



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. WATHELET
van 21 november 2013¹

Zaak C-326/12

**Rita van Caster,
Patrick van Caster
tegen
Finanzamt Essen-Süd**

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

„Vrij verkeer van kapitaal — Belasting van opbrengsten uit beleggingsfondsen die beleggers geen gedetailleerde mededeling van winst doen toekomen („intransparente Fonds”)”

I – Inleiding

1. De onderhavige prejudiciële procedure betreft de verenigbaarheid van nationale bepalingen zoals de §§ 5 en 6 van het Investmentsteuergesetz (Duitse wet inzake belasting op beleggingen; hierna: „InvStG”), met de bepalingen van het VWEU inzake het vrije kapitaalverkeer. Volgens de betrokken nationale bepalingen worden de opbrengsten voor een belegger uit een beleggingsfonds forfaitair belast indien de vennootschap die het fonds beheert de verplichtingen van transparantie en tot informatieverstrekking uit hoofde van die wet niet is nagekomen.

II – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*

2. Artikel 63, lid 1, VWEU (oud artikel 56, lid 1, EG) luidt:

„In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.”

3. Artikel 65, lid 3, VWEU (oud artikel 58, lid 3, EG) luidt:

„De in de leden 1 en 2 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 63.”

¹ — Oorspronkelijke taal: Frans.

4. Artikel 1, getiteld „Algemene bepalingen”, van 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 en heffingen op verzekeringspremies², die ten tijde van de feiten van toepassing was, bepaalde:

„1. De bevoegde autoriteiten van de lidstaten verstrekken elkaar overeenkomstig deze richtlijn alle inlichtingen die hun van nut kunnen zijn voor een juiste vaststelling van de belastingschuld op het gebied van de belastingen naar het inkomen en het vermogen.

2. Als belastingen naar het inkomen en het vermogen worden, ongeacht de heffingsvorm, beschouwd alle belastingen die worden geheven naar het gehele inkomen, naar het gehele vermogen of naar bestanddelen van het inkomen of van het vermogen, daaronder begrepen belastingen naar voordelen verkregen uit de vervreemding van roerende of onroerende zaken, belastingen geheven naar loonsommen, alsmede belastingen naar waardevermeerdering.

[...]”

5. Artikel 2 van die richtlijn, getiteld „Uitwisseling van inlichtingen op verzoek”, luidt:

„1. De bevoegde autoriteit van een lidstaat kan de bevoegde autoriteit van een andere lidstaat om de verstrekking van de in artikel 1, lid 1, bedoelde inlichtingen verzoeken voor een bepaald geval. De bevoegde autoriteit van de aangezochte staat is niet gehouden aan dit verzoek gevolg te geven wanneer blijkt dat de bevoegde autoriteit van de verzoekende staat niet eerst alle eigen gebruikelijke mogelijkheden voor het verkrijgen van de inlichtingen heeft benut, die zij in de gegeven situatie had kunnen benutten zonder het beoogde resultaat in gevaar te brengen.

2. De bevoegde autoriteit van de aangezochte staat laat zo nodig een onderzoek instellen om de in lid 1 bedoelde inlichtingen te kunnen verstrekken.”

6. Artikel 11 van die richtlijn, getiteld „Toepasbaarheid van verdergaande verplichtingen inzake bijstand”, luidt:

„Verdergaande verplichtingen tot uitwisseling van inlichtingen welke voortvloeien uit andere rechtsvoorschriften worden door deze richtlijn niet beperkt.”

B – *Duits recht*

7. Het Finanzgericht Düsseldorf baseert zich op de volgende bepalingen van het InvStG.

2 — PB L 336, blz. 15. Die richtlijn is met ingang van 1 januari 2013 ingetrokken bij richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van richtlijn 77/799 (PB L 64, blz. 1). Ook al bevat de nieuwe richtlijn belangrijke wijzigingen van het systeem voor de uitwisseling van inlichtingen tussen de belastingautoriteiten van de lidstaten, die wijzigingen hebben geen invloed op de onderhavige analyse.

8. § 5, lid 1, InvStG, in de versie van 15 december 2003, die van toepassing is met ingang van 1 januari 2004, luidt:

„Belastinggrondslagen

(1) De §§ 2 en 4 zijn slechts van toepassing wanneer:

1. de beleggingsmaatschappij bij elke uitkering met betrekking tot een deelnemingsrecht aan de beleggers [de volgende in de uitkering vervatte of hiermee verband houdende bedragen] in het Duits meedeelt:
 - a) het bedrag van de uitkering (met minstens vier cijfers achter de komma),
 - b) het bedrag van de uitgekeerde opbrengsten (met minstens vier cijfers achter de komma),
 - c) de in de uitkering vervatte
 - aa) met een uitkering gelijkgestelde opbrengsten van de vorige jaren,
 - bb) belastingvrije vervreemdingswinst in de zin van § 2, lid 3, punt 1, eerste volzin,
 - cc) opbrengsten in de zin van § 3, punt 40, van het Einkommensteuergesetz [Duitse wet op de inkomstenbelasting],
 - dd) opbrengsten in de zin van § 8b, lid 1, van het Körperschaftsteuergesetz [Duitse wet op de vennootschapsbelasting],
 - ee) vervreemdingswinst in de zin van § 3, punt 40, van het Einkommensteuergesetz,
 - ff) vervreemdingswinst in de zin van § 8b, lid 2, van het Körperschaftsteuergesetz,
 - gg) opbrengsten in de zin van § 2, lid 3, punt 1, tweede volzin, voor zover het niet gaat om kapitaalopbrengsten in de zin van § 20 van het Einkommensteuergesetz,
 - hh) belastingvrije vervreemdingswinst in de zin van § 2, lid 3, punt 2,
 - ii) inkomsten in de zin van § 4, lid 1,
 - jj) inkomsten in de zin van § 4, lid 2, waarvoor geen aftrek krachtens lid 4 plaatsvond,
 - kk) inkomsten in de zin van § 4, lid 2, die krachtens een overeenkomst ter voorkoming van dubbele belasting recht geven op verrekening van een belasting die wordt geacht te zijn betaald met de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting,
 - d) het deel van de uitkering waarvoor een recht op verrekening of teruggaaf van belasting op kapitaalopbrengsten bestaat in de zin van
 - aa) § 7, leden 1 en 2,
 - bb) § 7, lid 3,
 - e) het bedrag van de verrekenbare of terug te geven belasting op kapitaalopbrengsten in de zin van

