

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

L. A. GEELHOED

van 23 februari 2006¹

I — Inleiding

1. De belangrijkste vraag die in deze zaak, een verzoek om een prejudiciële beslissing van de High Court of Justice of England and Wales (Chancery Division), aan de orde komt, is die of het verenigbaar is met de artikelen 43 EG en 56 EG dat het Verenigd Koninkrijk geen belastingkrediet verleent aan niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen die dividend ontvangen van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen, terwijl het dat krediet wél verleent aan ingezetene ondernemingen en, op grond van verdragen ter voorkoming van dubbele belasting (hierna: „belastingverdragen”), aan in bepaalde andere lidstaten gevestigde ondernemingen. Anders gezegd, in welke omstandigheden verplichten de artikelen 43 EG en 56 EG de lidstaten (eventueel) om belastingkredieten te verlenen aan ontvangers van uitgaande dividenden?²

2. Het rechtskader van deze zaak is hetzelfde als in een eerdere zaak voor het Hof, Metallgesellschaft, namelijk de Advance Corporation Tax (hierna: „ACT”), die in het Verenigd Koninkrijk tussen 1973 en 1999 van kracht was. Ofschoon de belangrijkste vraag in de onderhavige zaak ook in die zaak aan de orde kwam, heeft het Hof uitdrukkelijk geoordeeld dat het, gelet op zijn antwoord op de andere vragen, niet nodig was daarop in te gaan.³

3. De vraag of het Verdrag verlangt dat lidstaten in een situatie als die van het Verenigd Koninkrijk belastingkredieten verlenen voor uitgaande dividenden, is nieuw. Als zodanig is het de laatste in een reeks — waarvan het meest recente voorbeeld het belangrijke arrest Marks & Spencer⁴ is — waarin het Hof de grenzen heeft moeten verkennen van de toepassing van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer op het gebied van de directe belasting van ondernemingen, een gebied dat voornamelijk de bevoegdheid van de lidstaten blijft. Dit is

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — De omgekeerde situatie — de verlening van belastingkredieten aan ontvangers van inkomende dividenden, het voorwerp van 's Hofs recente arrest in de zaak Manninen (C-319/02, Jurispr. blz. I-7477) — is aan de orde in de parallelle zaak Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04; PB 2005, C 6, blz. 26).

3 — Zie arrest van 8 maart 2001, Metallgesellschaft, gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punt 97.

4 — Arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Jurispr. blz. I-10837.

een gebied waarop het Hof, geconfronteerd met een steeds ingewikkelder feitelijke en legislatieve context en met argumenten die de grenzen van het Verdrag willen aftasten, een aanzienlijke hoeveelheid vrij ingewikkelde rechtspraak heeft ontwikkeld. Het is eveneens een gebied waarop voorspelbaarheid en rechtszekerheid van cruciaal belang zijn, zodat de lidstaten hun begrotingen kunnen plannen en hun vennootschapsbelastingstelsels kunnen ontwerpen op basis van relatief betrouwbare inkomstenprognoses. Voor een werkelijk betrouwbaar en bevredigend antwoord op de bovenstaande vraag moet daarom rekening worden gehouden met het fundamentele kader voor de analyse van de toepassing van de regels inzake het vrije verkeer op het gebied van de directe belasting.

de juridische en economische achtergrond van de zaak vormt. Bij de belasting van winstuitkeringen van ondernemingen kan er in beginsel op twee niveaus belasting worden geheven. Het eerste is op het niveau van de onderneming, in de vorm van een vennootschapsbelasting op de winst van de onderneming. Alle lidstaten kennen de heffing van vennootschapsbelasting op het niveau van de onderneming. Het tweede is op het niveau van de aandeelhouder en kan de vorm hebben van inkomstenbelasting bij ontvangst van dividend door de aandeelhouder (een methode die de meeste lidstaten gebruiken) en/of bronbelasting die door de onderneming bij uitkering moet worden ingehouden.⁵

II — Juridische en economische achtergrond van de zaak

A — Overzicht van de context van dividendbelasting

4. Alvorens een opsomming te geven van de relevante bepalingen van de aan de orde zijnde belastingregeling van het Verenigd Koninkrijk, is het van belang een uiteenzetting te geven van het ruimere kader voor belastingheffing van winstuitkeringen van ondernemingen (dividenden) in de EU, dat

5. Het bestaan van deze twee mogelijke niveaus van belastingheffing kan leiden tot economische dubbele belasting (dezelfde inkomsten worden tweemaal belast bij twee verschillende belastingbetalers) én juridische dubbele belasting (twee keer belastingheffing van hetzelfde inkomen, in handen van dezelfde belastingbetaler). Economische dubbele belasting bijvoorbeeld wanneer dezelfde winst eerst als vennootschapsbelasting bij de onderneming wordt belast en vervolgens als inkomstenbelasting bij de aandeelhouder. Juridische dubbele belasting bijvoorbeeld wanneer een aandeelhouder

5 — Zie evenwel artikel 5, 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 (PB 1990, L 225, blz. 6) (De door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst wordt, althans wanneer laatstgenoemde een minimumdeelname van 25 % bezit in het kapitaal van de dochteronderneming, van bronbelasting vrijgesteld).

eerst met bron- en vervolgens met inkomstenbelasting wordt geconfronteerd, geheven door verschillende lidstaten over dezelfde winst.

6. De onderhavige zaak betreft de vraag, of een stelsel dat het Verenigd Koninkrijk heeft ingevoerd met als belangrijkste doel en gevolg de aandeelhouders verlichting te geven van economische dubbele belasting, vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht wettig is.

7. Bij de beslissing of en hoe een dergelijk doel moet worden verwezenlijkt kunnen lidstaten in wezen kiezen voor vier stelsels, die het klassieke, het analytische, het vrijstellings- of het verrekeningsstelsel worden genoemd. Lidstaten met een klassiek stelsel van dividendbelasting hebben niet voor verlichting van economische dubbele belasting gekozen: ondernemingswinst is onderworpen aan vennootschapsbelasting en de uitgekeerde winst wordt bij de aandeelhouder wederom als inkomstenbelasting belast. Het analytische stelsel, het vrijstellings- en het verrekeningsstelsel zijn daarentegen alle volledig of ten dele op verlichting van economische dubbele belasting gericht.⁶ In staten met analytische stelsels (waarvan er meerdere vormen bestaan) wordt de winst van een onderneming eveneens onderworpen aan vennootschapsbelasting, maar worden dividenden belast als een afzonderlijk inkomensbestanddeel. In staten met een vrijstellingsstelsel is dividend vrijgesteld van inkomstenbelasting. Bij verrekeningsstelsels

ten slotte wordt de op ondernemingsniveau betaalde vennootschapsbelasting geheel of ten dele verrekend met de inkomstenbelasting die de aandeelhouder over de dividenden verschuldigd is, zodat de vennootschapsbelasting dient als (gedeeltelijke) vooruitbetaling van die inkomstenbelasting. Aandeelhouders krijgen dus een verrekeningskrediet voor de gehele of gedeeltelijke vennootschapsbelasting die kan worden toegeschreven aan de winst waaruit de dividenden werden betaald, dat zij kunnen aftrekken van de op die dividenden verschuldigde inkomstenbelasting.

8. Op het voor deze zaak relevante tijdstip gebruikte het Verenigd Koninkrijk een verrekeningsstelsel van dividendbelasting.

B — Relevante wetgeving van het Verenigd Koninkrijk

9. Van 1965 (het jaar waarin de vennootschapsbelasting in het Verenigd Koninkrijk werd ingevoerd) tot 1973 hanteerde het Verenigd Koninkrijk een klassiek stelsel van dividendbelasting dat dus, zoals hierboven beschreven, geen verlichting van economische dubbele belasting bood. In 1973 ging het Verenigd Koninkrijk over op een stelsel

⁶ — Een belangrijke reden hiervoor is het vermijden van discriminatie van financiering van ondernemingen met eigen vermogen en financiering met vreemd vermogen.

van gedeeltelijke verrekening van dividend-belasting, teneinde discriminatie van winst-uitkeringen af te schaffen.⁷ Zoals door het Hof in het arrest Metallgesellschaft omschreven, functioneerde dit stelsel in wezen als volgt.

over haar winst verschuldigd was. Niet-gecompenseerde ACT, het zogenoemde ACT „overschot”, kon worden verrekend met de algemene vennootschapsbelasting voor eerdere of latere boekjaren.¹⁰ Ook kon de onderneming deze ACT overdragen („afstaan”) aan haar dochtermaatschappijen, die deze konden aftrekken van de vennootschapsbelasting die zij zelf verschuldigd waren. De betaling van ACT leidde in bepaalde omstandigheden tot een belastingkrediet voor ondernemingen en individuele aandeelhouders die de uitkering ontvingen.

1. ACT: Onderworpenheid en verrekening

10. In het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen die bepaalde gekwalificeerde uitkeringen deden, waaronder de betaling van dividend aan hun aandeelhouders, waren ACT verschuldigd berekend over een bedrag dat gelijk was aan het bedrag of de waarde van de gedane uitkering.⁸ De som van het bedrag van de uitkering en de ACT werd een „nettobetaling” (franked payment) genoemd.⁹

11. De betaalde ACT kon, tot een bepaalde grens, worden verrekend met de normale of „algemene” vennootschapsbelasting die een onderneming voor het relevante boekjaar

2. Belastingkredieten: vennootschapsaandeelhouders

12. Een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschapsaandeelhouder die dividend ontving van een dochtermaatschappij, was, ofschoon die onderneming in beginsel aan vennootschapsbelasting onderworpen was, die belasting niet verschuldigd over uitkeringen van een eveneens in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming.¹¹ Voorts had de onderneming recht op een belastingkrediet gelijk aan het bedrag dat de dochtermaatschappij aan ACT had betaald.¹² Het dividend en het belastingkrediet werden samen „nettobeleggingsin-

7 — Zie „Reform of Corporation Tax”, een officieel document dat aan het parlement van het Verenigd Koninkrijk werd overgelegd toen het overging naar een stelsel van gedeeltelijke verrekening, punten 1 en 5 (Cmnd. 4955).

8 — Section 14, lid 1, van de destijds geldende Income and Corporation Taxes Act 1988 (hierna: „TA”).

9 — Section 238, lid 1, TA.

10 — Section 239 TA.

11 — Section 208 TA.

12 — Section 231, lid 1, TA.

komen” (franked investment income) genoemd.¹³ Een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming was alleen ACT verschuldigd over het bedrag van haar nettobetalings dat haar nettobeleggingsinkomen overschreed. Dit betekende dat voor dividenden die werden uitbetaald via in het Verenigd Koninkrijk gevestigde leden van een concern, slechts één keer ACT werd betaald. Dergelijke concerns konden eveneens profiteren van bijzondere regelingen waarbij de verplichting om ACT te betalen kon worden vermeden bij bepaalde uitkeringen binnen de groep, wanneer de twee ondernemingen daar gezamenlijk voor kozen.¹⁴ Om deze regelingen ging het in het arrest Metallgesellschaft van het Hof.¹⁵

13. Wat een niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschapsaandeelhouder betreft, dergelijke ondernemingen waren in het Verenigd Koninkrijk niet onderworpen aan de vennootschapsbelasting, maar dienden voor hun in het Verenigd Koninkrijk verworven inkomsten in beginsel aldaar inkomstenbelasting te betalen.¹⁶ Een niet-ingezetene onderneming die van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming dividend ontving waarvoor zij geen belastingkrediet genoot, diende over die uitkering in het Verenigd Koninkrijk echter in het geheel geen inkomstenbelasting te betalen.¹⁷ Aangezien een niet-ingezetene

onderneming volgens de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk geen recht had op een belastingkrediet¹⁸ (tenzij een belastingverdrag anders bepaalde), betekende dit dat een dergelijke onderneming geen inkomstenbelasting verschuldigd was.

3. Belastingkredieten: individuele aandeelhouders

14. Wat individuele aandeelhouders betreft, dergelijke in het Verenigd Koninkrijk woonachtige aandeelhouders en bepaalde lichamen als pensioenfondsen hadden bij ontvangst van dividend van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming recht op een belastingkrediet gelijk aan dat deel van het bedrag of de waarde van de uitkering dat overeenkwam met het ACT-tarief.¹⁹ Dit belastingkrediet kon worden afgetrokken van de inkomstenbelasting die zij over het dividend verschuldigd waren of kon hun contant worden uitbetaald, indien het krediet hun belastingplicht overschreed.²⁰ Niet in het Verenigd Koninkrijk woonachtige individuele aandeelhouders dienden in het Verenigd Koninkrijk in feite geen inkomstenbelasting te betalen.²¹

13 — Section 238, lid 1, TA.

14 — Section 247 TA.

15 — Zie voetnoot 3.

16 — Section 20 TA.

17 — Volgens section 233, lid 1, TA kon een niet-ingezetene onderneming die dividend ontving van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming waarvoor zij geen recht op een belastingkrediet had, over de uitkering onder de Britse inkomstenbelasting niet worden belast volgens het lagere tarief, het enige tarief waartegen belasting werd betaald. Volgens section 231, lid 1, TA had een niet-ingezetene onderneming geen recht op een belastingkrediet, hetgeen betekende dat zij, tenzij zij op grond van een belastingverdrag recht op een belastingkrediet had, onder de inkomstenbelasting niet kon worden belast volgens het lagere tarief (het enige toepasselijke belastingtarief).

18 — Section 231, lid 1, TA.

19 — Section 231, lid 1, TA.

20 — Section 231, leden 1 en 3, TA.

21 — Niet-ingezetene individuele aandeelhouders hadden geen recht op een belastingkrediet, tenzij in het belastingverdrag met het betrokken land anders was bepaald. Een niet-ingezetene persoon die geen recht op een belastingkrediet had werd echter behandeld alsof hij in het Verenigd Koninkrijk inkomstenbelasting over de uitkering had betaald tegen het „lagere tarief” (Section 233, lid 1, TA). Dit had tot gevolg dat hij, tenzij hij krachtens een belastingverdrag recht op een belastingkrediet had, in het Verenigd Koninkrijk geen inkomstenbelasting diende te betalen.

