die zijn uitgekeerd aan ingezeten vennootschappen, de vrijstellingsregeling voor buitenlandse dividenden op zich geheel legitiem is, aangezien met deze regeling een resultaat kan worden behaald dat gelijkwaardig is aan de verrekeningsregeling die van toepassing is op binnenlandse dividenden. Bijgevolg kan Duitsland, voor zover de buitenlandse dividenden niet daadwerkelijk worden belast, hetgeen de verwijzende rechter moet nagaan, niet worden verweten op de aan ingezeten vennootschappen uitgekeerde dividenden een regeling toe te passen die verschilt naargelang van de herkomst van de dividenden.

97. Het argument dat KII aan het arrest Accor ontleent, namelijk dat bij de beoordeling of de vrijstellingsregeling en de verrekeningsregeling gelijkwaardig zijn rekening moet worden gehouden met de belasting van de uiteindelijke aandeelhouders, moet vanuit dit perspectief worden afgewezen.

98. In het hoofdgeding is namelijk de belasting van KII in Duitsland aan de orde en niet die van haar aandeelhouders. Het is dus de vennootschap zelf die aan de oorsprong van het hoofdgeding ligt en niet haar aandeelhouders.<sup>39</sup> KII benadrukt overigens in haar schriftelijke opmerkingen dat haar directe aandeelhouders ingezetenen van de Verenigde Staten zijn, zonder daarbij op enigerlei wijze aan te geven of zij eventueel in Duitsland belasting betalen.

99. Het nadeel waarop KII kritiek levert, ligt echter niet, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, in het bestaan van economische dubbele belasting over buitenlandse dividenden, maar in het verschil in resultaat waartoe de toepassing van de vrijstellingsregeling respectievelijk de verrekeningsregeling leidt ingeval de ontvangende moedermaatschappij verlies lijdt.

100. KII heeft meer bepaald kritiek op de omstandigheid dat zij, omdat de buitenlandse dividenden aan de vrijstellingsregeling zijn onderworpen, niet kan profiteren van het voordeel dat de verrekeningsregeling biedt ingeval zij verlies lijdt. Dat voordeel bestaat in de teruggave van een bedrag ter hoogte van de vennootschapsbelasting over de uitgekeerde dividenden, die is betaald door de ingezeten dochteronderneming. Zij eist derhalve dat de verrekeningsregeling wordt toegepast op buitenlandse dividenden, opdat zij van deze teruggave kan profiteren.

101. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat het Hof over maar weinig nadere gegevens beschikt over de basis waarop en de omstandigheden waaronder een ingezeten vennootschap die verliezen lijdt of een voor- of achterwaartse verliesoverdracht toepast, onder de voor binnenlandse dividenden geldende verrekeningsregeling teruggave kan krijgen van de vennootschapsbelasting die is geheven over de door haar ingezeten dochteronderneming uitgekeerde winst.

102. In ieder geval wordt niet betwist dat een dergelijke teruggave onmogelijk is onder de vrijstellingsregeling die van toepassing is op buitenlandse dividenden, aangezien deze dividenden als gevolg van de vrijstelling per definitie niet worden opgenomen in de heffingsgrondslag van de ingezeten moedermaatschappij.

38 — Zie reeds aangehaalde arresten *Test Claimants in the FII Group Litigation I* (punt 63) en *Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen* (punt 158).

39 — Hieruit vloeit overigens logischerwijze voort dat noch de verwijzende rechter, noch de verschillende partijen die schriftelijke en/of mondelinge opmerkingen bij het Hof hebben ingediend, met uitzondering van KII, spreken over de door KII aangevoerde juridische dubbele belasting die zou gelden voor buitenlandse dividenden.

103. Het Finanzamt Leverkusen en de Bondsrepubliek Duitsland bevestigen de nadere gegevens die op dit punt door de verwijzende rechter zijn verstrekt, en geven toe dat de vrijstellingsregeling, zo de ingezeten moedermaatschappij verlies lijdt of een voor- of achterwaartse verliesoverdracht toepast, een nadeel kan opleveren ten opzichte van de verrekeningsregeling, aangezien de toepassing ervan in het jaar waarin de dividenden worden uitgekeerd, kan leiden tot een hogere fiscale last.

104. Zij zijn echter in wezen van mening dat het slechts gaat om een tijdelijk liquiditeitsnadeel, dat enkel ontstaat in de bijzondere omstandigheid waarin de moedermaatschappij verlies lijdt of verliezen overdraagt die hoger zijn dan de ontvangen dividenden, hetgeen de gelijkwaardigheid van de twee regelingen niet ter discussie kan stellen. Overigens zou dit nadeel, in wezen, worden gerelativeerd door het feit dat een vrijstellingsregeling, anders dan een verrekeningsregeling, niet vereist dat de fiscale last in verband met de uitgekeerde dividenden met enig bewijs wordt aangetoond, waardoor de ontvangende moedermaatschappij dus geen uitvoeringskosten heeft.