- aa) § 7, leden 1 en 2,
 - bb) § 7, lid 3,
 - f) het bedrag van de buitenlandse belastingen over de in de uitgekeerde opbrengsten vervatte inkomsten in de zin van § 4, lid 2, dat
 - aa) krachtens § 34c, lid 1, van het Einkommensteuergesetz of een overeenkomst ter voorkoming van dubbele belasting verrekenbaar is,
 - bb) krachtens § 34c, lid 3, van het Einkommensteuergesetz aftrekbaar is indien geen aftrek krachtens § 4, lid 4, plaatsvond,
 - cc) krachtens een overeenkomst ter voorkoming van dubbele belasting wordt geacht te zijn betaald,
 - g) het bedrag van de aftrek voor slijtage of waardevermindering krachtens § 3, lid 3, eerste volzin,
 - h) het bedrag van de door de uitkerende vennootschap krachtens § 37, lid 3, van het Körperschaftsteuergesetz gevorderde korting op de vennootschapsbelasting;
2. de beleggingsmaatschappij bij aan uitkering gelijkwaardige opbrengsten binnen vier maanden na afloop van het boekjaar waarin zij als verkregen worden beschouwd, aan de beleggers de gegevens met betrekking tot een deelnemingsrecht overeenkomstig punt 1 in het Duits meedeelt;
 3. de beleggingsmaatschappij de in de punten 1 en 2 genoemde gegevens in verband met het jaarverslag in de zin van § 45, lid 1, en § 122, lid 1 of 2, van het Investmentgesetz [Duitse wet inzake beleggingen] bekendmaakt in de elektronische Bundesanzeiger [Duitse staatscourant]; de gegevens moeten vergezeld gaan van een certificaat van een tot zakelijke steun gemachtigde beroepsbeoefenaar in de zin van § 3 van het Steuerberatungsgesetz [Duitse wet betreffende het beroep van belastingadviseur], een door de overheid erkend accountantskantoor of een vergelijkbare instantie, dat bevestigt dat de gegevens zijn vastgesteld volgens de regels van het Duitse belastingrecht; § 323 van het Handelsgesetzbuch [Duits wetboek van koophandel] is van overeenkomstige toepassing. Indien het jaarverslag volgens het Investmentgesetz niet in de elektronische Bundesanzeiger wordt bekendgemaakt, moet ook worden meegedeeld waar het verslag in het Duits is bekendgemaakt;
 4. de buitenlandse beleggingsmaatschappij de som van de na 31 december 1993 aan de bezitter van de buitenlandse deelnemingsrechten ten goede komende opbrengsten, die nog niet aan belasting zijn onderworpen, berekent en samen met de terugkoopprijs bekendmaakt;
 5. de buitenlandse beleggingsmaatschappij op verzoek aan het Bundeszentralamt für Steuern [federale belastingdienst] binnen de drie maanden sluitend bewijs levert van de juistheid van de in de punten 1, 2 en 4 genoemde gegevens. Indien de documenten in een vreemde taal zijn gesteld, kan een gewaarmerkte vertaling in het Duits worden geëist. Indien de buitenlandse beleggingsmaatschappij een onjuist bedrag heeft meegedeeld, moet zij onder eigen verantwoordelijkheid of op verzoek van het Bundeszentralamt für Steuern het verschil in de bekendmaking voor het lopende boekjaar behandelen.

Indien de in punt 1, sub c of sub f, bedoelde gegevens niet beschikbaar zijn, worden de opbrengsten belast volgens § 2, lid 1, eerste volzin, en is § 4 niet van toepassing.”³

9. § 6 InvStG, in de versie van 15 december 2003, die van toepassing is met ingang van 1 januari 2004, bepaalt:

„Belasting bij niet-bekendmaking Indien niet is voldaan aan de voorwaarden van § 5, lid 1, moet voor de belegger worden uitgegaan van de uitkeringen uit deelnemingsrechten, de tussentijdse winst en 70 % van de meerwaarde, die voortvloeit uit het verschil tussen de eerste en de laatste in het kalenderjaar vastgestelde terugkoop prijs van een deelnemingsrecht. Er moet worden uitgegaan van minstens 6 % van de laatste in het kalenderjaar vastgestelde terugkoop prijs. Indien geen terugkoop prijs is vastgesteld, wordt uitgegaan van de beurs- of marktprijs. [...]”

10. Artikel 26 van de op 11 april 1967 ondertekende Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Bondsrepubliek Duitsland tot voorkoming van dubbele belasting en tot regeling van sommige andere aangelegenheden inzake belastingen van inkomen en van vermogen, met inbegrip van de ondernemingsbelasting en de grondbelastingen (hierna: „overeenkomst tot voorkoming van dubbele belasting”) bepaalt:

„Uitwisseling van inlichtingen

1. De bevoegde autoriteiten van de overeenkomstsluitende staten wisselen de inlichtingen uit die nodig zijn om uitvoering te geven aan de bepalingen van de overeenkomst en aan die van de nationale wetten van de overeenkomstsluitende staten met betrekking tot de belastingen waarop de overeenkomst van toepassing is, voor zover de aanslag, waarin ze voorzien, met de overeenkomst in overeenstemming is.