4. De situatie volgens belastingverdragen

Deze investeerders waren in het Verenigd Koninkrijk eveneens inkomstenbelastingplichtig, maar tegen het in het verdrag voorziene beperkte tarief.

15. Een aantal belastingverdragen tussen het Verenigd Koninkrijk en andere landen verleenden op het relevante tijdstip recht op belastingkredieten aan niet-ingezetenen en ondernemingen. De voorwaarden van die aanspraak verschilden per belastingverdrag.

16. Een voorbeeld is het belastingverdrag tussen het Verenigd Koninkrijk en Nederland, dat, in het geval van een in Nederland gevestigde vennootschapsaandeelhouder, die aandeelhouder bij ontvangst van dividend van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij recht gaf op een gedeeltelijk belastingkrediet, indien die aandeelhouder hetzij alleen hetzij tezamen met één of meerdere gelieerde ondernemingen rechtstreeks of indirect ten minste 10 % van het stemrecht in de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming bezat.²² In een dergelijk geval diende over het dividend in het Verenigd Koninkrijk inkomstenbelasting te worden betaald tegen een beperkt tarief. Een in Nederland woonachtig natuurlijk persoon of gevestigd „portfolio” investeringsfonds, in dat belastingverdrag omschreven als een rechtstreekse of indirecte deelneming van minder dan 10 %, had voor uit het Verenigd Koninkrijk afkomstig dividend recht op een volledig belastingkrediet.²³

17. Het belastingverdrag tussen het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk daarentegen verleende enkel recht op een belastingkrediet, indien de ontvanger van het dividend minder dan 10 % van het stemrecht in de relevante dochtermaatschappij bezat. Andere belastingverdragen, bijvoorbeeld dat tussen het Verenigd Koninkrijk en Duitsland, verleenden helemaal geen recht op een belastingkrediet.

18. Daarnaast bevatten bepaalde belastingverdragen, bijvoorbeeld dat tussen het Verenigd Koninkrijk en Nederland²⁴, een clause die „beperking van het voordeel” werd genoemd, waarbij het recht op een belastingkrediet (dat anders zou bestaan) werd ingetrokken indien een niet-ingezeten aandeelhouder zelf in handen was van een onderneming, gevestigd in een land waarvan het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk geen belastingkrediet verleende aan ondernemingen die dividenden vanuit het Verenigd Koninkrijk ontvingen. Zo bepaalde artikel 10, lid 3, sub d-i, van het

22 — Artikel 10, lid 3, sub c, van het belastingverdrag tussen het Verenigd Koninkrijk en Nederland.

23 — Artikel 10, lid 3, sub b, van het belastingverdrag tussen het Verenigd Koninkrijk en Nederland.

24 — Artikel 10, lid 3, sub d, van het belastingverdrag tussen het Verenigd Koninkrijk en Nederland.

belastingverdrag tussen het Verenigd Koninkrijk en Nederland, in de voor deze zaak relevante versie, bijvoorbeeld:

„[...] wordt geen ‚tax credit‘ betaald, indien de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden een lichaam is, waarvan de aandelen niet officieel worden genoteerd op een Nederlandse effectenbeurs [...] tenzij het lichaam aantoonst dat het niet wordt beheerst door een persoon die of door twee of meer gelieerde of verbonden personen gezamenlijk van wie een of meer niet gerechtigd zou of zouden zijn geweest tot een ‚tax credit‘ indien hij of zij de uiteindelijk gerechtigden tot de dividenden zou of zouden zijn geweest”.

5. Wijzigingen in 1999

19. Voor uitkeringen vanaf 6 april 1999 werd het ACT-stelsel afgeschaft, zodat ondernemingen over gekwalificeerde uitkeringen niet langer ACT dienden te betalen of voor hun rekening dienden te nemen.²⁵

²⁵ — Voor ondernemingen met een onverrekend ACT-overschot werd een zogenoemde „schaduw-ACT”-regeling ingevoerd, waardoor ondernemingen toegang kregen tot hun ACT-overschot.

C — *Relevant secundair gemeenschapsrecht*

20. Voor de onderhavige zaak is de belangrijkste regeling van secundair gemeenschapsrecht de moeder-dochterrichtlijn, die voorziet in een stelsel van belastingregels voor de betrekkingen tussen moeder- en dochtermaatschappijen uit verschillende lidstaten, teneinde het hergroeperen van ondernemingen te vergemakkelijken.²⁶ Artikel 5 van deze richtlijn bepaalt dat wanneer een moedermaatschappij een minimumdeelname van 25 % bezit in het kapitaal van een dochteronderneming, de door de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst is vrijgesteld van bronbelasting. Artikel 7 luidt echter:

„1. Bronbelasting in de zin van deze richtlijn omvat niet de vervroegde betaling of vooruitbetaling (voorheffing) van de vennootschapsbelasting aan de lidstaat waarin de dochteronderneming is gevestigd, die in samenhang met een uitkering van winst aan de moedermaatschappij wordt verricht.

2. Deze richtlijn laat onverlet de toepassing van nationale of verdragsbepalingen, die gericht zijn op de afschaffing of vermindering van dubbele economische belasting van dividenden, in het bijzonder van de bepalingen betreffende de betaling van belastingkredieten aan de gerechtigde tot de dividenden.”

²⁶ — Zie voetnoot 5.

III — Feiten en prejudiciële vragen

21. Het ACT-groepsgeschil betreft vorderingen tot compensatie en/of teruggave die door een aantal ondernemingen bij de High Court of Justice of England and Wales zijn ingediend na het arrest van het Hof in de zaak Metallgesellschaft, waarin het oordeelde dat artikel 43 EG zich verzet tegen belastingbepalingen van een lidstaat (in dat geval het Verenigd Koninkrijk) op grond waarvan een in die lidstaat gevestigde dochtermaatschappij dividend kon uitkeren zonder ACT te betalen, wanneer haar moedermaatschappij eveneens in die lidstaat was gevestigd („group income election”), doch niet wanneer de moedermaatschappij in een andere lidstaat was gevestigd.

22. Het ACT-groepsgeschil omvat vier afzonderlijke klassen en is afgebakend bij een Group Litigation Order, waarin de verschillende problemen worden vermeld die de vorderingen gemeen hebben. De onderhavige zaak betreft klasse IV van het ACT-groepsgeschil, waarin op het moment van de verwijzingsbeslissing 28 groepen van ondernemingen partij waren. Onder toezicht van de High Court of Justice hebben partijen vijf testcases in deze klasse van het groepsgeschil geselecteerd, waarvan er vier van belang zijn voor de onderhavige prejudiciële verwijzing. Deze testcases betreffen: 1) Dividenden die Pirelli UK PLC, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming, tussen januari 1974 en mei 1989 uitkeerde aan Pirelli & C SpA, een in Italië gevestigde onderneming. Gedurende deze hele periode bezat Pirelli SpA ten minste

10 % van de uitgegeven gewone aandelen van Pirelli UK PLC; 2) Dividenden die Essilor Limited, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap, tussen september 1979 en december 1998 uitkeerde aan Essilor International SA, gevestigd in Frankrijk. Essilor Limited was op het relevante tijdstip een volle dochtermaatschappij van Essilor International SA; 3) Dividenden die BMW (GB) Limited, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming, tussen 1993 en 1994 uitkeerde aan de in Nederland gevestigde BMW Holding BV. BMW (GB) Limited was op het relevante tijdstip een volle dochtermaatschappij van BMW Holding BV, die op haar beurt rechtstreeks en voor 100 % in handen was van BMW AG, een Duitse onderneming. BMW Holding BV had op het relevante tijdstip geen aandelen op de Nederlandse effectenbeurs genoteerd, en 4) Dividenden die Sony United Kingdom Limited, gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, tussen 1995 en 1998 uitkeerde aan de in Nederland gevestigde Sony Europe Holdings BV, waarvan eerstgenoemde een volle dochtermaatschappij was. Sony Europe Holdings BV was op haar beurt uiteindelijk in bezit van een in Japan gevestigde onderneming.

23. Na een terechtzitting op 9 juni 2004 en met instemming van verzoeksters en de Inland Revenue, heeft de High Court of Justice of England and Wales (Chancery Division) de behandeling van de zaak

geschorst en het Hof krachtens artikel 234 EG de volgende vragen voorgelegd:

aan in die andere lidstaten en derde landen gevestigde individuele aandeelhouders;

„1. Verzet artikel 43 EG of artikel 56 EG (gelet op de artikelen 57 EG en 58 EG) (of de overeenkomstige eerdere bepalingen) zich ertegen:

a) dat lidstaat A (zoals het Verenigd Koninkrijk)

i) een wettelijke regeling vaststelt en handhaaft, die ter zake van dividenduitkeringen door in lidstaat A gevestigde ondernemingen een volledig belastingkrediet verleent aan in lidstaat A gevestigde individuele aandeelhouders (hierna: "relevante dividenduitkeringen");

ii) een bepaling toepast uit met sommige andere lidstaten en derde landen gesloten verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, die een volledig belastingkrediet (verminderd met de belasting als voorzien in die verdragen) verleent ter zake van de relevante dividenduitkeringen

maar geen (volledig dan wel gedeeltelijk) belastingkrediet verleent ter zake van de relevante dividenduitkeringen van een in lidstaat A (zoals het Verenigd Koninkrijk) gevestigde dochteronderneming aan een in lidstaat B (zoals Duitsland) gevestigde moedermaatschappij, hetzij op grond van nationale regels hetzij op grond van de regels van het tussen die staten gesloten belastingverdrag;

b) dat lidstaat A (zoals het Verenigd Koninkrijk) een bepaling van het geldende belastingverdrag toepast, die ter zake van de relevante dividenduitkeringen een gedeeltelijk belastingkrediet verleent aan een in lidstaat C (zoals Nederland) gevestigde moedermaatschappij, maar niet aan een in lidstaat B (zoals Duitsland) gevestigde moedermaatschappij, waar het tussen lidstaat A en lidstaat B gesloten belastingverdrag geen bepaling over een gedeeltelijk belastingkrediet bevat;

c) dat lidstaat A (zoals het Verenigd Koninkrijk) ter zake van de relevante dividenduitkeringen geen gedeeltelijk belastingkrediet verleent aan een in lidstaat C (zoals Nederland) gevestigde onderneming

die wordt beheerst door een in lidstaat B (zoals Duitsland) gevestigde onderneming, wanneer lidstaat A bepalingen uit belastingverdragen toepast, die een dergelijke aanspraak op een belastingkrediet verlenen aan:

ming niet door een in lidstaat B gevestigde onderneming wordt beheerst, maar door een in een derde land gevestigde onderneming?

- 1) in lidstaat C gevestigde ondernemingen die door ingezetenen van lidstaat C worden beheerst;
 - 2) in lidstaat C gevestigde ondernemingen die door ingezetenen van lidstaat D (zoals Italië) worden beheerst, waar het tussen lidstaat A en lidstaat D gesloten belastingverdrag een bepaling bevat die een gedeeltelijk belastingkrediet verleent ter zake van de relevante dividenduitkeringen;
 - 3) in lidstaat D gevestigde ondernemingen, ongeacht door wie die ondernemingen worden beheerst?
 - d) Maakt het enig verschil voor het antwoord op vraag 1, sub c, dat de in lidstaat C gevestigde onderneming niet door een in lidstaat B gevestigde onderneming wordt beheerst, maar door een in een derde land gevestigde onderneming?
2. Wanneer vraag 1, sub a tot en met c, in zijn geheel of gedeeltelijk bevestigend wordt beantwoord, welke beginselen van gemeenschapsrecht zijn dan van toepassing op de communautaire rechten en voorzieningen die in de omstandigheden als bedoeld in die vragen beschikbaar zijn? In het bijzonder:
 - a) Is lidstaat A verplicht tot betaling van:
 - i. het volledige belastingkrediet of een daaraan gelijkwaardig bedrag; of
 - ii. het gedeeltelijke belastingkrediet of een daaraan gelijkwaardig bedrag; of
 - iii. het volledige of gedeeltelijke belastingkrediet of een daaraan gelijkwaardig bedrag:
 1. met aftrek van extra inkomstenbelasting die verschul-

digd is of zou zijn, indien het aan de belanghebbende uitgekeerde dividend een belastingkrediet had meegebracht;

2. met aftrek van een dergelijke op andere basis berekende belasting?

b) Aan wie moet een dergelijke betaling worden verricht:

i. de betrokken moedermaatschappij in lidstaat B of in lidstaat C; of

ii. de betrokken dochteronderneming in lidstaat A?

c) Is het recht op een dergelijke betaling:

i. een recht op terugbetaling van onrechtmatig geheven bedragen, van dien aard dat de terugbetaling een gevolg is van of accessoir is aan het door de artikelen 43 EG en/of 56 EG verleende recht; en/of

ii. een recht op compensatie of schadevergoeding, van dien aard dat moet worden voldaan aan de verhaalsvoorwaarden neergelegd in het arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93); en/of

iii. een recht op vergoeding van een onrechtmatig geweigerd voordeel, en zo ja:

1. is een dergelijke recht een gevolg van of accessoir aan het door de artikelen 43 EG en/of 56 EG verleende recht; of

2. moet worden voldaan aan de verhaalsvoorwaarden neergelegd in het arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93); of

3. moet aan andere voorwaarden worden voldaan?

d) Maakt het in verband met vraag 2, sub c, verschil of naar het nationale recht van staat A de vorderingen

zijn ingediend als vorderingen tot terugbetaling, dan wel zijn of moeten worden ingediend als schadevorderingen?

Pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93) voordoet, en in het bijzonder of de schending, gelet op de stand van de rechtspraak betreffende de uitlegging van de relevante gemeenschapsbepalingen, te rechtvaardigen was?"

- e) Moet de onderneming die de vordering indient, teneinde terugbetaling te verkrijgen, bewijzen dat zij of haar moedermaatschappij om een (volledig of, naargelang het geval, gedeeltelijk) belastingkrediet zou hebben verzocht indien zij had geweten dat zij daartoe krachtens het gemeenschapsrecht gerechtigd was?
- f) Maakt het verschil voor het antwoord op vraag 2, sub a, wanneer overeenkomstig het arrest van het Hof van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. en Hoechst e.a. (C-397/98 en C-410/98) de advance corporation tax (voorheffing op de vennootschapsbelasting) met betrekking tot de dividenduitkering aan de betrokken moedermaatschappij in lidstaat B of in lidstaat C, aan de dochteronderneming in lidstaat A is terugbetaald, of dat recht op terugbetaling ervan voor haar in beginsel bestond?