105. Uit de aan het Hof verstrekte toelichting komt echter naar voren dat de positie van een ingezeten moedermaatschappij daadwerkelijk voordeliger lijkt wanneer zij binnenlandse dividenden ontvangt dan wanneer zij buitenlandse dividenden ontvangt. Wanneer zij verlies lijdt of een verliesoverdracht toepast, heeft zij immers recht op teruggave van de belasting over de dividenden die zijn uitgekeerd door haar ingezeten dochteronderneming, althans wanneer de uitgekeerde dividenden het geleden verlies niet compenseren.

106. Derhalve kan niet worden uitgesloten dat het verschil dat door de Duitse regeling is ingevoerd, ingezeten vennootschappen ervan kan afhouden te investeren in vennootschappen die zijn gevestigd in andere lidstaten of in derde landen<sup>40</sup>, en derhalve moet worden gekwalificeerd als een beperking van het vrije kapitaalverkeer.

107. Zoals het Hof meermaals heeft geoordeeld, is een beperking van het vrije kapitaalverkeer enkel verboden voor zover deze beperking niet kan worden gerechtvaardigd uit hoofde van artikel 64, lid 1, VWEU of artikel 65, lid 1, VWEU, dan wel door dwingende vereisten van algemeen belang.

#### b) Rechtvaardigingsgronden

108. Zoals blijkt uit de samenvatting van de opmerkingen die bij het Hof zijn ingediend, is de verwijzende rechter, op dit punt ondersteund door het Finanzamt Leverkusen, de Bondsrepubliek Duitsland en de Commissie, van mening dat, mocht de Duitse regeling als een beperking worden beschouwd, zij evenwel wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Duitse belastingstelsel te waarborgen, de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en een dubbele verliesafrek te voorkomen.

109. Zelf ben ik van mening dat, bij de huidige stand van het recht van de Unie en in de zeer bijzondere, en zelfs geheel ongekende, omstandigheden van het hoofdgeding, de eis van KII niet kan worden toegewezen, ook al is het om redenen die enigszins afwijken van de rechtvaardigingsgronden die traditioneel door het Hof worden aanvaard.

40 — Zie met name arrest van 25 januari 2007, Festersen (C-370/05, Jurispr. blz. I-1129, punt 24), en arrest Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen, reeds aangehaald (punten 50 en 80).

110. Mocht namelijk worden vastgesteld dat het stelsel van dividendbelasting in Duitsland, zoals dat voortvloeit uit de dubbelbelastingverdragen en de bepalingen van het Duitse nationale recht, onverenigbaar is met de Verdragsbepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer, en deze lidstaat derhalve een ingezeten vennootschap de dividendbelasting zou moeten terugbetalen die door haar dochterondernemingen is betaald in de lidstaten en derde landen waar zij zijn gevestigd, dan zou zowel de algehele samenhang van dat stelsel als de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en de derde landen ernstig worden aangetast.

111. Dienaangaande zij allereerst eraan herinnerd dat tussen Duitsland, waar KII als een ingezeten belastingplichtige wordt beschouwd, en de verschillende lidstaten en derde landen waar haar dochterondernemingen zijn gevestigd, geheel legitiem een verdeling van hun respectieve heffingsbevoegdheid is overeengekomen in verdragen tot met name voorkoming van economische dubbele dividendbelasting, die overeenkomen met de voorschriften van richtlijn 90/435, zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, en met de basisbeginselen van het internationale belastingrecht.<sup>41</sup>

112. Deze verdragen bepalen ten eerste dat de dividenden worden belast door de lidstaat of het derde land waar hun bron ligt, dat wil zeggen de vestigingsstaat van de uitkerende dochterondernemingen, en ten tweede dat zij dienovereenkomstig worden vrijgesteld in de lidstaat waar ze worden uitgekeerd, dat wil zeggen de vestigingsstaat van de ontvangende moedermaatschappij. Deze verdragen garanderen aldus het recht van de lidstaten en van derde landen om hun fiscale bevoegdheid uit te oefenen in verband met de activiteiten die op hun grondgebied worden uitgeoefend.<sup>42</sup>

113. Overigens wordt geenszins betoogd, zoals hierboven is opgemerkt, dat bij de toepassing van de vrijstellingsregeling niet wordt gegarandeerd dat geen sprake is van enige opeenvolgende belasting over buitenlandse dividenden.<sup>43</sup>