[...]”

III – Hoofdgeding en prejudiciële vraag

11. R. van Caster en haar zoon, P. van Caster, in Duitsland woonachtige Belgische staatsburgers, hebben deelnemingen in kapitalisatiefondsen die in een andere lidstaat dan de Bondsrepubliek Duitsland zijn gevestigd. De deelnemingen waren in bewaring gegeven bij de in België gevestigde bank BBL/ING.

12. R. en P. van Caster hebben de opbrengsten uit hun deelnemingen in beleggingsfondsen aangegeven door middel van een schatting of berekening aan de hand van de bijgevoegde lijsten of het financiële dagblad „Börsen-Zeitung”, namelijk 8 435,43 EUR voor 2003, 10 500,94 EUR voor 2004, 12 318,18 EUR voor 2005, 13 263,04 EUR voor 2006, 12 672,46 EUR voor 2007 en 14 272,88 EUR voor 2008, zijnde een totaalbedrag van 71 462,93 EUR.

13. Van mening dat niet was voldaan aan de voorwaarden van § 5 InvStG, heeft het Finanzamt Essen-Süd die opbrengsten daarentegen vastgesteld overeenkomstig § 6 InvStG, op grond waarvan de belasting forfaitair moet worden vastgesteld op minstens 6 % van de laatste in het kalenderjaar vastgestelde terugkoop prijs. Volgens die belastingmethode zijn de volgende bedragen vastgesteld: 38 503,53 EUR voor 2003, 32 691,41 EUR voor 2004, 63 603,62 EUR voor 2005, 49 463,21 EUR voor 2006, 37 045,03 EUR voor 2007 en 25 139,27 EUR voor 2008, zijnde een totaalbedrag van 246 446,07 EUR.

3 — Zoals de Duitse regering opmerkt, is § 5 InvStG achteraf herhaaldelijk gewijzigd, maar telkens zeer weinig en zonder gevolgen voor het betrokken geding.

14. R. en P. van Caster hebben tegen die beschikking van het Finanzamt Essen-Süd beroep ingesteld bij het Finanzgericht Düsseldorf, op grond dat § 6 InvStG, die van toepassing is sinds 2004, in strijd was met het Unierecht, in het bijzonder met de bepalingen van het VWEU inzake het vrije kapitaalverkeer.

15. Ter terechtzitting voor de verwijzende rechter zijn partijen in het hoofdgeding voor 2003 het er in feite over eens geworden dat de opbrengsten van dat jaar op 4 % van de op 31 december 2003 vastgestelde terugkoopprijs, namelijk op 19 848,07 EUR, moesten worden geschat.

16. R. en P. van Caster hebben voor de verwijzende rechter gevorderd de belastingaanslagen voor 2004 tot en met 2008 in die zin te wijzigen dat de maatstaf van heffing voor de betrokken opbrengsten wordt bepaald op grond van de aangegeven bedragen. Het Finanzamt Essen-Süd heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep, op grond dat § 6 InvStG verenigbaar is met het Unierecht.

17. Daarop heeft het Finanzgericht Düsseldorf de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Is de forfaitaire belasting van opbrengsten uit zogenoemde „niet-transparante” (binnenlandse en buitenlandse beleggingsfondsen krachtens § 6 van het Investmentsteuergesetz in strijd met het gemeenschapsrecht (artikel 56 EG), doordat zij een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer (artikel 58, lid 3, EG) vormt?”

IV – Procesverloop voor het Hof

18. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is bij het Hof neergelegd op 10 juli 2012. R. en P. van Caster, het Finanzamt Essen-Süd, de Duitse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend en, met uitzondering van de regering van het Verenigd Koninkrijk, ter terechtzitting van 9 oktober 2013 pleidooi gehouden.

V – Analyse

A – Inleidende opmerkingen over §§ 5 en 6 InvStG

19. Volgens § 5 InvStG zijn opbrengsten uit deelnemingen in beleggingsfondsen, indien de beleggingsmaatschappij de verplichting nakomt om aan de beleggers en de Duitse autoriteiten in het Duits bepaalde inlichtingen in de voorgeschreven vorm en binnen de gestelde termijn te verstrekken, onderworpen aan de algemene regeling van transparante belasting (§§ 2 en 4 InvStG), te weten, zoals de Commissie benadrukt, een belasting op basis van werkelijke waarden of op zijn minst overeenkomstig § 162 van het Duitse wetboek van belastingen geschatte waarden, en niet op basis van forfaitaire waarden, alsof de belastingplichtige zijn vermogen rechtstreeks had belegd, buiten een beleggingsfonds om.

20. Indien een beleggingsmaatschappij niet voldoet aan de voorwaarden van § 5, lid 1, InvStG, moet de belegger belasting betalen over een forfaitair bedrag dat bij § 6 van die wet is vastgesteld op minstens 6 % van de laatste in het kalenderjaar vastgestelde terugkoopprijs. Volgens de verwijzende rechter is er geen uitzondering mogelijk op die forfaitaire vaststelling waardoor de belastingplichtige zou kunnen worden belast over de werkelijke waarde of in elk geval de geschatte waarde van de ontvangen opbrengsten.

21. Derhalve moet de belastingplichtige de gevolgen dragen van het feit dat de vennootschap die het beleggingsfonds beheert zich niet voegt naar het InvStG.

22. Over het algemeen zijn de §§ 5 en 6 InvStG zonder onderscheid van toepassing op Duitse en buitenlandse beleggingsmaatschappijen, met uitzondering van de verplichting om de som van de na 31 december 1993 aan de bezitter van de buitenlandse deelnemingsrechten ten goede komende opbrengsten (§ 5, lid 1, punt 4, InvStG) te berekenen en samen met de terugkoop prijs bekend te maken, en de verplichting om aan het Bundeszentralamt für Steuern sluitend bewijs te leveren van de juistheid van bepaalde gegevens (§ 5, lid 1, punt 5, InvStG). Die twee verplichtingen gelden slechts voor buitenlandse beleggingsmaatschappijen.