24. Overeenkomstig artikel 103, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de Test Claimants, de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Inland Revenue, Ierland en de Commissie alsmede de Finse, de Duitse, de Nederlandse en de Italiaanse regering. Op 22 november 2005 werd een terechtzitting gehouden, tijdens welke opmerkingen zijn gemaakt door de Test Claimants, de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Inland Revenue, de Commissie, Ierland alsmede de Duitse, de Franse en de Nederlandse regering.

IV — Analyse

- g) Welk advies zou het Hof in deze zaken eventueel kunnen geven over de omstandigheden die de nationale rechter in aanmerking moet nemen bij de beoordeling of zich een voldoende ernstige schending in de zin van het arrest Brasserie du

A — Vraag 1, sub a

25. Met vraag 1, sub a, wenst de nationale rechter in wezen te vernemen, of, waar een

land als het Verenigd Koninkrijk een volledig belastingkrediet verleent voor dividenden die door in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen worden uitgekeerd aan individuele aandeelhouders woonachtig in het Verenigd Koninkrijk en, waar voorzien in een belastingverdrag en met heffing van belasting als in dat belastingverdrag voorzien, in derde landen en andere lidstaten, artikel 43 EG of artikel 56 EG verlangt dat het Verenigd Koninkrijk eveneens een volledig of gedeeltelijk belastingkrediet verleent voor uitgaande dividenden die een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij uitkeert aan een niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij.

1. Toepassing van artikel 43 EG en/of artikel 56 EG

26. Aangezien de nationale rechter in zijn eerste vraag zowel artikel 43 EG als artikel 56 EG noemt, moet allereerst worden bepaald welk van deze twee artikelen in casu van toepassing is. In beginsel is dit om twee redenen belangrijk. In de eerste plaats, terwijl artikel 43 EG enkel geldt voor beperkingen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging tussen lidstaten, verbiedt artikel 56 EG ook beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten en derde landen. In de tweede plaats is de werking van artikel 56 EG in de tijd anders dan die van artikel 43 EG; meer bepaald, artikel 56 EG trad op 1 januari 1994 in werking en

werd onmiddellijk effectief en is, wat derde landen betreft, afhankelijk van een standstill-bepaling (artikel 57 EG) (ofschoon het beginsel van vrij kapitaalverkeer reeds was vastgesteld bij richtlijn 88/361 van de Raad).²⁷

27. De in deze zaak aan de orde zijnde wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk kan mijns inziens in beginsel zowel onder artikel 43 EG als onder artikel 56 EG vallen, afhankelijk van het soort deelneming dat een bepaalde verzoeker in de betrokken, in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming bezit. Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat een in een lidstaat gevestigde onderneming die een deelneming in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming bezit waardoor zij „invloed op de besluiten van de vennootschap” heeft en „de activiteiten ervan kan bepalen”, haar recht van vestiging uitoefent.²⁸ Voldoet een deelneming van een niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming in een aldaar gevestigde onderneming aan dit criterium, dan moet de betrokken wettelijke regeling dus op haar verenigbaarheid met artikel 43 EG worden beoordeeld.

28. Ofschoon de toepassing van dit criterium, na onderzoek van de omstandigheden

27 — Richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag (PB L 178, blz. 5).

28 — Arrest van 13 april 2000, Baars, C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 22. Ofschoon die zaak een deelneming van een onderdaan van een lidstaat betrof, en niet een onderneming, geldt het beginsel ook voor in die lidstaat gevestigde ondernemingen. Zie eveneens artikel 58, lid 2, EG, dat bepaalt dat de toepassing van de bepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer „geen afbreuk doen aan de toepasbaarheid van beperkingen inzake het recht van vrije vestiging welke verenigbaar zijn met dit Verdrag”.

van de verzoekende onderneming, een zaak van de nationale rechter is, blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat een aantal testcases binnen deze categorie valt.²⁹ Opgemerkt zij dat ofschoon de uitoefening van deze vrijheid door dergelijke ondernemingen noodzakelijkerwijs ook het verkeer van kapitaal naar het Verenigd Koninkrijk meebrengt, voorzover dit noodzakelijk is om een dochtermaatschappij op te richten, dit mijns inziens een louter indirect gevolg van de uitoefening van de vrijheid van vestiging is. Ik verwijs in dit verband naar de opmerking van advocaat-generaal Alber in de zaak Baars dat wanneer „er sprake [is] van een rechtstreekse aantasting van de vrijheid van vestiging die wegens de belemmering van het recht van vestiging indirect tot een vermindering van de kapitaalstromen tussen de lidstaten leidt, dan [...] daarop alleen de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging van toepassing [zijn]”.³⁰ Artikel 43 EG is daarom bij voorrang van toepassing op dergelijke ondernemingen.

29. In het geval van niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen met een deelneming in een aldaar gevestigde onderneming die hun geen „beslissende invloed” op de activiteiten van laatstgenoemde geeft of een invloed waardoor zij de activiteiten van die onderneming kunnen bepalen, moet de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk op haar verenigbaarheid met artikel 56 EG worden onderzocht.

Ik wijs er in dit verband op dat de betrokken wettelijke regeling duidelijk verband houdt met hetgeen „kapitaalverkeer” kan worden genoemd. Het Verdrag geeft weliswaar geen definitie van dit begrip, maar het Hof heeft geoordeeld dat ofschoon de ontvangst van dividend op zich wellicht geen kapitaalverkeer vormt, die ontvangst toch de deelneming in nieuwe of bestaande ondernemingen veronderstelt, hetgeen kapitaalverkeer vormt.³¹

30. Aangezien het in de onderhavige zaak om een groepsgeschil gaat en het Hof niet op de hoogte is van de bijzondere omstandigheden en het soort deelneming van elke verzoeker, is het daarom in beginsel noodzakelijk om de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk zowel op haar verenigbaarheid met artikel 43 EG als met artikel 56 EG te onderzoeken. In deze zaak leidt de toepassing van elk van deze artikelen echter tot hetzelfde resultaat en werpt deze soortgelijke vragen op. Ofschoon ik hieronder enkel expliciet de toepassing van artikel 43 EG zal onderzoeken, geldt daarom dezelfde redenering voor de toepassing van artikel 56 EG.

2. Verenigbaarheid met artikel 43 EG

31. Zoals ik reeds eerder heb opgemerkt, rijst in deze zaak de nieuwe vraag of artikel 43 EG het Verenigd Koninkrijk op basis van het hierboven geschetste nationale rechtskader

29 — Met name testcases 2-4. Het is op basis van de verwijzingsbeslissing alleen niet duidelijk, of een van de testcases — die van Pirelli — aan dit criterium voldoet.

30 — Aangehaald in voetnoot 28, punt 26. Zie eveneens mijn conclusie bij het arrest van 5 maart 2002, Reisch e.a., C-515/99 en C-527/99–C-540/99, Jurispr. blz. I-2157, punt 59.

31 — Arrest van 6 juni 2000, Verkooijen, C-35/98, Jurispr. blz. I-4071. Zie eveneens het arrest Manninen, aangehaald in voetnoot 2, waarin dit punt niet expliciet aan de orde kwam.

verplicht, belastingkredieten te verlenen voor uitgaande dividenden. Mijns inziens moet het antwoord op deze vraag ontkennend luiden. Voor een duidelijke en volledige verklaring waarom dit zo is moet worden teruggekeerd naar de beginselen die aan de toepassing van de regels inzake het vrije verkeer op het gebied van de directe belasting ten grondslag liggen.

a) Toepassing van artikel 43 EG op regels betreffende directe belasting: inleiding

32. Als eerste punt moet bij de analyse van de werkingssfeer van artikel 43 EG in herinnering worden gebracht, dat de directe belasting in beginsel een gebied is dat tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort. Zoals bekend, is harmonisatie op dit gebied alleen mogelijk door middel van wetgeving op basis van artikel 94 EG, dat een eenparigheid van stemmen in de Raad vereist wil die wetgeving worden aangenomen³², en er bestaat tot op heden weinig communautaire wetgeving op dit gebied.³³

32 — Artikel 95, lid 2, bepaalt dat dit artikel niet van toepassing is op fiscale bepalingen. Dit artikel voorziet in een onderlinge aanpassing van wetgevingen door middel van de medebeslissingsprocedure van artikel 251 EG, waarvoor een gekwalificeerde meerderheid van stemmen geldt.

33 — De wetgeving die bestaat vormt geen basis voor een positief coherent communautair belastingstelsel, en vormt evenmin een poging daartoe, maar is beperkt tot welomschreven specifieke gebieden die van bijzonder belang zijn voor grensoverschrijdende situaties. Dit staat uiteraard in sterk contrast met de indirecte belastingen, waar de Gemeenschap op basis van de „staande opdracht tot harmonisatie” van artikel 93 EG een gemeenschappelijk belastingstelsel heeft opgezet.

33. Dit neemt niet weg dat volgens de klassieke formulering van het Hof „de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, doch dat deze niettemin verplicht zijn, die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen”.³⁴ Dit omvat uiteraard de verplichting om te voldoen aan artikel 43 EG, dat beperkingen verbiedt betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd. Door artikel 43, tweede alinea, EG omvat de vrijheid van vestiging het recht om in een lidstaat ondernemingen op te richten en te beheren overeenkomstig de bepalingen welke die staat voor de eigen onderdanen heeft vastgesteld. Ingevolge artikel 48 EG omvat de vrijheid van vestiging het recht, voor vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een filiaal of een agentschap.³⁵

34. Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat dit verbod aldus moet worden uitgelegd dat nationale belastingmaatregelen die de uitoefening van de vrijheid van vestiging beperken of verhinderen, in strijd zijn met artikel 43 EG tenzij met die beperking een rechtmatig doel wordt nagestreefd dat zich met het Verdrag verdraagt en deze gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende

34 — Zie bijvoorbeeld het arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 4, punt 29, en de aldaar aangehaalde zaken.

35 — Zie het arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 4, punt 30, en arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 34.

redenen van algemeen belang. Daarenboven moet de beperking geschikt zijn om het aldus nagestreefde doel te verwezenlijken en mag ze niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken.³⁶

zeggen „beperking” en „discriminatie”. Essentieel is echter om, wanneer het om regels betreffende de directe belasting gaat, onderscheid te maken tussen twee betekenissen van het woord „beperking”.

35. Het Hof spreekt in het kader van artikel 43 EG, toegepast op maatregelen betreffende directe belasting, ook herhaaldelijk van discriminatie. Zo is het vaste rechtspraak dat artikel 43 EG discriminatie verbiedt, of het nu gaat om rechtstreekse discriminatie (dat wil zeggen maatregelen die openlijk onderscheid maken op grond van nationaliteit) dan wel om indirecte of „verkapte” discriminatie (dat wil zeggen maatregelen die volgens de wet in gelijke mate gelden, maar die in feite discriminerend zijn).³⁷ Het Hof heeft in dit verband gesteld dat er sprake is van discriminatie, „wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties”.³⁸

37. De eerste betreft beperkingen die het onvermijdelijke gevolg zijn van het naast elkaar bestaan van nationale belastingstelsels. Als gevolg van het feit dat bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht de lidstaten terzake bevoegd zijn, wordt de directe belasting binnen de EU beheerst door het naast elkaar bestaan van afzonderlijke en verschillende nationale belastingstelsels. Bepaalde nadelen voor ondernemingen die actief zijn in grensoverschrijdende situaties zijn het rechtstreekse en onvermijdelijke gevolg van deze juxtapositie van stelsels, en in het bijzonder van: 1) het bestaan van een opeenhoping van administratieve lasten waaraan die ondernemingen moeten voldoen; 2) het bestaan van dispariteiten tussen nationale belastingstelsels, en 3) de noodzaak om de heffingsbevoegdheid te verdelen, met als gevolg een dislocatie van de heffingsgrondslag. Ik zal hieronder nader hierop ingaan.

36. Bij een uiterst nauwkeurige analyse bestaat er mijns inziens op het gebied van de directe belasting geen praktisch verschil tussen deze twee formuleringswijzen, dat wil

38. Het is waar dat deze gevolgen in algemene zin grensoverschrijdende activiteiten kunnen „beperken”. Ofschoon deze term in de rechtspraak van het Hof wordt gebezigd, is het gebruik ervan in deze context echter misleidend. In feite gaat het hier om verstoringen van de economische activiteit als gevolg van het feit dat verschillende rechtssystemen naast elkaar moeten bestaan. In bepaalde gevallen brengen die verstoringen nadelen voor deelnemers aan het eco-

36 — Zie bijvoorbeeld arresten *Marks & Spencer*, aangehaald in voetnoot 4, punt 35; *Baars*, aangehaald in voetnoot 28, en *Saint Gobain*, aangehaald in voetnoot 35. Zie eveneens arresten van 16 juli 1998, ICI, C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, en 15 mei 1997, *Futura Participations en Singer*, C-250/95, Jurispr. blz. I-2471.

37 — Zie bijvoorbeeld arrest van 29 april 1999, *Royal Bank of Scotland*, C-311/97, Jurispr. blz. I-2651, en aldaar aangehaalde zaken.

38 — Zie arrest *Royal Bank of Scotland*, aangehaald in voetnoot 37, punt 26, en de aldaar aangehaalde zaken.

nomisch verkeer mee, in andere gevallen voordelen. Terwijl zij in het eerste geval „beperkend” zijn, vormen zij in het tweede geval een stimulans voor grensoverschrijdende vestiging. Ofschoon het Hof in de regel wordt geconfronteerd met de zogenoemde „quasi-beperkingen” die uit die verstoringen voortvloeien, moet niet worden vergeten dat er ook een keerzijde is — namelijk waar grensoverschrijdende vestiging bijzondere voordelen meebrengt. In het laatste geval doet de betrokken belastingplichtige in het algemeen geen beroep op het gemeenschapsrecht.