114. Niettemin blijft een feit, zoals ik heb vastgesteld, dat de vrijstellingsregeling voor buitenlandse dividenden een nadeel oplevert ten opzichte van de verrekeningsregeling die van toepassing is op binnenlandse dividenden. Dit nadeel, dat als onvermijdbaar kan worden aangemerkt, moet echter worden gezien in de zeer bijzondere context waarin het ontstaat en die het hoofdgeding onderscheidt van alle andere zaken waarvan het Hof tot op heden kennis heeft genomen, of het nu gaat om zaken betreffende de fiscale behandeling van dividenden of om zaken betreffende de compensatie van verliezen binnen concerns.<sup>44</sup>

115. Om te beginnen is de dualiteit van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingregeling het spiegelbeeld van de dualiteit waarvan het Hof tot op heden kennis heeft genomen. Hier zijn het namelijk de buitenlandse dividenden die profiteren van een vrijstellingsregeling en de binnenlandse dividenden die profiteren van een verrekeningsregeling. De omstandigheid dat in casu de buitenlandse dividenden ontsnappen aan elke vorm van belasting in Duitsland, maakt de voorwaarden waaronder de twee stelsels moeten worden vergeleken om te bepalen of zij gelijkwaardig zijn, radicaal anders.

41 — Zie dienaangaande met name OESO, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, blz. 37.

42 — Zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Cadbury Schweppes* en *Cadbury Schweppes Overseas* (punt 56) en *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (punt 75); arresten van 17 september 2009, *Glaxo Wellcome* (C-182/08, Jurispr. blz. I-8591, punt 82); 20 oktober 2011, *Commissie/Duitsland* (C-284/09, Jurispr. blz. I-9879, punt 77), en 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, punt 46).

43 — Dit is een wezenlijk verschil met de situatie waarvan het Hof kennis heeft genomen in de zaak die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest *Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen* (punten 158 en 163).

44 — Zie dienaangaande Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité van 19 december 2006, *Fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties* [COM(2006) 824 definitief].

116. Overigens moet voor ogen worden gehouden dat de verrekeningsregeling die in het hoofdgeding aan de orde is, een – klassiek – mechanisme bevat om het verlies van de moedermaatschappij te compenseren met de door haar dochteronderneming uitgekeerde winst, dat onderdeel is van een – al even klassiek – mechanisme om de door de dochteronderneming betaalde vennootschapsbelasting te verrekenen met de door de moedermaatschappij te betalen vennootschapsbelasting, teneinde economische dubbele dividendbelasting te voorkomen. Het is nu juist de wijze waarop deze twee mechanismen in elkaar grijpen, die het hoofdgeding zeer specifiek en bijzonder ingewikkeld maakt.

117. Op dit punt is het van belang te benadrukken dat niet het verlies van een niet-ingezeten dochteronderneming wordt meegerekend bij de vaststelling van de heffingsgrondslag van een ingezeten moedermaatschappij en dus de belastbare winst van de moedermaatschappij vermindert.<sup>45</sup> In casu maakt het verlies van de ingezeten moedermaatschappij, nadat het is meegerekend voor de belastingheffing en de toepassing van een verrekeningsregeling, teruggave mogelijk van de dividendbelasting die eerder door haar ingezeten dochteronderneming is betaald.

118. Het door KII aan de kaak gestelde nadeel voor de buitenlandse dividenden, dat overeenkomt met het voordeel dat geldt voor binnenlandse dividenden, moet in deze context worden beoordeeld.

119. Het bedrag dat door een ingezeten dochteronderneming aan dividendbelasting is betaald, wordt aan de ingezeten moedermaatschappij terugbetaald wanneer de door de dochteronderneming uitgekeerde dividenden het verlies van de moedermaatschappij niet dekken. De teruggave aan de moedermaatschappij houdt aldus, zoals door de Commissie wordt benadrukt, rechtstreeks verband met de heffing van belasting bij de dochteronderneming: teruggave gebeurt immers enkel omdat belasting bij de dochteronderneming is geheven. Indien de moedermaatschappij en haar dochteronderneming als geheel geen winst maken op haar grondgebied, doet de Bondsrepubliek Duitsland aldus, in haar dubbele hoedanigheid van vestigingsstaat van zowel de moedermaatschappij als de dochteronderneming en van bronstaat van de winst<sup>46</sup>, afstand van elke dividendbelasting.

120. De situatie is volstrekt anders onder de vrijstellingsregeling. De dividenden die niet-ingezeten dochterondernemingen uitkeren aan een ingezeten moedermaatschappij, worden niet in Duitsland belast, maar ingevolge de dubbelbelastingverdragen en met eerbiediging van de belangrijkste beginselen van het internationale fiscaal recht, in de vestigingsstaat van de dochterondernemingen. Onder deze omstandigheden kan geen enkel verband bestaan tussen de eerdere heffing van belasting bij een dochteronderneming en de latere teruggave aan de moedermaatschappij.