23. Ik stel vast dat laatstgenoemde verplichting inhoudt dat beleggers op verzoek van het Bundeszentralamt für Steuern, zonder dat het dat verzoek hoeft te rechtvaardigen, het bewijs moeten leveren van de juistheid van gegevens. Niets in het dossier verklaart waarom die bewijsplicht niet ook voor Duitse beleggingsmaatschappijen geldt.

24. Aangaande de toepassing van het InvStG op de feiten van de onderhavige zaak, merk ik op dat de verwijzende rechter niet aangeeft aan welke voorwaarde of voorwaarden van § 5 InvStG de betrokken buitenlandse beleggingsmaatschappij niet zou hebben voldaan. Dat heeft geen invloed op mijn analyse, aangezien, zoals de Commissie heeft gezegd en het Finanzamt Essen-Süd heeft aanvaard ter terechtzitting, de niet-naleving van slechts een van de voorwaarden van § 5, lid 1, InvStG tot de in § 6 InvStG bedoelde forfaitaire belasting leidt.

B – Bestaan van een beperking van het vrije kapitaalverkeer

25. De verwijzende rechter verwijst in zijn vraag naar de ten tijde van de feiten geldende artikelen 56 EG en 58, lid 3, EG, die ongewijzigd zijn vervangen door de artikelen 63 VWEU en 65, lid 3, VWEU.

1. Standpunt van partijen

26. Volgens het Finanzamt Essen-Süd, de Duitse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk wordt het vrije kapitaalverkeer niet beperkt. Zij zijn van mening dat een nationale wet als die in het hoofdgeding, die zonder onderscheid van toepassing is op Duitse en buitenlandse beleggingsmaatschappijen, geen beperking van die vrijheid kan vormen.

27. Zij zijn voorts van mening dat er in casu evenmin sprake is van een verkapte beperking. Volgens het Finanzamt Essen-Süd en de Duitse regering kunnen de Duitse autoriteiten terecht van de belastingplichtigen alle bewijzen verlangen die zij noodzakelijk achten om het juiste bedrag van de inkomstenbelasting te bepalen.

28. Zij merken op dat de betrokken wettelijke regeling in feite geen bijzondere problemen oplevert voor buitenlandse beleggingsmaatschappijen. Zij zijn van mening dat dit ook geldt voor de twee voorwaarden die slechts voor buitenlandse beleggingsmaatschappijen gelden, namelijk de verplichting om de terugkoop prijs en de som van de na 31 december 1993 aan de bezitter van de buitenlandse deelnemingsrechten ten goede komende opbrengsten bekend te maken (§ 5, lid 1, punt 4, InvStG), en de verplichting om aan het Bundeszentralamt für Steuern sluitend bewijs te leveren van de juistheid van bepaalde gegevens (§ 5, lid 1, punt 5, InvStG).

29. Tot staving van hun standpunt verwijzen het Finanzamt Essen-Süd en de Duitse regering naar het feit dat het Bundeszentralamt für Steuern in 2011 ongeveer 31 800 mededelingen van buitenlandse beleggingsmaatschappijen heeft onderzocht. De Duitse regering voegt daaraan toe dat slechts voor 25 van die buitenlandse beleggingsmaatschappijen een schending is vastgesteld van de bij § 5 InvStG opgelegde verplichtingen tot berekening en bekendmaking.

30. Uitgaande van het beginsel dat de verwijzende rechter de voorwaarden die krachtens § 5, lid 1, punten 4 en 5, InvStG alleen voor buitenlandse beleggingsmaatschappijen gelden, niet vermeldt, richt de Commissie haar analyse op de twee door de verwijzende rechter gegeven voorbeelden van verplichtingen die door buitenlandse beleggingsmaatschappijen „vaak” niet worden nagekomen, namelijk de verplichtingen om de opbrengsten uit de beleggingen in het Duits mee te delen en om de krachtens het InvStG vereiste gegevens in de elektronische Bundesanzeiger bekend te maken.

31. Aangaande de eerste verplichting merkt de Commissie op dat in de in de litigieuze jaren geldende prudentiële voorschriften voor beleggingsfondsen, met name artikel 47 van richtlijn 85/611/EEG⁴, slechts voor de gegevens die relevant waren voor het prudentieel toezicht en die daarom moesten worden bekendgemaakt, taaleisen waren vastgesteld.

32. Aangaande de tweede verplichting merkt de Commissie op dat buitenlandse fondsen eerder door hun commerciële belangen dan door het InvStG ertoe worden aangezet die gegevens aan de Duitse beleggers in het Duits mee te delen en ze in die taal in de Bundesanzeiger bekend te maken.

33. De Commissie acht het, onder voorbehoud van de vaststellingen van de verwijzende rechter, waarschijnlijk dat de in § 6 InvStG bedoelde forfaitaire belasting een verkapte beperking vormt, doordat het belastingvoordeel, namelijk de belasting op basis van werkelijke of geschatte waarden, is onderworpen aan formaliteiten waaraan, anders dan door buitenlandse vennootschappen, natuurlijk wordt voldaan door binnenlandse vennootschappen die voornamelijk binnenlandse cliënten hebben, met wie zij in hun gemeenschappelijke taal communiceren.

34. Een buitenlandse beleggingsmaatschappij zal daarentegen niet aan die formaliteiten voldoen indien haar rechten van deelneming in Duitsland passief worden verhandeld, aangezien de enige reden om daaraan te voldoen de belasting van de in dat land gevestigde beleggers is, en niet haar eigen handelsbelangen.