40. De tweede betekenis van beperkingen verwijst daarentegen naar hetgeen „echte” beperkingen kan worden genoemd, dat wil zeggen beperkingen die verder gaan dan die welke noodzakelijkerwijs uit het naast elkaar bestaan van nationale belastingstelsels voortvloeien en die binnen de werkingssfeer van artikel 43 EG vallen. Het feit dat, zoals ik hieronder zal uiteenzetten, de criteria die de directe heffingsbevoegdheid bepalen gebaseerd zijn op de woonplaats of op de bron, betekent dat alle „echt” beperkende nationale maatregelen op het gebied van de directe belasting in de praktijk ook als rechtstreeks of indirect discriminerende maatregelen kunnen worden aangemerkt.³⁹

41. Ik wil nu het onderscheid tussen quasi-beperkende en discriminerende maatregelen (sub b respectievelijk sub c hieronder) nader onderzoeken.

39. De oorzaken en aard van deze quasi-beperkingen betekenen dat zij enkel kunnen worden weggenomen door inneming van de gemeenschapswetgever, en wel door het bieden van een coherente oplossing op het niveau van de gehele EU, dat wil zeggen een belastingstelsel dat binnen de gehele EU geldt. Bij gebreke van een dergelijke oplossing moet er dus van worden uitgegaan dat die quasi-beperkingen buiten de werkingssfeer van artikel 43 EG vallen. Ik wil hieraan toevoegen dat de tussenkomst van de rechter van nature casuïstisch en gefragmenteerd is. Het Hof zou daarom voorzichtig moeten zijn met het beantwoorden van vragen waarin punten van systematische aard aan de orde worden gesteld. De wetgever is beter in staat om met dergelijke vragen om te gaan, met name wanneer daarin punten aan de orde komen die te maken hebben met inherente fiscaal-economische beleidsoverwegingen.

b) Noodzakelijk beperkende gevolgen van het naast elkaar bestaan van nationale belastingstelsels (quasi-beperkingen)

i) Meer administratieve lasten

42. Een eerste gevolg van de juxtapositie van afzonderlijke nationale belastingstelsels is dat

39 — Zie voorts mijn analyse van de situaties die in de rechtspraak van het Hof aan de orde komen, deel IV, A, 2, sub c, hieronder.

elk stelsel, vanuit een louter administratief oogpunt, zijn eigen belastingautoriteit, zijn eigen procedure voor het indienen van belastingaangiften en (waar nodig) zijn eigen latere onderzoek van die belastingaangiften heeft. Marktdeelnemers die in grensoverschrijdende situaties actief zijn zullen daarom van meet af aan aan meer verplichtingen moeten voldoen dan marktdeelnemers die slechts in één lidstaat actief zijn.⁴⁰

ii) Het bestaan van dispariteiten

43. Een tweede gevolg van het naast elkaar bestaan van afzonderlijke belastingstelsels is dat er tussen die stelsels dispariteiten of variaties zullen bestaan. Dat deze onvermijdelijk zijn, is duidelijk wanneer men bedenkt dat nationale belastingstelsels zijn toegesneden op specifieke macro-economische omstandigheden in die lidstaat op een bepaald moment. Bij de huidige stand van integratie van de nationale economieën verschillen die omstandigheden per lidstaat aanzienlijk. Zo bestaat er een groot verschil in een aantal belangrijke productiefactoren (bijvoorbeeld de structuur en de omvang van

de arbeids- en kapitaalmarkten van lidstaten). Lidstaten die ten opzichte van kapitaal een grote beroepsbevolking hebben kunnen er bijvoorbeeld voor kiezen om een grotere belastingdruk op arbeid dan op kapitaal te leggen.

44. Evenzo kunnen economische beleidskeuzes per lidstaat aanzienlijk verschillen. Deze keuzes vinden hun weerslag in, bijvoorbeeld, belastingtarieven: lidstaten kunnen ervoor kiezen om een relatief hogere belasting te heffen teneinde meer en betere openbare diensten te kunnen verlenen of om ervoor te zorgen dat er meer inkomen naar andere niveaus van de samenleving stroomt. Elk van deze keuzes is een beleidsbeslissing die van centraal belang is voor de bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van de directe belasting. Deze keuzes kunnen op hun beurt een factor zijn die bijdraagt tot verdere verschillen tussen nationale belastingstelsels, zoals de benadering ten aanzien van verlichting van economische dubbele belasting — landen met relatief lage belastingtarieven zouden bijvoorbeeld kunnen kiezen voor het klassieke stelsel van dubbele belastingverlichting, terwijl landen met hogere belastingtarieven de voorkeur zouden kunnen geven aan een verrekeningsstelsel.

45. Het is dus logisch dat zowel de structuur en inhoud van de stelsels van directe belasting van de lidstaten als de belastingtarieven, tenzij de nationale economieën

40 — Zie de Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité, „Naar een interne markt zonder belastingbelemmeringen”, waarin een groot aantal belastingbelemmeringen voor grensoverschrijdende economische activiteit in de interne markt worden vastgesteld, met als conclusie: „De meeste van deze problemen zijn het gevolg van het feit dat ondernemingen in de EU moeten voldoen aan (op dat moment) vijftien verschillende regelingen. [...] De grote hoeveelheid belastingwetten, -verdragen en -praktijken brengt aanzienlijke nalevingkosten met zich mee en vormt op zich een belemmering voor grensoverschrijdende economische activiteit.” [COM (2001) 582 def., blz. 11].

binnen de EU beter geïntegreerd zijn, aanzienlijk verschillen.

46. Het bestaan van deze dispariteiten heeft noodzakelijkerwijs versturende gevolgen voor investeringen, werkgelegenheid en, in het geval van ondernemingen en zelfstandigen, beslissingen ten aanzien van vestiging. Het is duidelijk dat verschillen tussen de lidstaten op het vlak van de feitelijke belasting op ondernemingen, de administratieve belastingdruk en de structuur van de nationale belastingstelsels van invloed zijn op de plaats van de economische activiteit. Zoals het Hof echter onlangs in het arrest Schempp heeft bevestigd, en zoals ik in mijn conclusie in die zaak heb beklemtoond, vallen mogelijke verstoringen die louter het gevolg zijn van verschillen tussen belastingstelsels niet binnen de werkingssfeer van de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer. In die zaak, die een vordering krachtens de verdragsbepalingen inzake het burgerschap betrof, herinnerde het Hof eraan dat „het Hof [...] evenwel reeds [heeft] geoordeeld dat het Verdrag een burger van de Unie niet de garantie biedt dat de overbrenging van zijn werkzaamheden naar een andere lidstaat dan die waarin hij tot dan verbleef, fiscaal neutraal is. Gelet op de verschillen tussen de regelingen van de lidstaten ter zake, kan een dergelijke overbrenging naar gelang van het geval voor de burger op het vlak van de indirecte belastingen meer of minder voordelig of nadelig uitvallen”.⁴¹ Voor vorderingen krachtens

artikel 43 EG geldt precies hetzelfde beginsel. Belemmeringen van de vrijheid van vestiging als gevolg van dispariteiten dan wel verschillen tussen de belastingstelsels van twee of meer lidstaten, vallen dus buiten de werkingssfeer van artikel 43 EG. Deze staan in contrast met belemmeringen als gevolg van discriminatie, die het resultaat is van regels van slechts één heffingsbevoegdheid.⁴²

47. Vermeld moet worden dat ofschoon beperkingen als gevolg van dispariteiten niet binnen de verdragsregels betreffende het vrije verkeer vallen, dit niet wil zeggen dat zij in beginsel buiten de werkingssfeer van het Verdrag vallen. De bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van de directe belasting kan, in de eerste plaats, beperkt zijn tot harmonisatiemaatregelen vastgesteld krachtens artikel 94 EG en, in de tweede plaats, tot maatregelen die de Commissie uit hoofde van artikel 96 EG of artikel 97 EG treft teneinde verstoringen in de mededingingsvoorwaarden te verhelpen.⁴³

41 — Arrest van 12 juli 2005, Schempp, C-403/03, Jurispr. blz. I-6421, punt 45. Zie eveneens punt 33 van mijn conclusie in die zaak en arrest van 15 juli 2004, Lindfors, C-365/02, Jurispr. blz. I-7183, punt 34.

42 — Hier kan een zinvolle vergelijking worden gemaakt met de sociale zekerheid, een gebied dat eveneens gebaseerd is op in wezen afzonderlijke, naast elkaar bestaande nationale stelsels. Ofschoon verordening nr. 1408/71 van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PB L 149, blz. 2, zoals gewijzigd) dit stelsel tot op zekere hoogte met elkaar verbindt, is het bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht niet zo dat personen van de ene naar de andere lidstaat kunnen verhuizen zonder dat dit gevolgen heeft voor hun positie ten aanzien van de sociale zekerheid.

43 — Het bestaan van dispariteiten kan op zich zelfs een positief effect op de economieën van de lidstaten hebben en de interne markt ten goede komen. Met uitzondering van bepaalde extreme gevallen — bijvoorbeeld gevallen van schadelijke belastingconcurrentie — bestaat er een sterk argument dat transparante gereguleerde mededinging op het gebied van belastingstelsels, evenals op andere gebieden, voor lidstaten een stimulans is om zo efficiënt mogelijk te zijn in het beheer en de structuur van hun belastingstelsels en in het gebruik van de inkomsten uit directe belastingen.

iii) Verdeling van heffingsbevoegdheid (dislocatie van heffingsgrondslag)

zetenen) en de „bronstaat” (belasting van niet-ingezetenen).⁴⁴

48. Een derde beperkend gevolg van het feit dat de stelsels van directe belasting per land verschillen is de noodzaak om de heffingsbevoegdheid te verdelen over het inkomen van de grensoverschrijdende marktdeelnemer (dislocatie van de heffingsgrondslag). Evenals bij dispariteiten moeten deze beperkingen worden onderscheiden van discriminatie, aangezien zij niet het resultaat zijn van de regels van slechts één heffingsbevoegdheid, maar van het naast elkaar bestaan van twee afzonderlijke (dat wil zeggen geen van hen treft de blaam voor de belastingnadelen). Maar in tegenstelling tot dispariteiten, zouden zij blijven voortbestaan zelfs indien nationale belastingstelsels qua inrichting en inhoud precies hetzelfde zouden zijn.

50. In het geval van belastingheffing door de woonstaat, is het land waarvan de belastingplichtige ingezetene is in beginsel bevoegd om over zijn gehele inkomen („wereldinkomen”) belasting te heffen. Een belangrijke reden hiervoor is dat de plaats waar de belastingbetaler de meeste faciliteiten gebruikt (dat wil zeggen, openbare diensten, sociale zekerheid, infrastructuur etc.) zijn woonstaat is. In het geval van belastingheffing door de bronstaat is het land van de niet-ingezetene daarentegen enkel bevoegd om belasting te heffen over dat deel van zijn inkomen dat op het grondgebied van de bronstaat is verdiend („territoriale” belastingheffing). Een belangrijke reden hiervoor is dat de bronstaat de „economische mogelijkheid” biedt om dit inkomen te verdienen.

49. De aard van dit soort beperking kan vrij gemakkelijk worden uitgelegd. Het is duidelijk dat het naast elkaar bestaan van nationale belastingstelsels meebrengt dat, teneinde een oplossing te vinden voor grensoverschrijdende marktdeelnemers, het nodig is om te beslissen hoe deze stelsels op elkaar inwerken. Een land moet met name een criterium kiezen op grond waarvan het bepaalt welk (deel van het) inkomen van een marktdeelnemer binnen zijn heffingsbevoegdheid valt. Bij de huidige stand van het internationale belastingrecht is een van de belangrijkste methoden van verdeling van de heffingsbevoegdheid gebaseerd op het onderscheid tussen de „woonstaat” (belasting van inge-

51. Als gevolg van deze wijze van verdeling van de heffingsbevoegdheid kan een marktdeelnemer die inkomsten uit buitenlandse bron geniet, wanneer er geen voorrangregels tussen de relevante staten bestaan, aan juridische dubbele belasting worden onderworpen. Krachtens internationaal belastingrecht is de algemeen aanvaarde regel die van het „recht van de bronstaat”: dat wil zeggen, de bronstaat mag bij voorrang belasting heffen over het inkomen uit de bronstaat.

44 — Zie het OESO-modelverdrag inzake dubbele heffing van inkomsten- en vermogensbelasting, met toelichting op de artikelen, OESO, Parijs, 1977, zoals gewijzigd.

Voorzover er verlichting van juridische dubbele belasting moet worden gegeven, is dit in beginsel dus een zaak van de woonstaat, die kan kiezen of en hoe hij in een dergelijke verlichting wil voorzien.⁴⁵ Zo kan een staat ervoor kiezen om eenzijdig of via een belastingverdrag verlichting te geven van juridische dubbele belasting en kan hij een vrijstellings- of een verrekeningsmethode gebruiken.⁴⁶ Het onderscheid tussen ingezetenen (woonstaat, belastingheffing over het wereldinkomen) en niet-ingezetenen (bronstaat, territoriale belastingheffing) is dus duidelijk cruciaal voor de huidige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen staten, zoals deze in het internationale belastingrecht wordt weerspiegeld.

van het nationaliteitscriterium niet als discriminatie kan worden aangemerkt. Vervolgens stelde het vast dat „nu tot dusver op het niveau van de Gemeenschap geen unificatie- of harmonisatiemaatregelen, met name ter uitvoering van artikel [239] van het Verdrag, zijn vastgesteld, [dit onderscheid] [...] immers een uitvloeisel [is] van de bevoegdheid van de overeenkomstsluitende partijen om, teneinde dubbele belastingen af te schaffen, de criteria ter verdeling van de heffingsbevoegdheid vast te stellen. Met het oog op die verdeling van de fiscale bevoegdheid is het ook niet onredelijk, dat de lidstaten zich laten leiden door de internationale praktijk en het door de OESO opgestelde modelverdrag”.⁴⁷ Ook heeft het Hof in talrijke zaken uitdrukkelijk erkend dat het fundamentele onderscheid tussen de bevoegdheid van de woonstaat (wereldwijd) en de bronstaat (territoriaal) verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.⁴⁸

52. Krachtens gemeenschapsrecht ligt de bevoegdheid om criteria vast te stellen voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid uitsluitend bij de lidstaten (zoals beheerst door het internationale belastingrecht). Tot op heden bestaan er in het gemeenschapsrecht geen alternatieve criteria en biedt dit recht evenmin een basis voor de vaststelling van dergelijke criteria. Het Hof heeft dit in een aantal zaken erkend. In het arrest Gilly bijvoorbeeld merkte het Hof eerst op dat de verdeling van de fiscale bevoegdheid op basis

45 — Zie het OESO-modelverdrag inzake dubbele heffing van inkomsten- en vermogensbelasting, aangehaald in voetnoot 44.