121. Dientengevolge zou, indien Duitsland als vestigingsstaat van de moedermaatschappij de dividendbelasting die is geheven door de lidstaten of de derde landen waar de dochterondernemingen zijn gevestigd, die handelen als bronstaat van de winst, aan de moedermaatschappij zou moeten terugbetalen, de symmetrie worden doorbroken die moet bestaan tussen het recht om belasting te heffen op de winsten en de mogelijkheid om verliezen af te trekken.<sup>47</sup> Dit zou op onherstelbare wijze afdoen aan zowel de algehele samenhang van het stelsel van dividendbelasting als de verdeling van de heffingsbevoegdheid die voortvloeit uit de belastingverdragen die zijn gesloten door de verschillende lidstaten en de betrokken derde landen.

45 — Zie met name arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837), en reeds aangehaalde arresten Lidl Belgium, A en Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen.

46 — Zie over dit onderscheid arrest Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, reeds aangehaald (punten 56-66).

47 — Zie reeds aangehaalde arresten Lidl Belgium (punt 33), National Grid Indus (punt 58) en Philips Electronics UK (punt 24).

### 3. Conclusie

122. Uit het voorgaande vloeit voort dat het bij de Duitse belastingregeling ingevoerde verschil in de behandeling tussen buitenlandse dividenden waarvoor een vrijstellingsregeling geldt, en binnenlandse dividenden die zijn onderworpen aan een verrekeningsregeling, gerechtvaardigd is. In deze omstandigheden hoeft geen verschil te worden gemaakt tussen dividenden die afkomstig zijn van dochterondernemingen dan wel van kleindochterondernemingen, hetgeen aan bod komt in de derde vraag. Evenmin<sup>48</sup> hoeft onderscheid te worden gemaakt tussen dividenden die afkomstig zijn uit andere lidstaten dan wel uit derde landen, hetgeen ter sprake komt in de vierde vraag.

123. Daarom behoeven de derde en de vierde prejudiciële vraag geen specifiek antwoord dat verschilt van het antwoord op de tweede vraag.

124. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging om op de tweede, de derde en de vierde prejudiciële vraag te antwoorden dat de Verdragsbepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan de regeling van een lidstaat als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die de verrekening en teruggave uitsluit van de vennootschapsbelasting die is betaald door (klein)dochterondernemingen van een ingezeten vennootschap die zijn gevestigd in andere lidstaten, staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst of derde landen, wanneer de moedermaatschappij verlies lijdt, terwijl in deze verrekening wel is voorzien voor ingezeten dochterondernemingen en teruggave mogelijk is in geval van verlies.

### VII – Conclusie

125. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de door het Finanzgericht Köln gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

- „1) Het Unierecht moet aldus worden uitgelegd dat de verenigbaarheid van de regeling van een lidstaat inzake de dividendbelasting die van toepassing is op alle deelnemingen van meer dan 10 %, kan worden getoetst aan het vrije verkeer van kapitaal wanneer met de betrokken deelnemingen een zekere invloed kan worden uitgeoefend op de besluiten van vennootschappen en de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, voor zover deze regeling niet tot voorwerp heeft de voorwaarden te stellen waaronder vennootschappen van die lidstaat toegang krijgen tot de markt in andere lidstaten of derde landen, of waaronder vennootschappen uit andere lidstaten en derde landen toegang krijgen tot de markt in die lidstaat.
- 2) De Verdragsbepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan de regeling van een lidstaat als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die de verrekening en teruggave uitsluit van de vennootschapsbelasting die is betaald door (klein)dochterondernemingen van een ingezeten vennootschap die zijn gevestigd in andere lidstaten, staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst of derde landen, wanneer de moedermaatschappij verlies lijdt, terwijl in deze verrekening wel is voorzien voor ingezeten dochterondernemingen en teruggave mogelijk is in geval van verlies.”

48 — Zie voor het verschil tussen de intracommunautaire en extracommunautaire aspecten van het vrije kapitaalverkeer, reeds aangehaalde arresten *Test Claimants in the FII Group Litigation I* (punt 170), *A* (punten 60 e.v.) en *Orange European Smallcap Fund* (punten 89 en 90); *beschikking Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, reeds aangehaald (punt 92), en *beschikking van 4 juni 2009, KBC Bank en Beleggen, Risicokapitaal, Beheer* (C-439/07 en C-499/07, Jurispr. blz. I-4409, punten 71 en 72).