35. R. en P. van Caster sluiten zich aan bij het standpunt van de verwijzende rechter dat, ondanks dat § 5 InvStG zonder onderscheid wordt toegepast op binnenlandse en buitenlandse beleggingsmaatschappijen, er sprake is van een verkapte of feitelijke discriminatie van buitenlandse beleggingsmaatschappijen, omdat bijna alle Duitse beleggingsmaatschappijen aan de voorwaarden van § 5 InvStG voldoen, terwijl buitenlandse beleggingsmaatschappijen vaak geen reden hebben om aan die voorwaarden te voldoen.

2. Beoordeling

36. Vooraf zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, maar dat de lidstaten verplicht zijn die bevoegdheid in overeenstemming met het Unierecht uit te oefenen.⁵

37. Tevens volgt uit vaste rechtspraak dat de maatregelen die ingevolge artikel 63, lid 1, VWEU verboden zijn omdat zij het vrije kapitaalverkeer beperken, mede de maatregelen omvatten die niet-ingezetenen ervan kunnen doen afzien in een lidstaat investeringen te doen, of ingezetenen van deze lidstaat kunnen ontmoedigen in andere lidstaten investeringen te doen.⁶

4 — Richtlijn van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) (PB L 375, blz. 3).

5 — Zie arresten van 4 maart 2004, Commissie/Frankrijk (C-334/02, Jurispr. blz. I-2229, punt 21); 20 januari 2011, Commissie/Griekenland (C-155/09, Jurispr. blz. I-65, punt 39); 16 juni 2011, Commissie/Oostenrijk (C-10/10, Jurispr. blz. I-5389, punt 23), en 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11–C-347/11, punt 14).

6 — Zie arresten van 25 januari 2007, Festersen (C-370/05, Jurispr. blz. I-1129, punt 24); 18 december 2007, A (C-101/05, Jurispr. blz. I-11531, punt 40), en 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen (C-436/08 en C-437/08, Jurispr. blz. I-305, punt 50), en reeds aangehaald arrest Santander Asset Management SGIIC e.a. (punt 15).

38. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 27 januari 2009, Persche, met betrekking tot de mogelijkheid van belastingaftrek in Duitsland voor giften aan als van algemeen nut erkende instellingen wanneer zij in andere lidstaten zijn gevestigd, „[...] kan de niet-aftrekbaarheid in Duitsland van giften aan als van algemeen nut erkende instellingen wanneer zij in andere lidstaten zijn gevestigd, bewerkstelligen dat Duitse belastingplichtigen minder geneigd zijn om aan die instellingen giften te doen, daar de mogelijkheid van belastingaftrek het gedrag van de schenker aanmerkelijk kan beïnvloeden. Een dergelijke wettelijke regeling vormt dus een in beginsel bij artikel [63 VWEU] verboden beperking van het vrije kapitaalverkeer”.⁷

39. Voorts heeft het Hof zeer onlangs, in verband met een bepaling van Pools recht die buitenlandse beleggingen van Poolse open pensioenfondsen beperkte tot 5 % van de waarde van de activa van het betrokken fonds, geoordeeld dat een „dergelijke bepaling [...] ook een restrictief gevolg [heeft] voor in andere lidstaten gevestigde vennootschappen, voor zover zij hen belemmert in het bijeenbrengen van kapitaal in Polen, aangezien de verwerving van met name aandelen en rechten van deelneming van instellingen voor collectieve belegging wordt beperkt”.⁸

40. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dus duidelijk dat een nationale bepaling die de ingezetenen van een lidstaat afschrikt om te investeren in een onderneming die in een andere lidstaat is gevestigd en in andere lidstaten gevestigde ondernemingen belet om in die lidstaat gevestigde of woonachtige beleggers aan te trekken, een beperking van het vrije kapitaalverkeer vormt.

41. De vraag is dus of van de §§ 5 en 6 InvStG die afschrikkende werking uitgaat.

42. De voorwaarden van § 5 InvStG gelden weliswaar zonder onderscheid voor binnenlandse en buitenlandse beleggingsmaatschappijen (met uitzondering van de voorwaarden van lid 1, punten 4 en 5) en, zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk opmerkt, mag het voor een grote internationale bank niet onmogelijk zijn om eraan te voldoen, maar evenzeer staat vast dat, afgezien van de technische moeilijkheden die deze voorwaarden in zich sluiten, een buitenlandse beleggingsmaatschappij die zich niet of niet zozeer op de Duitse markt richt, er nauwelijks belang bij heeft om aan die voorwaarden te voldoen. Dat geldt des te meer daar de belegger de gevolgen draagt van het besluit van de vennootschap die het fonds beheert om niet te voldoen aan die voorwaarden.

43. De gevolgen voor de belegger kunnen zwaar zijn. Anders dan de Duitse regering, die van mening is dat de forfaitaire belasting uit hoofde van § 6 InvStG gematigd is, ben ik het met de Commissie eens dat een forfaitair vastgesteld rendement van 6 % op zich hoog is, vooral wanneer de rente gedurende een lange periode laag blijft. De Duitse regering heeft ter terechtzitting erop gewezen dat dit cijfer in 2004 bij de inwerkingtreding van de huidige versie van het InvStG was vastgesteld, en sindsdien niet was gewijzigd.

44. In het betrokken dossier zijn de belastbare inkomsten van R. en P. van Caster door de toepassing van § 6 InvStG toegenomen van een werkelijke of geschatte waarde van 71 462,93 EUR tot een forfaitair vastgestelde waarde van 246 446,07 EUR.

45. Derhalve ben ik van mening dat, zoals de verwijzende rechter overigens opmerkt, het gecombineerde effect van de §§ 5 en 6 InvStG, namelijk het grote risico van een hogere belasting (ingevolge de forfaitaire vaststelling van de belastbare inkomsten), dat verband houdt met de grote kans dat de buitenlandse beleggingsmaatschappijen niet voldoen aan de voorwaarden van de §§ 5 en 6 InvStG, is dat Duitse beleggers worden afschrikt om in buitenlandse beleggingsfondsen te beleggen.