46 — In het geval van de vrijstellingsmethode stelt de woonstaat van de belastingbetaler het inkomen uit buitenlandse bron van zijn ingezetene vrij, op grond dat dit inkomen in de bronstaat (dat wil zeggen de staat waar het inkomen werd verdiend) reeds is belast. In het geval van de creditmethode ter vermijding van dubbele belasting, worden belastingbetalers met inkomsten uit buitenlandse bron in hun woonstaat over hun wereldinkomen, met inbegrip van het inkomen uit buitenlandse bron, belast, maar mogen zij de in de bronstaat betaalde belasting in aftrek brengen op de in de woonstaat aan dat buitenlandse inkomen toe te schrijven belasting.

47 — Arrest van 12 mei 1998, Gilly, C-336/96, Jurispr. blz. I-2793, punten 30 en 31. Zie eveneens punt 24: „De lidstaten, die bevoegd zijn om de criteria voor de belasting van het inkomen en het vermogen vast te stellen teneinde, in voorkomend geval door het sluiten van een overeenkomst, dubbele belastingen af te schaffen, hebben tal van bilaterale overeenkomsten gesloten, waarbij zij zich vooral hebben laten leiden door de modelverdragen betreffende belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, die zijn opgesteld door de [OESO]”.

48 — Zie bijvoorbeeld arrest van 12 juni 2003, Gerritse, C-234/01, Jurispr. blz. I-5933, punt 45, waarin het Hof erkende: „De woonplaats vormt overigens de fiscale factor waarop het huidige internationale belastingrecht en in het bijzonder het modelverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) [...] zich in de regel baseert voor de verdeling van de bevoegdheid op fiscaal gebied tussen de staten wanneer een situatie aanknopingspunten met het buitenland bevat.” Zie eveneens arresten van 5 juli 2005, D., C-376/03, Jurispr. blz. I-5821, punt 28; 12 december 2002, De Groot, C-385/00, Jurispr. blz. I-11819, punt 93; arrest Saint-Gobain, aangehaald in voetnoot 35; arrest Futura Participations en Singer, aangehaald in voetnoot 36, punten 20 en 21, en arrest van 14 februari 1995, Schumacker, C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 34, waarin het Hof vaststelde: „Wanneer derhalve een lidstaat een niet-ingezetene niet in aanmerking brengt voor bepaalde belastingvoordelen die hij aan de ingezetene verleent, dan is dat in de regel niet discriminerend, aangezien deze twee categorieën belastingplichtigen zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden”.

53. Niettemin heeft het Hof ook geoordeeld dat het onderscheid tussen ingezetenen en niet-ingezetenen niet altijd voldoende basis is om belastingplichtigen verschillend te behandelen. In het arrest Marks & Spencer vatte het Hof zijn standpunt op dit punt als volgt samen: „de woonplaats van de belastingplichtigen [kan] in het fiscale recht een rechtvaardigingsgrond [...] zijn voor nationale regels waarbij ingezetene belastingplichtigen en niet-ingezetene belastingplichtigen verschillend worden behandeld. Toch is de woonplaats niet altijd een gerechtvaardigde onderscheidende factor. Indien de lidstaat van vestiging vrijelijk een andere behandeling zou mogen toepassen alleen omdat de zetel van de vennootschap in een andere lidstaat is gevestigd, zou daarmee immers aan artikel 43 EG elke inhoud worden ontnomen [...]. In elke concrete situatie dient te worden nagegaan of er voor het feit dat een fiscaal voordeel alleen aan de ingezetene belastingplichtigen wordt toegekend, objectieve, ter zake dienende gronden bestaan die het verschil in behandeling kunnen rechtvaardigen.”⁴⁹

54. Uit de redenering van het Hof in die zaak blijkt dat het, waar er sprake is van een verschil in behandeling, nauwkeurig zal nagaan of er objectieve redenen zijn die een dergelijke behandeling rechtvaardigen. Met andere woorden, er wordt inbreuk gemaakt op artikel 43 EG wanneer de verschillende behandeling door de betrokken lidstaat van zijn belastingplichtigen niet een rechtstreeks en logisch gevolg is van het feit dat, bij de huidige stand van ontwikkeling van het

gemeenschapsrecht, verschillende fiscale verplichtingen voor personen kunnen gelden voor grensoverschrijdende en voor louter nationale situaties. In dit verband moet erop worden gewezen dat marktdeelnemers die gebruik maken van hun recht van vrij verkeer in beginsel op de hoogte zijn van de verschillen tussen de voor hen relevante nationale belastingregels en van de relevante verdeling van heffingsbevoegdheid op basis van belastingverdragen. In het licht van het bovenstaande is de vraag: aan welke verplichtingen moeten de lidstaten krachtens artikel 43 EG voldoen?

c) Beperkingen die onder artikel 43 EG vallen

55. Er zij aan herinnerd dat waar een beperking van de vrijheid van vestiging louter het gevolg is van het naast elkaar bestaan van nationale belastingdiensten, van dispariteiten tussen nationale belastingstelsels of van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen twee belastingstelsels (een quasi-beperking), die beperking niet binnen de werkingssfeer van artikel 43 EG valt. „Echte” beperkingen daarentegen, dat wil zeggen beperkingen van de vrijheid van vestiging die verder gaan dan die welke het onvermijdelijke gevolg zijn van het bestaan van nationale belastingstelsels, vallen, tenzij zij gerechtvaardigd zijn, onder het verbod van artikel 43 EG. Om in de hierboven

49 — Arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 4, punten 37 en 38.

gebruikte zin onder artikel 43 EG te vallen moet een nadelige fiscale behandeling het gevolg zijn van discriminatie als gevolg van de regels van één bevoegdheid, en niet van dispariteit of verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de belastingstelsels van (twee of meer) lidstaten.

56. Zoals hierboven reeds vermeld, heeft het Hof geoordeeld dat er sprake is van discriminatie „wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties”.⁵⁰

57. Het is mijns inziens een gevolg van de door de lidstaten gekozen methode voor verdeling van de heffingsbevoegdheid — dat wil zeggen het onderscheid tussen heffingsbevoegdheid over het wereldinkomen (woonstaat) en territoriale heffingsbevoegdheid (bronstaat) — dat het begrip discriminatie een verschillende betekenis heeft voor staten die in hun hoedanigheid van woonstaat en voor die welke in hun hoedanigheid van bronstaat optreden. Aangezien de aard van de heffingsbevoegdheid die in elk van die gevallen wordt uitgeoefend fundamenteel verschilt, kan een marktdeelnemer die onder de bevoegdheid van de woonstaat valt op zich nu eenmaal niet worden geacht in een vergelijkbare situatie te verkeren als een ondernemer die onder de bevoegdheid van de bronstaat valt, en omgekeerd. Het gevolg daarvan is dat artikel 43 EG een staat twee

verschillende categorieën verplichtingen oplegt, afhankelijk van de vraag in welke hoedanigheid hij in een bepaald geval optreedt.

i) Verplichtingen die artikel 43 EG aan de woonstaat oplegt

58. De centrale verplichting die de staten die in hun hoedanigheid van woonstaat optreden wordt opgelegd, is in wezen om het inkomen uit buitenlandse bron van hun ingezetenen te behandelen overeenkomstig de wijze waarop zij hun heffingsgrondslag hebben verdeeld. Voorzover hij hieronder dit inkomen uit buitenlandse bron heeft opgenomen — dat wil zeggen door dit als belastbaar inkomen te behandelen — mag hij geen onderscheid maken tussen inkomen uit buitenlandse en uit binnenlandse bron. Dit beginsel wordt weerspiegeld in de rechtspraak van het Hof. Zo heeft het Hof bijvoorbeeld in het geval van de heffing van vennootschapsbelasting geoordeeld:

— Voorzover een woonstaat met heffingsbevoegdheid over het wereldinkomen van zijn ingezetenen ervoor kiest ter zake van de dividenden van zijn ingezetenen verlichting van economische dubbele belasting te geven, moet hij ervoor zorgen dat dezelfde verlichting geldt voor inkomende dividenden uit buitenlandse bron als voor binnenlandse dividenden, en moet hij hierbij

⁵⁰ — Arrest *Royal Bank of Scotland*, aangehaald in voetnoot 37, punt 26, en de aldaar aangehaald zaken.

rekening houden met betaalde buitenlandse vennootschapsbelasting.⁵¹

pijen anders ACT zouden moeten betalen.⁵³

- Evenzo mag een woonstaat, waar hij de mogelijkheid biedt om binnenlandse verliezen te compenseren met vroegere of toekomstige binnenlandse winsten, die mogelijkheid niet weigeren alleen op grond dat de betrokken onderneming ook inkomsten uit buitenlandse bron heeft.⁵²
- Bovendien moet een woonstaat, waar hij een groepsvrijstelling van de verplichting om ACT te betalen mogelijk maakt voor binnenlandse dochtermaatschappijen die winst uitkeren aan binnenlandse moedermaatschappijen, deze mogelijkheid uitbreiden tot binnenlandse dochtermaatschappijen die winst uitkeren aan buitenlandse moedermaatschappijen, welke dochtermaatschap-

59. In het arrest Marks & Spencer oordeelde het Hof daarentegen dat voorzover een lidstaat geen heffingsbevoegdheid uitoefent over een niet-ingezeten dochtermaatschappij van een ingezeten moedermaatschappij, hij in beginsel geen verliescompensatie behoeft te verlenen.⁵⁴ Met andere woorden, indien een woonstaat zijn heffingsgrondslag zo heeft verdeeld dat hij geen heffingsbevoegdheid uitoefent over een buitenlandse dochter van een van zijn ingezeten ondernemingen, is het in beginsel consistent dat die staat bij de vaststelling van de belasting van zijn ingezetene weigert om rekening te houden met aftrekken die verband houden met die inkomsten uit buitenlandse bron.

60. Wat de individuele inkomstenbelasting betreft, heeft het Hof in zijn rechtspraak in beginsel de regel van internationaal belastingrecht erkend dat de woonstaat, overeenkomstig zijn heffingsbevoegdheid over het wereldinkomen, volledig rekening dient te houden met de persoonlijke omstandigheden van een werknemer of ondernemer⁵⁵, tenzij en voorzover de bronstaat daarmee rekening

51 — Zie arresten Manninen, voetnoot 2 (belastingkredieten verleend voor binnenlandse dividenden moeten eveneens worden verleend voor dividenden uit buitenlandse bron); Verkooijen, aangehaald in voetnoot 31 (de woonstaat moet dezelfde vrijstelling van de inkomstenbelasting op dividenden uit buitenlandse bron verlenen als hij voor binnenlandse dividenden verleent), en arrest van 15 juli 2004, Lenz, C-315/02, Jurispr. blz. I-7063 (optie voor behandeling op het gebied van de inkomstenbelasting die voor binnenlandse dividenden beschikbaar is moet eveneens worden uitgebreid tot dividenden uit buitenlandse bron). Zie eveneens arrest van 4 maart 2004, Commissie/Frankrijk (voorheffing), C-334/02, Jurispr. blz. I-2229 (lage tarief van bevrijdende voorheffing was beperkt tot financiële opbrengsten van schuldvorderingen betaald door ingezeten schuldenaars; een soortgelijk voordeel moest worden verleend aan begunstigen van betalingen door buitenlandse schuldenaars) en de conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 10 november 2005 in de aanhangige zaak Mellicke, C-292/04.

52 — Arrest van 14 december 2000, AMIB, C-141/99, Jurispr. blz. I-11619, en beschikking van 12 september 2002, Mertens, C-431/01, Jurispr. blz. I-7073 (binnenlandse onderneming die binnenlandse verliezen in aftrek wilde brengen op buitenlandse winst), en arrest ICI, aangehaald in voetnoot 36 (nationale aftrek wegens verliezen afhankelijk van vraag of binnenlandse onderneming buitenlandse dochtermaatschappijen had).

53 — Arrest Metallgesellschaft, aangehaald in voetnoot 3.

54 — Arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 4, punt 46. Het Hof rechtvaardigde dit onder meer op grond dat ondernemingen uit de bepalingen inzake het vrije verkeer geen heffingsbevoegdheid kunnen kiezen, aangezien dit een evenwichtige verdeling van die heffingsbevoegdheid in gevaar zou brengen.

55 — Bijvoorbeeld belastingvrije basisbedragen, splittingtariefoplossingen voor gehuwden of aftrek van alimentatiebetalingen.

heeft gehouden (bijvoorbeeld krachtens bepalingen van een belastingverdrag).⁵⁶ Voorts moeten investeringsstimulansen verleend aan ingezetenen die in het binnenland investeren ook worden verleend voor grensoverschrijdende investeringen.⁵⁷

61. Ten slotte mag een woonstaat, ofschoon hij belastingbetalers die hun fiscale woonplaats permanent willen verleggen mag vragen om hun fiscale positie te regelen (exitheffing, die bijvoorbeeld wordt geheven op nog niet gerealiseerde waardevermeerderingen van effecten), die exitheffing niet opleggen op een wijze die onevenredig is aan de noodzaak om een fiscale samenhang te verzekeren of misbruik te voorkomen.⁵⁸

62. Met betrekking tot de verplichtingen van de woonstaat op het gebied van de vennootschapsbelasting, wil ik een korte opmerking plaatsen bij het arrest van het Hof in de zaak Bosal.⁵⁹ In die zaak oordeelde het Hof dat artikel 43 EG zich verzette tegen een nationale Nederlandse bepaling op grond waarvan een in Nederland gevestigde moedermaatschappij de kosten verband houdende met een dochteronderneming enkel kon aftrekken indien die dochtermaatschappij belastingplichtig was in Nederland of

indien haar kosten middellijk dienstbaar waren aan het behalen van winst die in Nederland belastbaar was. Om tot dit oordeel te komen volgde het Hof in wezen een redenering in drie fasen. Na te hebben vastgesteld dat de Nederlandse beperkte aftrekbaarheid in beginsel in overeenstemming was met de moeder-dochterrichtlijn⁶⁰, merkte het in de eerste plaats op dat een dergelijke beperking een (Nederlandse) moedermaatschappij ervan „zou kunnen weerhouden” haar activiteiten uit te oefenen via een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming en dus een belemmering vormde voor de vrijheid om dochterondernemingen op te richten in de zin van artikel 43 EG. In de tweede plaats verwierp het Hof de mogelijkheid dat de bepaling gerechtvaardigd kon worden op grond van de zogenoemde „fiscale coherentie” (dat wil zeggen de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te verzekeren). Het stelde dat er in casu geen „rechtstreeks verband” bestond tussen de toekenning van een fiscaal voordeel — het recht van een moedermaatschappij om de kosten van deelneming in het kapitaal van haar dochterondernemingen af te trekken — en de onderworpenheid aan belastingheffing van haar dochterondernemingen. In dit verband verwees het naar zijn arrest in de zaak Baars⁶¹ dat er geen sprake is van een rechtstreeks verband wanneer het om afzonderlijke belastingheffingen gaat of om de fiscale behandeling van verschillende belastingplichtigen. In de derde plaats verwierp het Hof het argument dat de situatie van een Nederlandse moedermaatschappij met een in die lidstaat belastingplichtige dochtermaatschappij en de situatie van een Nederlandse moedermaatschappij waarvan de dochteronderneming niet in Nederland belastingplichtig is, op grond van het territorialiteits-

56 — Zie bijvoorbeeld arrest *De Groot*, aangehaald in voetnoot 48, punten 99 en 100. Zie eveneens arresten van 14 september 1999, *Gschwind*, C-391/97, Jurispr. blz. I-5451, punt 22, en 27 juni 1996, *Asscher*, C-107/94, Jurispr. blz. I-3089, punt 44. De algemeen aanvaarde regel hiervoor is dat de woonstaat, die het wereldinkomen belast, in een betere positie verkeert om informatie over die omstandigheden te verkrijgen. Zie ook de zogenoemde *Schumacker-uitzondering* op dit beginsel, die hieronder wordt besproken.

57 — Arrest van 14 november 1995, *Svensson*, C-484/93, Jurispr. blz. I-3955, en arrest *Verkooijen*, aangehaald in voetnoot 31.

58 — Arrest van 11 maart 2004, *De Lasteyrie de Saillant*, C-9/02, Jurispr. blz. I-2409.

59 — Arrest van 18 september 2003, *Bosal*, C-168/01, Jurispr. blz. I-9409.

60 — Op grond van artikel 4, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn.

61 — Zie voetnoot 28.

beginsel niet als „vergelijkbaar” in de zin van artikel 43 EG kunnen worden aangemerkt. Op dit punt verwees het Hof slechts naar zijn arrest in de zaak *Metallgesellschaft*⁶² en merkte het op dat terwijl de toepassing van het territorialiteitsbeginsel in zijn arrest *Futura Participations en Singer*⁶³ betrekking had op de heffing van belasting van één onderneming (die via een vestiging activiteiten uitoefende in een andere lidstaat), de huidige zaak de belastingheffing van een moeder- en dochteronderneming betrof (dat wil zeggen twee rechtspersonen, die elk belastingplichtig zijn).

63. Ik ben, met alle respect, van mening dat in dat arrest onvoldoende erkenning is gegeven aan de verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten in die zaak. Ik verwijs in het bijzonder naar de vaststelling van het Hof dat was voldaan aan het criterium van de vergelijkbaarheid. Het is mijns inziens cruciaal voor de analyse dat Nederland alle „inkomende” winsten van niet-ingezeten dochterondernemingen vrijstelt van belasting. Dat wil zeggen, de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen Nederland en de lidstaat van vestiging van de dochtermaatschappijen was zodanig dat de bevoegdheid om belasting te heffen over de winst van de buitenlandse dochterondernemingen, uitsluitend bij laatstgenoemde berustte, de bronstaat. Het lijkt mij daarom volledig in overeenstemming met deze verdeling van de heffingsbevoegdheid dat Nederland de door de Nederlandse moedermaatschappij betaalde lasten die toe te rekenen waren aan de vrijgestelde winsten van de buitenlandse dochtermaatschappijen, toewijst aan de lidstaat van de dochtermaatschappij. Met andere woorden, het lijkt

duidelijk dat de situatie van een ingezeten moedermaatschappij met een dochteronderneming waarvan de winst in die lidstaat wordt belast enerzijds, en die van een dergelijke moedermaatschappij met een dochteronderneming waarvan de winst niet in die lidstaat wordt belast (is vrijgesteld) anderzijds, niet vergelijkbaar zijn. Kortom, dit lijkt een klassiek voorbeeld van een verschil in behandeling dat rechtstreeks voortvloeit uit een dislocatie van de heffingsgrondslag. Mijns inziens was het gevolg van het arrest van het Hof dat werd voorbijgegaan aan de keuze van verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten en de voorrang van belastingheffing, welke keuze, zoals ik hierboven heb opgemerkt, uitsluitend bij de lidstaten ligt.

64. Ik wil hieraan toevoegen dat het arrest *Bosal* in beginsel ook meebrengt dat (dezelfde) lasten ook kunnen worden afgetrokken in de lidstaat van de dochtermaatschappij. Ofschoon men mag aannemen dat het Hof niet de bedoeling heeft gehad om een „dubbele aftrek” mogelijk te maken, geeft het in zijn arrest niet aan welke van de twee lidstaten — die van de moeder- of die van de dochtermaatschappij — bij deze kostenaftrek voorrang van belastingheffing moet hebben. Dit was de tweede vraag die de Hoge Raad het Hof in die zaak had voorgelegd, maar het Hof heeft deze niet expliciet beantwoord. De opmerking volstaat dat, zoals ik hierboven al heb opgemerkt, het gemeenschapsrecht geen

62 — Zie voetnoot 3.

63 — Zie voetnoot 36.

basis bevat voor de toewijzing van een dergelijke bevoegdheid en voorrang.⁶⁴

65. Als afzonderlijk punt is het van belang erop te wijzen, dat het Hof in het arrest Marks & Spencer een voorbehoud — met betrekking tot de heffing van vennootschapsbelasting — maakte op het beginsel dat woonstaten verplicht zijn om het inkomen uit buitenlandse bron van hun ingezetenen te behandelen overeenkomstig de wijze waarop zij hun heffingsgrondslag hebben verdeeld. Het Hof oordeelde dat in uitzonderlijke omstandigheden, waar in andere lidstaten gevestigde dochterondernemingen absoluut geen mogelijkheid hebben om hun verliezen te verrekenen, een woonstaat de nationale groepsaftrek moet uitbreiden tot dergelijke verliezen, ondanks het feit dat die staat overigens geen enkele heffingsbevoegdheid over die dochtermaatschappijen uitoefent.⁶⁵ Het verklaarde dit voorbehoud op grond dat de niet-toekenning van een groepsaftrek in dergelijke omstandigheden „verder gaat dan nodig is voor het bereiken van de belangrijkste [...] doelstellingen” van een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid.⁶⁶ Wat de ratio decidendi van dit

voorbehoud ook mag zijn, ik ben van mening dat het uiterst beperkt moet worden toegepast. Het werkt asymmetrisch, aangezien het enerzijds verlichting biedt in gevallen waarin de toepassing van de belastingregelingen van de bronstaat resulteren in verliezen voor de dochteronderneming, terwijl het anderzijds tot gevolg heeft dat buitengewone winsten van dochtermaatschappijen die onder een gunstiger belastingregeling werken in de woonstaat onbelast blijven. Het eindresultaat zou kunnen zijn dat het Hof door dit voorbehoud nog een dispariteit in de onderlinge relatie tussen nationale belastingstelsels heeft ingevoerd, waardoor de uitoefening van de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer in de Gemeenschap nog verder wordt verstoord. Om het anders te zeggen, ik zie niet in waarom ondernemingen die besluiten hun activiteiten naar een andere lidstaat te verleggen en daarbij volledig op de hoogte zijn van de lokale belastingwetgeving, in de woonstaat een uiterst selectieve en verstorende belastingaftrek zouden krijgen wanneer hun activiteiten in de bronstaat verliesgevend zijn en zij die verliezen aldaar niet kunnen verrekenen.

64 — Ik wil hieraan toevoegen dat ik de relevantie van het arrest Metallgesellschaft (aangehaald in voetnoot 3) voor de situatie in de zaak Bosal (aangehaald in voetnoot 59), niet erg duidelijk vind. In die zaak oordeelde het Hof in wezen dat concerns met een buitenlandse moedermaatschappij niet het recht mag worden ontzegd van belastingheffing naar het groepsinkomen dat concerns met een nationale moedermaatschappij wel genoten, en ingevolge waarvan in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochterondernemingen geen ACT dienden te betalen over aan hun moedermaatschappij uitgekeerde dividenden, hetgeen zij anders wel hadden moeten doen. In die zaak berustte de bevoegdheid tot belastingheffing over de winst van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen in beginsel bij het Verenigd Koninkrijk, zodat het bij de uitoefening van die bevoegdheid verplicht was, dezelfde voordelen toe te kennen aan alle in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen, ongeacht de plaats van vestiging van hun moedermaatschappijen. In die zin kan die zaak worden beschouwd als het omgekeerde van de situatie in de zaak Bosal, waar Nederland, als woonstaat van de moedermaatschappij, ervoor had gekozen geen belasting te heffen over winsten van niet-ingezetene dochterondernemingen.

65 — Zie voetnoot 4, punten 55 en 56.

66 — Ibidem.

ii) Verplichtingen die artikel 43 EG aan de bronstaat oplegt

66. Aangezien bronstaten alleen heffingsbevoegdheid hebben over het inkomen dat de niet-ingezetene binnen zijn rechtsgebied heeft verdiend, is de verplichting die artikel 43 EG hun oplegt beperkter. In wezen gaat het hier om de verplichting om alle niet-ingezetenen op vergelijkbare wijze te behan-

delen als ingezetenen (non-discriminatie), voorzover die niet-ingezetenen onder hun heffingsbevoegdheid vallen, dat wil zeggen afhankelijk van het verschil in de mate waarin zij heffingsbevoegdheid over ingezetenen en niet-ingezetenen hebben.

- Voorts kan een bronstaat, voorzover hij heffingsbevoegdheid over een buitenlands filiaal uitoefent, dat filiaal niet aan een hoger vennootschapsbelastingtarief onderwerpen dan het tarief dat hij op zijn eigen ingezeten ondernemingen toepast.⁷⁰

67. In het geval van de heffing van vennootschapsbelasting, is die verplichting bijvoorbeeld aldus uitgelegd:

- Belastingvoordelen die aan ingezeten ondernemingen worden verleend — met inbegrip van die welke krachtens belastingverdragen worden verleend⁶⁷ — moeten op dezelfde wijze worden verleend aan filialen (permanente inrichtingen) van niet-ingezetenen ondernemingen indien die filialen anderszins op dezelfde wijze als ingezeten ondernemingen belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting.⁶⁸ Zo hebben filialen van niet-ingezetenen ondernemingen bijvoorbeeld recht op dezelfde verrekeningskredieten voor ontvangen dividenden, indien zij op dezelfde wijze als ingezeten ondernemingen belasting over die dividenden moeten betalen.⁶⁹

- Evenmin kan een bronstaat alleen voor uitgaande rentevergoedingen op een lening aan een ingezeten dochteronderneming van een niet-ingezeten aandeelhouder die haar beheerst, voorschriften betreffende, bijvoorbeeld, minimumkapitalisatie (regels betreffende onderkapitalisatie) stellen, terwijl die voorschriften niet gelden voor binnenlandse vergoedingen, tenzij een dergelijk voorschrift gerechtvaardigd is.⁷¹
- Anderzijds heeft het Hof geoordeeld dat het Verdrag geenszins verbiedt dat een bronstaat voor de berekening van de maatstaf van heffing voor niet-ingezetenen belastingplichtigen enkel rekening houdt met winsten en verliezen uit hun activiteiten in die staat, en niet, bijvoorbeeld, met verliezen in de woonstaat.⁷²

67 — Arrest Saint-Gobain, aangehaald in voetnoot 35.

68 — Arresten van 28 januari 1986, Commissie/Franse Republiek („Avoir Fiscal”), C-270/83, Jurispr. blz. 273; 13 juli 1993, Commerzbank, C-330/91, Jurispr. blz. I-4017 (filiaal van niet-ingezeten onderneming heeft recht op dezelfde rente op teruggaaf van onverschuldigde belasting) en Futura Participations en Singer, aangehaald in voetnoot 36 (filiaal van niet-ingezeten onderneming heeft recht op dezelfde mogelijkheden van overbrenging van verliezen).

69 — Arrest Avoir Fiscal, aangehaald in voetnoot 68.

70 — Arrest Royal Bank of Scotland, aangehaald in voetnoot 37.

71 — Zie arrest van 12 december 2002, Lankhorst-Hohorst, C-324/00, Jurispr. blz. I-11779, en zie de verwijzing in de aanhangige zaak Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04 (PB 2005, C 57, blz. 20).

72 — Arrest Futura Participations en Singer, aangehaald in voetnoot 36, punt 21.