7 — C-318/07, Jurispr. blz. I-359, punten 38 en 39.

8 — Zie arrest van 21 december 2011, Commissie/Polen (C-271/09, Jurispr. blz. I-13613, punt 52). Zie ook arresten van 6 juni 2000, Verkooijen (C-35/98, Jurispr. blz. I-4071, punten 34 en 35), en 15 juli 2004, Weidert en Paulus (C-242/03, Jurispr. blz. I-7379, punten 13 en 14).

46. Die conclusie inzake het bestaan van een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer wordt versterkt door het feit dat § 6 InvStG elke andere vaststelling of schatting, met name op basis van door de belastingplichtige belegger zelf verstrekte gegevens, uitsluit.

47. Ook al heeft het Hof die omstandigheid vaak in aanmerking genomen in het stadium van de rechtvaardiging⁹, hetgeen ik hierna ook zal doen, het heeft in het arrest Meilicke e.a., immers geoordeeld dat „een nationale wetgeving [...] volgens welke voor de toekenning van het belastingkrediet de overlegging van een certificaat overeenkomstig het nationale stelsel van de betrokken lidstaat is vereist, *zonder dat de aandeelhouder de mogelijkheid heeft om het bedrag van de door de uitkerende vennootschap daadwerkelijk betaalde belasting aan de hand van andere gegevens en relevante informatie te bewijzen*, een door artikel 65, lid 3, VWEU verboden verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer vormt [...]”.¹⁰

48. Gelet op het voorgaande concludeer ik dat het gecombineerde effect van de §§ 5 en 6 InvStG een beperking van het vrije kapitaalverkeer tot gevolg heeft.

C – Rechtvaardiging

49. Onderzocht moet nog worden of die beperking gerechtvaardigd kan zijn uit hoofde van het VWEU.

50. Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat het vrije kapitaalverkeer slechts door een nationale regeling kan worden beperkt indien deze regeling wordt gerechtvaardigd door een van de in artikel 65 VWEU genoemde redenen of door een dwingende reden van algemeen belang in de zin van de rechtspraak van het Hof.¹¹

51. Het Finanzamt Essen-Süd en de Duitse regering voeren geen van de in artikel 65 VWEU genoemde redenen aan, maar wel twee dwingende redenen van algemeen belang die door het Hof reeds zijn erkend als mogelijke rechtvaardiging van beperkingen van de vrijheden van verkeer, namelijk de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten¹² en een doeltreffende fiscale controle.¹³

52. Aangaande de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, die ter terechtzitting niet is vermeld, merken het Finanzamt Essen-Süd en de Duitse regering in hun schriftelijke opmerkingen op dat het InvStG zowel beleggingen in fondsen en rechtstreekse beleggingen, als beleggingen in buitenlandse fondsen en beleggingen in binnenlandse fondsen, beoogt fiscaal gelijk te behandelen. Het Finanzamt Essen-Süd herinnert eraan dat de Bondsrepubliek Duitsland belasting heft over het wereldinkomen van haar ingezetenen, die dus onbeperkt moeten worden onderworpen aan de inkomstenbelasting.

9 — Zie arresten van 8 juli 1999, Baxter e.a. (C-254/97, Jurispr. blz. I-4809, punten 19 en 20); 28 oktober 1999, Vestergaard (C-55/98, Jurispr. blz. I-7641, punt 26), en 11 oktober 2007, ELISA (C-451/05, Jurispr. blz. I-8251, punt 95); reeds aangehaald arrest Persche (punt 53); arresten van 6 oktober 2011, Commissie/Portugal (C-493/09, Jurispr. blz. I-9247, punt 46), en 28 februari 2013, Petersen (C-544/11, punt 51).

10 — Arrest van 30 juni 2011 (C-262/09, Jurispr. blz. I-5669, punt 40) (cursivering van mij).

11 — Zie arrest van 14 februari 2008, Commissie/Spanje (C-274/06, Jurispr. blz. I-26, punt 35), en reeds aangehaald arrest Commissie/Polen (punt 55).

12 — Zie arresten van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 45); 7 september 2006, N (C-470/04, Jurispr. blz. I-7409, punt 42); 18 juli 2007, Oy AA (C-231/05, Jurispr. blz. I-6373, punt 51); 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Jurispr. blz. I-3601, punt 31); 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, Jurispr. blz. I-1215, punt 28), en 29 november 2011, National-Grid Indus (C-371/10, Jurispr. blz. I-12273, punt 45).

13 — Zie arresten van 20 februari 1979, Rewe-Zentral, „Cassis de Dijon” (120/78, Jurispr. blz. 649, punt 8); 15 mei 1997, Futura Participations en Singer (C-250/95, Jurispr. blz. I-2471, punt 31); 10 maart 2005, Laboratoires Fournier (C-39/04, Jurispr. blz. I-2057, punt 24); 11 juni 2009, X en Passenheim-van Schoot (C-155/08 en C-157/08, Jurispr. blz. I-5093, punt 45), en 1 juli 2010, Dijkman en Dijkman-Lavaleije (C-233/09, Jurispr. blz. I-6649, punt 58); reeds aangehaalde arresten Commissie/Portugal (punt 42) en Meilicke e.a. (punt 41); arrest van 5 juli 2012, SIAT (C-318/10, punt 36), en reeds aangehaald arrest Petersen (punt 50).