- Voorts mogen bronstaten aan buitenlandse ondernemingen die op hun grondgebied actief zijn geen onevenredig zware administratieve of boekhoudkundige voorschriften opleggen (dat wil zeggen voorschriften die verder gaan dan hetgeen het gevolg is van het feit dat belastingdiensten nationaal zijn), daaronder begrepen waar naleving van die voorschriften nodig is om gebruik te maken van een belastingkrediet in verband met inkomen uit de bronstaat.⁷³

arrest Bouanich heeft geoordeeld, het gevolg van een voor de betrokken situatie relevant belastingverdrag.⁷⁷ Daar staat tegenover dat bronstaten in beginsel mogen weigeren om niet-ingezetenen persoonlijke voordelen te verlenen die aan ingezetenen worden verleend, aangezien de woonstaat krachtens internationaal belastingrecht in beginsel bij de individuele inkomstenbelasting rekening moet houden met persoonlijke omstandigheden.⁷⁸

68. Voor de individuele inkomstenbelasting betekent dit beginsel bijvoorbeeld:

- Bronstaten mogen geen onderscheid maken tussen ingezetenen en niet-ingezetenen in het geval van een inkomensgerelateerde aftrek van de individuele inkomstenbelasting — dat wil zeggen een aftrek die „rechtstreeks verband houdt”⁷⁴ met de activiteit waardoor het belastbare inkomen in de bronstaat werd verworven (bijvoorbeeld beroepskosten).⁷⁵ In dit opzicht is het gevolg van de verschillende regels, en niet hun vorm, doorslaggevend.⁷⁶ Dit omvat, zoals het Hof recentelijk in het

- Het Hof heeft echter een uitzondering op dit beginsel gemaakt, namelijk dat van een bronstaat kan worden verlangd dat hij, door rekening te houden met persoonlijke omstandigheden, als woonstaat „optreedt”, waar een persoon ten minste 90 % van zijn inkomen in de bronstaat verdient en dit inkomen aldaar wordt belast.⁷⁹ De reden voor deze uitzondering is dat een situatie moet worden vermeden waarin, in gevallen waarin het inkomen van een belastingplichtige in de woonstaat onvoldoende is om aldaar rekening te houden met persoonlijke omstandigheden, die omstandigheden nergens in aanmerking worden genomen. Wat het juiste minimumpercentage voor de toepassing van deze uitzondering ook is,

⁷³ — Arrest van 28 april 1998, *Safir*, C-118/96, Jurispr. blz. I-1897, en arrest *Futura Participations* en *Singer*, aangehaald in voetnoot 36.

⁷⁴ — Arrest *Gerritse*, aangehaald in voetnoot 48, punt 27.

⁷⁵ — Arresten *Gerritse*, aangehaald in voetnoot 48, en *Schumacker*, aangehaald in voetnoot 48. Zie eveneens arrest *Asscher*, aangehaald in voetnoot 56 (geen hogere belastingtarieven voor niet-ingezetenen) en arrest van 11 augustus 1996, *Wielockx*, C-80/94, Jurispr. blz. I-2493 (bronstaten moeten toestaan dat niet-ingezetenen op dezelfde wijze als ingezetenen pensioenbijdragen aftrekken van inkomen dat zij op hun grondgebied hebben verdiend, tenzij het verweer van de fiscale samenhang geldt).

⁷⁶ — Arrest *Gerritse*, aangehaald in voetnoot 48, punt 54.

⁷⁷ — Zie arrest van 19 januari 2006, *Bouanich*, C-265/04, Jurispr. blz. I-923, punten 51-55.

⁷⁸ — Zie, bijvoorbeeld, arrest *D.*, aangehaald in voetnoot 48, punt 38 (betreffende vermogensbelasting).

⁷⁹ — Arresten *Schumacker*, aangehaald in voetnoot 48, en *D.*, aangehaald in voetnoot 48, punt 30. Zie eveneens arresten van 1 juli 2004, *Wallentin*, C-169/03, Jurispr. blz. I-6443; *Wielockx*, aangehaald in voetnoot 75, punt 22, en *Gschwind*, aangehaald in voetnoot 56.

beslissend is mijns inziens dat de persoonlijke omstandigheden van de belastingbetaler niet anderszins in aanmerking kunnen worden genomen.⁸⁰

69. De op de bronstaat rustende verplichting tot non-discriminatie houdt voorts in dat hij, voorzover hij ervoor kiest om zijn ingezetenen verlichting te geven van nationale economische dubbele belasting (bijvoorbeeld bij de belastingheffing over dividenden), die verlichting moet uitbreiden tot niet-ingezetenen voorzover dezelfde nationale economische dubbele belasting het resultaat is van de uitoefening van zijn heffingsbevoegdheid over die niet-ingezetenen (bijvoorbeeld waar de bronstaat ondernemingswinst eerst aan de vennootschapsbelasting onderwerpt en vervolgens, bij uitkering, aan de inkomstenbelasting). Dit volgt uit het beginsel dat belastingvoordelen die de bronstaat aan niet-ingezetenen verleent dezelfde moeten zijn als die welke aan ingezetenen worden verleend, voorzover de bronstaat overigens een gelijke heffingsbevoegdheid over beide groepen uitoefent.⁸¹

70. Het staat een lidstaat mijns inziens echter vrij om ervoor te zorgen dat hij aan

de krachtens de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer op hem rustende verplichtingen voldoet door middel van bepalingen die in een belastingverdrag zijn opgenomen. Zo mag, om een voorbeeld te noemen, een bronstaat die niet-ingezetenen op dezelfde wijze als ingezetenen aan nationale economische dubbele belasting onderwerpt, mijns inziens door middel van een belastingverdrag ervoor zorgen dat de niet-ingezetenen dezelfde verlichting van dubbele belasting krijgen als de ingezetenen. In een dergelijke situatie moet de mate waarin aan de niet-ingezetenen verlichting van dubbele belasting wordt verleend echter gelijk zijn aan die van ingezetenen. Ik ben het in dit opzicht eens met de benadering van het Hof in zijn arrest Bouanich, namelijk dat waar een staat dezelfde heffingsbevoegdheid uitoefent over niet-ingezetenen en ingezetenen aandeelhouders, het aan de nationale rechter stond om te beoordelen of, rekening houdend met het van kracht zijnde belastingverdrag, ingezetenen gunstiger werden behandeld dan niet-ingezetenen.⁸²

71. Bij de vraag of lidstaten aan de verplichtingen van de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer voldoen, moet mijns inziens om twee redenen rekening worden gehouden met het gevolg van belastingverdragen. In de eerste plaats en zoals hierboven reeds opgemerkt, zijn lidstaten vrij om onderling niet alleen de heffingsbevoegdheid, maar ook de voorrang van belastingheffing te verdelen. Zo staat het, in het hierboven gegeven voorbeeld, de bronstaat die dividenden aan economische dubbele

80 — Zie bijvoorbeeld arresten Gschwind, aangehaald in voetnoot 56, punt 29, en De Groot, aangehaald in voetnoot 48, punt 101. De uitzonderlijke verplichting dat de bronstaat rekening moet houden met persoonlijke omstandigheden geldt voor de vermogensbelasting, een andere directe belasting die gebaseerd is op de draagkracht van de belastingplichtige: arrest D., aangehaald in voetnoot 48, punten 31-34. Zie eveneens de conclusie van advocaat-generaal Léger van 1 maart 2005 in de zaak Ritter-Coulais, C-152/03, Jurispr. 2006 blz. I-1711, blz. I-1713, waarin wordt bepleit om deze uitzondering, naast „typisch” persoonsgebonden voordelen, uit te breiden tot het recht om negatieve huuropbrengsten uit de woonstaat in aftrek te brengen.

81 — Zie de in de voetnoten 67 en 68 aangehaald zaken.

82 — Zie voetnoot 77, punt 51.

belasting onderwerpt dus vrij, in een belastingverdrag te regelen dat hiervoor verlichting zal worden geboden door de woonstaat. In de tweede plaats, indien in een individueel geval geen rekening werd gehouden met het gevolg van het belastingverdrag zou dit betekenen dat de economische realiteit wordt genegeerd van de werkzaamheid en de beweegredenen van die belastingplichtige in een grensoverschrijdende context. Anders gezegd, het zou het reële gevolg voor die belastingplichtige kunnen verstoren van de combinatie van verplichtingen van de woon- en bronstaat. Ik wil benadrukken dat het in een dergelijk scenario een van de verdragsverplichtingen van de bronstaat is om ervoor te zorgen dat dit resultaat is bereikt. Er kan bijvoorbeeld niet als verweer worden aangevoerd dat de woonstaat niet voldeed aan zijn uit het belastingverdrag voortvloeiende verplichtingen door geen verlichting van de relevante economische dubbele belasting te geven.⁸³

72. Meer in het algemeen ben ik van mening dat de combinatie van de krachtens de bepalingen betreffende het vrije verkeer op de woon- en op de bronstaat rustende verplichtingen meer als een geheel moeten worden gezien of als het bereiken van een soort evenwicht. Onderzoek van de situatie van een individuele marktdeelnemer in het kader van slechts één van deze staten — zonder rekening te houden met de verplichtingen die krachtens artikel 43 EG op de andere staat rusten — zou een onevenwichtige en misleidende indruk kunnen geven en zou voorbij kunnen gaan aan de economische realiteit waarin die marktdeelnemer actief is.

83 — Ik wijs erop dat het EVA-Hof in zijn arrest Fokus Bank (arrest van 23 november 2004, Fokus Bank/Noorse Staat, E-1/04) voor een andere benadering heeft gekozen. In die zaak ging het onder meer om de verenigbaarheid met het vrije kapitaalverkeer (artikel 40 van de EER-overeenkomst, gelijk aan artikel 56 EG) van Noorse regels ingevolge waarvan Noorwegen ondernemingswinst eerst aan vennootschapsbelasting onderwierp en vervolgens bij uitkering 1) in het geval van ingezetenen, aan inkomstenbelasting. Aan ingezeten aandeelhouders werd echter een volledig verrekeningskrediet toegekend teneinde verlichting te geven van economische dubbele belasting van dividenden; 2) ingeval van niet-ingezeten aandeelhouders, 15 % bronbelasting. Op grond van het in die zaak relevante belastingbedrag werd deze 15 % echter in mindering gebracht op in de woonstaat geheven belasting. Met zijn oordeel dat deze regel in strijd was met het beginsel van vrij verkeer van kapitaal stelde het EVA-Hof de belastingheffing van uitgaande dividenden (belastingheffing door de bronstaat) gelijk aan inkomende dividenden (belastingheffing door de woonstaat), zich hierbij baserend op de arresten van het Hof in de zaken Lenz en Manninen (punt 30), en redeneerde het dat een bronstaat in beginsel geen beroep kan doen op bepalingen van een belastingverdrag met het oog op de verlichting van economische dubbele belasting door die bronstaat (punt 37). Om de hierboven uiteengezette redenen ben ik het met deze analyse niet eens.

73. Als laatste punt wil ik hieraan toevoegen dat zelfs wanneer een belastingregel van een lidstaat in beginsel binnen de werkingssfeer van het verbod van artikel 43 EG valt (dat wil zeggen een discriminatie of een „echte” beperking oplevert), hiervoor uiteraard een potentiële rechtvaardiging kan worden aangevoerd, bijvoorbeeld de noodzaak om de fiscale samenhang van de nationale belastingstelsels te verzekeren⁸⁴ en om misbruik van recht te voorkomen.⁸⁵

84 — Arrest van 28 januari 1992, Bachmann, C-204/90, Jurispr. blz. I-2049.

85 — Zie bijvoorbeeld arresten Lankhorst-Hohorst, aangehaald in voetnoot 71, en ICI, aangehaald in voetnoot 36.

d) Toepassing van deze beginselen op de onderhavige zaak

74. De vraag is hier, of het feit dat het Verenigd Koninkrijk geen verrekenbaar belastingkrediet heeft verleend voor „uitgaande” dividenden die een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij heeft betaald aan een niet in die lidstaat gevestigde moedermaatschappij, een beperking vormt van de vrijheid van laatstgenoemde om een dochtermaatschappij in het Verenigd Koninkrijk op te richten, gelet op het feit dat het Verenigd Koninkrijk een volledig belastingkrediet verleende voor dividenden die door aldaar gevestigde ondernemingen zijn betaald aan individuele aandeelhouders woonachtig in het Verenigd Koninkrijk en, waar in een belastingverdrag opgenomen (met heffing van belasting als in dat belastingverdrag voorzien), in derde landen en andere lidstaten.

75. Voor de beantwoording van deze vraag moet eerst een en ander worden verduidelijkt. Waar het hier om gaat is niet de vraag, of het Verenigd Koninkrijk aan niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappijen van aldaar gevestigde dochtermaatschappijen hetzelfde belastingkrediet had moeten verlenen als het aan in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappijen van eveneens aldaar gevestigde dochtermaatschappijen heeft verleend. Dat wil zeggen het gaat niet om de verlening aan een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschapsaandeelhouder van een belastingkrediet dat gelijk is aan de ACT die haar eveneens in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij heeft betaald (dat wil zeggen het eerste „niveau” van verlichting van economische dubbele

belasting in het stelsel van het Verenigd Koninkrijk). De Test Claimants stellen daarentegen dat de individuele aandeelhouders van niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappijen hetzelfde verrekenbare belastingkrediet hadden moeten ontvangen als individuele aandeelhouders van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappijen. De vraag betreft dus de verlening aan een individuele aandeelhouder van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming van een verrekeningskrediet voor op dividend reeds betaalde vennootschapsbelasting, dat in mindering kon worden gebracht op zijn in het Verenigd Koninkrijk te betalen inkomstenbelasting of dat hem contant werd uitbetaald wanneer het krediet zijn belastingplicht overschreed (dat wil zeggen het tweede „niveau” van verlichting van economische dubbele belasting in het stelsel van het Verenigd Koninkrijk).

76. Anders gezegd, de Test Claimants stellen dat individuele aandeelhouders van een niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij — die (behoudens krachtens bepaalde belastingverdragen) in het Verenigd Koninkrijk geen verrekeningskrediet ontvingen — voor de vennootschapsbelasting die in het Verenigd Koninkrijk was betaald over de winst van aldaar gevestigde dochtermaatschappijen, hetzelfde belastingkrediet hadden moeten krijgen als individuele aandeelhouders van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij — die aldaar een verrekeningskrediet ontvingen waardoor hun belastingplicht voor de inkomstenbelasting in die lidstaat in feite werd geneutraliseerd. Het argument is als zodanig gebaseerd op een vergelijking van ingezet en niet-

ingezeten moedermaatschappijen op basis van de fiscale behandeling in het Verenigd Koninkrijk van hun individuele aandeelhouders.