53. Volgens mij blijkt uit het dossier duidelijk dat in casu geen vraag van verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten rijst. Die dwingende reden van algemeen belang betreft immers een regeling die „gedragingen [beoogt] te vermijden die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden”¹⁴, meer in het bijzonder wanneer belastingplichtigen de belastingbevoegdheid van een lidstaat in het geding trachten te brengen ten bate van een voor hen meer voordelige belastingbevoegdheid van een andere lidstaat. Dat is in casu niet het geval, aangezien de Bondsrepubliek Duitsland bevoegd blijft om de inkomsten van haar ingezetenen te belasten, ook die uit hun beleggingen in buitenlandse fondsen. Derhalve is geen vraag van verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten aan de orde.

54. In ieder geval betreft de redenering van het Finanzamt Essen-Süd en de Duitse regering op dit punt helemaal niet de bescherming van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten, maar veeleer de gelijkheid van de Duitse ingezetenen voor de Duitse belastingen, ongeacht het type of de plaats van hun beleggingen.

55. Wat de doeltreffende fiscale controle betreft, bestaat er volgens het Finanzamt Essen-Süd en de Duitse regering een risico dat de Duitse fiscus opbrengsten uit buitenlandse beleggingsfondsen niet werkelijk kan belasten, vooral wanneer de opbrengsten uit het buitenlandse beleggingsfonds niet worden uitgekeerd – aangezien het in casu om kapitalisatiefondsen gaat – en derhalve geen betaling plaatsvindt in het land waar de belasting op kapitaalopbrengsten moet worden geïnd.

56. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen een dwingende reden van algemeen belang kan vormen die een beperking van de uitoefening van de door het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen.¹⁵

57. Zoals de Duitse regering opmerkt, kunnen de belastingautoriteiten van een lidstaat van de belastingplichtigen alle bewijzen verlangen die zij noodzakelijk achten om te beoordelen of is voldaan aan de voorwaarden voor een belastingvoordeel.¹⁶

58. Onder aanhaling van het arrest van 28 oktober 2010, *Établissements Rimbaud* (C-72/09, Jurispr. blz. I-10659, punt 35), voegt de regering van het Verenigd Koninkrijk daaraan toe „dat een lidstaat maatregelen mag toepassen die een duidelijke en nauwkeurige controle van het door de belastingplichtigen verschuldigde bedrag mogelijk maken”, hetgeen betekent dat het niet buitensporig is dat een lidstaat in bepaalde situaties geen belastingvoordeel verleent wanneer „hij niet in staat is om daadwerkelijk en doeltreffend te controleren of is voldaan aan de voorwaarden die in zijn nationale wet voor een dergelijk voordeel gelden” (punt 134 van de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak die heeft geleid tot het reeds aangehaald arrest A).

59. Een beperkende maatregel kan echter slechts gerechtvaardigd zijn door de noodzaak om doeltreffende fiscale controles te verzekeren, indien hij in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, dat wil zeggen dat hij geschikt moet zijn om het ermee nagestreefde doel te bereiken en niet verder mag gaan dan ter bereiking van dat doel nodig is.¹⁷

14 — Arrest van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, Jurispr. blz. I-487, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook reeds aangehaald arrest Oy AA (punt 54) en arrest van 18 juni 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha* (C-303/07, Jurispr. blz. I-5145, punt 66).

15 — Zie reeds aangehaalde arresten *Cassis de Dijon* (punt 8), *Futura Participations en Singer* (punt 31), *Laboratoires Fournier* (punt 24), *X en Passenheim-van Schoot* (punt 45), *Dijkman en Dijkman-Lavaleije* (punt 58), *Commissie/Portugal* (punt 42), *Meilicke e.a.* (punt 41), *SIAT* (punt 36) en *Petersen* (punt 50).

16 — Zie arresten van 3 oktober 2002, *Danner* (C-136/00, Jurispr. blz. I-8147, punt 50), en 26 juni 2003, *Skandia en Ramstedt* (C-422/01, Jurispr. blz. I-6817, punt 43), en reeds aangehaald arrest *Persche* (punt 54).

17 — Zie reeds aangehaald arrest *Meilicke e.a.* (punt 42). Zie ook arrest van 30 november 1995, *Gebhard* (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37), en reeds aangehaalde arresten A (punt 56) en *Persche* (punt 52).

60. Waarschijnlijk moeten de inlichtingen en de ingevolge § 5 InvStG vereiste controle van de juistheid van bepaalde gegevens de Duitse belastingautoriteiten in staat stellen het juiste bedrag van de belasting over de opbrengsten uit beleggingsfondsen te bepalen op basis van de werkelijke of geschatte waarde van die opbrengsten. Ik heb echter goede redenen om aan te nemen dat de Duitse regeling verder gaat dan hetgeen nodig is voor de verwezenlijking van die doelstelling het juiste bedrag van de verschuldigde belasting te bepalen.

61. Zoals ik reeds heb opgemerkt, geeft de verwijzende rechter niet aan welke bij § 5 InvStG opgelegde verplichtingen niet zouden zijn nagekomen in het dossier van R. en P. van Caster, maar uit de gemeenschappelijke punten van de verschillende categorieën voorwaarden van die § 5 kunnen de volgende gegevens worden afgeleid.

62. Allereerst legt § 5 InvStG slechts aan beleggingsmaatschappijen verplichtingen op en niet aan belastingplichtigen van wie de inkomsten in Duitsland worden belast. Wanneer de vennootschappen die de beleggingsfondsen beheren buitenlandse vennootschappen zijn, worden zij niet alleen in die lidstaat niet belast, maar zijn zij evenmin aan het Duitse recht onderworpen.

63. De Duitse belastingautoriteiten hadden, op zijn minst voor een hele reeks krachtens § 5 InvStG vereiste inlichtingen, de belastingautoriteiten van de lidstaat van vestiging van de beleggingsmaatschappij, in casu het Koninkrijk België, om bijstand kunnen verzoeken op basis van artikel 2, lid 1, van richtlijn 77/799 of kunnen gebruikmaken van artikel 26 van de Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Bondsrepubliek Duitsland tot voorkoming van dubbele belasting, hetgeen onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter niet is gebeurd.

64. Inderdaad, zoals het Hof reeds heeft geoordeeld in het reeds aangehaalde arrest Persche, „kunnen de betrokken belastingautoriteiten uit hoofde van richtlijn 77/799 zich tot de autoriteiten van een andere lidstaat wenden teneinde *elke inlichting* te verkrijgen *die noodzakelijk blijkt te zijn* om het juiste bedrag van de belasting van een belastingplichtige te bepalen [...]. De inlichtingen waarvan de bevoegde autoriteiten van een lidstaat krachtens richtlijn 77/799 de verstrekking kunnen verlangen, zijn juist *alle inlichtingen die zij noodzakelijk achten om aan de hand van de door hen toe te passen wetgeving het juiste belastingbedrag te bepalen*”.¹⁸ De Duitse autoriteiten konden derhalve de Belgische autoriteiten om de in § 5, lid 1, punten 1 en 2, InvStG opgesomde inlichtingen verzoeken.

65. Voorts kan volgens vaste rechtspraak¹⁹, afgezien van de toepassing van die twee instrumenten voor informatie-uitwisseling, namelijk richtlijn 77/799 en de Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Bondsrepubliek Duitsland tot voorkoming van dubbele belasting, een absoluut verbod dat de belastingplichtige belet de belastingautoriteiten de vereiste inlichtingen te verstrekken, in casu de omstandigheid dat R. en P. van Caster niet kunnen bewijzen dat de werkelijke of geschatte waarde van hun deelneming in het buitenlandse beleggingsfonds lager is dan de op grond van § 6 InvStG vermoede waarde, in een interne aangelegenheid van de Unie niet gerechtvaardigd zijn ten aanzien van het vrije kapitaalverkeer.

18 — Reeds aangehaald arrest Persche, punten 61 en 62 (cursivering van mij). Zie ook in die zin arrest van 11 augustus 1995, Wielockx (C-80/94, Jurispr. blz. I-2493, punt 26); reeds aangehaalde arresten Futura Participations en Singer (punt 41), Vestergaard (punten 26 en 28), Danner (punt 49) en Skandia en Ramstedt (punt 42); arresten van 14 september 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Jurispr. blz. I-8203, punt 50); 30 januari 2007, Commissie/Denemarken (C-150/04, Jurispr. blz. I-1163, punt 52); 29 maart 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, Jurispr. blz. I-2647, punt 56), en 27 september 2007, Twoh International (C-184/05, Jurispr. blz. I-7897, punt 36).

19 — Zie reeds aangehaald arrest Meilicke e.a. (punten 43 en 44). Zie ook in die zin reeds aangehaalde arresten Baxter e.a. (punten 19 en 20), Laboratoires Fournier (punt 25), ELISA (punt 96), Persche (punt 53) en Commissie/Portugal (punt 46).

66. Dienaangaande is het Hof zeer duidelijk geweest in het reeds aangehaalde arrest Meilicke e.a., waarin het heeft geoordeeld dat:

- „43 Een regeling van een lidstaat die personen die in die lidstaat onbeperkt belastingplichtig zijn voor de inkomstenbelasting en die hebben geïnvesteerd in kapitaalvennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, volstrekt belet bewijsmateriaal voor te leggen dat voldoet aan andere criteria, met name inzake de overlegging, dan de in de wetgeving van de eerste lidstaat voor binnenlandse investeringen neergelegde criteria, zou [...] niet alleen in strijd zijn met het beginsel van behoorlijk bestuur, maar zou vooral verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is ter bereiking van de doelstelling van doeltreffendheid van de fiscale controles.
- 44 Op voorhand valt immers niet uit te sluiten dat deze aandeelhouders in staat zijn relevante bewijsstukken over te leggen aan de hand waarvan de belastingautoriteiten van de lidstaat van heffing duidelijk en nauwkeurig kunnen controleren welke uitgaven in andere lidstaten daadwerkelijk zijn gedaan [...]”.²⁰

67. Ter terechtzitting heeft de Duitse regering aangevoerd dat het geen zin heeft om de belastingplichtige belegger toe te staan zelf de in § 5, lid 1, InvStG vervatte inlichtingen te verstrekken, aangezien het niet om inlichtingen gaat waarover hij normaal beschikt. Ik zie niet in waarom die mogelijkheid op voorhand moet worden uitgesloten, vooral niet wanneer niet is uitgesloten dat een belastingplichtige belegger die inlichtingen kan vragen aan en verkrijgen van de vennootschap die het fonds beheert. In dat geval is de weigering van de Duitse belastingautoriteiten om rekening te houden met die inlichtingen, niet gerechtvaardigd.

68. Om al deze redenen ben ik van mening dat de beperkende maatregel, die het gecombineerde effect van de §§ 5 en 6 InvStG is, niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om doeltreffende fiscale controles te verzekeren.

VI – Conclusie

69. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Finanzgericht Düsseldorf te beantwoorden als volgt:

„Een wettelijke regeling van een lidstaat zoals de betrokken §§ 5 en 6 van het Investmentsteuergesetz (Duitse wet inzake belasting op beleggingen), waarvan het gecombineerde effect is dat de opbrengsten voor ingezetenen van die lidstaat uit buitenlandse beleggingsfondsen, indien de verplichtingen van transparantie en tot informatieverstrekking uit hoofde van die wet niet zijn nagekomen, aan een forfaitaire belasting worden onderworpen in plaats van aan een belasting op basis van werkelijke of geschatte waarden, vormt een bij artikel 63 VWEU verboden beperking van het vrije kapitaalverkeer en kan niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven of doeltreffende fiscale controles te verzekeren.”

20 — Reeds aangehaald arrest (punten 43 en 44).