77. Volgens de Test Claimants worden niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappijen met een in die lidstaat gevestigde dochteronderneming door dit verschil in behandeling van individuele aandeelhouders benadeeld ten opzichte van een moeder- en dochtermaatschappij die beide in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd. Terwijl het belastingstelsel van het Verenigd Koninkrijk, door de afschaffing of vermindering van economische dubbele belasting, zorgt voor een lagere gecumuleerde belastingdruk op winst die via een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij wordt uitgekeerd, doet het dit niet voor (in het Verenigd Koninkrijk behaalde) winst die via een niet in die lidstaat gevestigde moedermaatschappij wordt uitgekeerd. Dit zou huns inziens een investering in een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij aantrekkelijker kunnen maken dan in een niet aldaar gevestigde moedermaatschappij, tenzij die moedermaatschappij in het laatste geval meer dividend uitkeert ter compensatie van een grotere algehele belastingdruk. Voorts zou dit nadeel niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappijen ervan kunnen weerhouden, een dochtermaatschappij in het Verenigd Koninkrijk op te richten.

78. Het is inderdaad mogelijk dat, afhankelijk van het belastingstelsel van het land

waarin de moedermaatschappij gevestigd is⁸⁶, de gecumuleerde belastingdruk op winst die een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochteronderneming via een niet in die lidstaat gevestigde moedermaatschappij uitkeert, groter is dan de gecumuleerde belastingdruk op winst die een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochter- via een eveneens aldaar gevestigde moedermaatschappij uitkeert.

79. Voor de onderhavige analyse gaat het echter om de vraag, of dit nadeel dat niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappijen als gevolg van de regels van die lidstaat mogelijk ondervinden, een echte beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 EG vormt.

80. Het is mijns inziens duidelijk dat dit niet het geval is. Een dergelijke nadeel zou, indien het zich voordeed, een perfect voorbeeld vormen van hetgeen ik hierboven een quasi-beperking heb genoemd, voortvloeiende uit dispariteiten en de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen nationale belastingstelsels. Het zou niet het gevolg zijn van een discriminerende toepassing door het Verenigd Koninkrijk van zijn eigen belastingvoorschriften op belastingplichtigen die onder zijn bevoegdheid vallen. Enerzijds, in het geval van winst die een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij via een aldaar gevestigde moedermaatschappij aan eveneens in die lidstaat woonachtige

86 — Indien de staat er bijvoorbeeld voor heeft gekozen om geen (volledige) vrijstelling van economische dubbele belasting van dividenden te verlenen, zou de algehele belastingdruk op winst die door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochter aan een niet in die lidstaat gevestigde moedermaatschappij wordt uitgekeerd groter zijn dan die op winst die een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochter- aan een eveneens in die lidstaat gevestigde moedermaatschappij uitkeert.

individuele aandeelhouders uitkeert, oefent het Verenigd Koninkrijk als woonstaat zijn heffingsbevoegdheid (over het wereldinkomen) in elk van deze drie stadia uit. Bij de uitoefening van deze bevoegdheid heeft het Verenigd Koninkrijk, zoals reeds beschreven, ervoor gekozen om de economische dubbele belasting op winstuitkeringen door dochterondernemingen te verminderen door a) een belastingkrediet te verlenen aan in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappijen teneinde ervoor te zorgen dat er slechts één keer ACT op die winst wordt betaald, en b) een verrekenbaar belastingkrediet te verlenen aan in het Verenigd Koninkrijk woonachtige aandeelhouders waardoor zij aldaar geheel of ten dele zijn vrijgesteld van inkomstenbelasting. Anderzijds, in het geval van winst die een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij via een niet in die lidstaat gevestigde moedermaatschappij aan een individuele aandeelhouder uitkeert, oefent het Verenigd Koninkrijk in beginsel de (territoriale) bevoegdheid van de bronstaat uit.

81. Dit verschil in hoedanigheid van heffingsbevoegdheid is het gevolg van de wijze waarop de staten, in het kader van de uitoefening van hun bevoegdheid en zoals aanvaard in internationaal belastingrecht, hun bevoegdheden op fiscaal gebied hebben verdeeld.

82. In het laatste geval hief het Verenigd Koninkrijk in feite slechts één keer belasting over de in die lidstaat behaalde winst: dat wil zeggen, in de vorm van ACT die bij uitkering van winst door de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij werd betaald. Het gevolg van dit stelsel was dat uitgaande dividenden, tenzij daardoor in het

Verenigd Koninkrijk een belastingkrediet ontstond, niet werden belast in een tweede stadium van belastingheffing in het Verenigd Koninkrijk in de vorm van inkomstenbelasting.

83. Uitgaande dividenden werden daardoor, voorzover zij onder de heffingsbevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk vielen, op precies dezelfde wijze behandeld als binnenlandse dividenden. In de eerste plaats had de uitkering van elk van beide soorten dividend tot gevolg dat er ACT moest worden betaald. In het geval van binnenlandse dividenden werd de inkomstenbelasting in het Verenigd Koninkrijk in beginsel bij de aandeelhouder geheven. Het Verenigd Koninkrijk verleende een verrekeningskrediet, waardoor deze verplichting om inkomstenbelasting te betalen geheel of ten dele tenietging. In het geval van uitgaande dividenden werd echter, tenzij een belastingverdrag anders bepaalde, in het Verenigd Koninkrijk geen inkomstenbelasting geheven. Er bestond in het Verenigd Koninkrijk dus geen verplichting om inkomstenbelasting te betalen die door een verrekeningskrediet moest worden opgeheven.

84. Kortom, de reikwijdte van de heffingsbevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk over dergelijke dividenden was de bevoegdheid om ACT te heffen, welke bevoegdheid het op een niet-discriminerende wijze uitoefende en dus in overeenstemming met zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 43 EG.

85. Het is inderdaad mogelijk dat over dergelijke in het Verenigd Koninkrijk behaalde winst nog een keer belasting werd

geheven, namelijk in de woonstaat van de niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij (economische dubbele belasting) en in de woonstaat van de individuele aandeelhouder (economische driedubbele belasting). Zoals hierboven besproken, kan het Verenigd Koninkrijk ingevolge de in internationaal belastingrecht aanvaarde regels van fiscale voorrang echter bij voorrang belasting heffen over in het Verenigd Koninkrijk behaalde winst.

86. Daarentegen staat het de woonstaat van de niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij bijvoorbeeld vrij, de economische dubbele belasting op deze in het Verenigd Koninkrijk behaalde winst te verminderen indien hij dat wil. Bij de uitoefening van zijn bevoegdheid als woonstaat mag deze staat, zoals reeds opgemerkt, ingevolge artikel 43 EG geen onderscheid maken tussen inkomen uit buitenlandse en inkomen uit binnenlandse bron. Evenzo is het, op het niveau van de individuele aandeelhouder, in overeenstemming met het arrest van het Hof in de zaak Manninen⁸⁷, dat zijn woonstaat desgewenst de dubbele (of driedubbele) belasting van ontvangen dividenden vermindert. Zoals reeds opgemerkt, verplicht artikel 43 EG deze staat om bij de uitoefening van die bevoegdheid geen onderscheid te maken tussen inkomen uit buitenlandse en inkomen uit binnenlandse bron. Voorzover individuele aandeelhouders van niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappijen in casu in het Verenigd Koninkrijk woonachtig zijn, geldt voor het Verenigd Koninkrijk, in overeenstemming met het arrest Manninen,

uiteeraard deze verplichting om geen onderscheid te maken. Dit is niet ter discussie gesteld en vormt evenmin het voorwerp van de onderhavige verwijzing.

87. In het geval van uitgaande dividenden die door een belastingverdrag worden beheerst blijkt uit de in deze zaak aan het Hof overgelegde informatie echter duidelijk dat het Verenigd Koninkrijk in bepaalde gevallen krachtens belastingverdragen gerechtigd was, over die dividenden in het Verenigd Koninkrijk (beperkt) inkomstenbelasting te heffen. Ook had de individuele aandeelhouder die het dividend ontving in bepaalde gevallen recht op een volledig of gedeeltelijk belastingkrediet. Volgens het Verenigd Koninkrijk bestaat er een rechtstreeks verband tussen het tarief van de inkomstenbelasting voor dergelijke dividenden en (de omvang van) het recht op een belastingkrediet.

88. Ik wil er in dit verband nogmaals op wijzen dat, zoals ik hierboven heb uiteengezet, de verplichting van het Verenigd Koninkrijk, wanneer het ten aanzien van uitgaande dividenden optreedt als bronstaat, erin bestaat dat het, voorzover het heffingsbevoegdheid uitoefent over het inkomen van niet-ingezetenen, dit inkomen op vergelijkbare wijze behandelt als dat van ingezetenen. Met andere woorden, voorzover het Verenigd Koninkrijk de bevoegdheid uitoefent om in het Verenigd Koninkrijk inkomstenbelasting te heffen over aan niet-ingezetenen uitgekeerde dividenden, dient het ervoor te zorgen dat die niet-ingezetenen een behandeling genieten die — inclusief belasting-

87 — Aangehaald in voetnoot 2.

voordelen — gelijkwaardig is aan die welke ingezetenen zouden genieten die in het Verenigd Koninkrijk voor de inkomstenbelasting aan dezelfde heffingsbevoegdheid zijn onderworpen. Anders gezegd, de omvang van de verplichting van het Verenigd Koninkrijk moet in overeenstemming zijn met de in het geldende bilaterale belastingverdrag neergelegde verdeling van bevoegdheid en heffingsgrondslag. Zoals het Hof in het arrest Bouanich heeft geoordeeld, is het de taak van de nationale rechter om in elk individueel geval en afhankelijk van de bepalingen van het relevante belastingverdrag te beslissen, of aan die verplichting is voldaan.⁸⁸

89. Ik wil hieraan toevoegen dat waar het Verenigd Koninkrijk kan aantonen dat het relevante belastingverdrag zelf bepaalt dat de woonstaat van de vennootschap- of de individuele aandeelhouder verlichting van economische dubbele belasting moet geven die het gevolg is van de heffing van ACT en inkomstenbelasting in het Verenigd Koninkrijk, dit mijns inziens volstaat om het van zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 43 EG te ontslaan. Dit volgt wederom, zoals hierboven opgemerkt, uit de vrijheid van de lidstaten om de heffingsbevoegdheid en de voorrang onderling te verdelen en uit de noodzaak om rekening te houden met de grensoverschrijdende economische realiteit waarin de belastingplichtige werkzaam is. Zoals reeds gezegd, zou het een onderdeel zijn van de voor het Verenigd Koninkrijk uit artikel 43 EG voortvloeiende verplichting om ervoor te zorgen dat dit resultaat is bereikt en kan als verweer niet worden aangevoerd,

dat de woonstaat niet aan zijn verplichtingen ingevolge het belastingverdrag had voldaan door geen verlichting van de relevante economische dubbele belasting te geven.

90. Zoals gezegd, geldt deze redenering op gelijke wijze, en leidt deze tot dezelfde conclusie, wanneer de betrokken wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk op haar verenigbaarheid met artikel 56 EG wordt onderzocht.

91. Gelet op een en ander, moet op vraag 1, sub a, worden geantwoord dat waar het Verenigd Koninkrijk krachtens een wettelijke regeling als in deze zaak aan de orde is, een volledig belastingkrediet verleent voor dividenden die door in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen aan eveneens in die lidstaat woonachtige individuele aandeelhouders worden betaald, artikel 43 EG of artikel 56 EG niet verlangt dat ook een volledig of gedeeltelijk belastingkrediet wordt verleend voor uitgaande dividenden die door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij aan een buiten die lidstaat gevestigde moedermaatschappij worden betaald, waar over die dividenden in het Verenigd Koninkrijk geen inkomstenbelasting wordt geheven. Voorzover het Verenigd Koninkrijk ingevolge een belastingverdrag echter bevoegd is om in het Verenigd Koninkrijk inkomstenbelasting te heffen over aan niet-ingezetenen uitgekeerde dividenden, dient het ervoor te zorgen dat die niet-ingezetenen een behandeling genieten die — inclusief belastingvoordelen — gelijkwaardig is aan die welke ingezetenen zouden genieten die in het Verenigd Koninkrijk voor de inkomsten-

88 — Arrest aangehaald in voetnoot 77, punten 54 en 55.

belasting aan dezelfde heffingsbevoegdheid zijn onderworpen.

„meest begunstigde natie” uit te breiden tot onderdanen van andere lidstaten.

B — *Vraag 1, sub b*

92. Met vraag 1, sub b, wenst de nationale rechter te vernemen, of artikel 43 EG of artikel 56 EG zich ertegen verzet dat een lidstaat als het Verenigd Koninkrijk een bepaling van een belastingverdrag toepast, die ter zake van de relevante dividenduitkeringen een gedeeltelijk belastingkrediet verleent aan een in een bepaalde lidstaat (zoals Nederland) gevestigde moedermaatschappij, maar niet aan een in een andere lidstaat (zoals Duitsland) gevestigde moedermaatschappij, waar het tussen het Verenigd Koninkrijk en Duitsland gesloten belastingverdrag geen bepaling over een gedeeltelijk belastingkrediet bevat.

93. In deze vraag gaat het in feite om het punt, of de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer, en in het bijzonder het non-discriminatiebeginsel, lidstaten verplichten om voordelen die zij krachtens een belastingverdrag aan ingezetenen van een lidstaat verlenen, uit te breiden tot onderdanen van andere lidstaten: dat wil zeggen, is een staat die in de positie van het Verenigd Koninkrijk verkeert verplicht om de behandeling van

94. Het Hof heeft zich in zijn arrest in de zaak D.⁸⁹ recentelijk met dit punt beziggehouden. Die zaak betrof een Duits ingezetene — D. — wiens vermogen voor 10 % uit in Nederland gelegen onroerende zaken bestond. Nederland onderwierp die 10 % aan vermogensbelasting, maar weigerde hem de belastingvrije som te verlenen waarop Nederlands en, krachtens een Belgisch-Nederlands belastingverdrag, Belgisch ingezetenen wel recht hadden. D. stelde onder meer dat het feit dat Nederland Belgische en Duitse ingezetenen op dit punt verschillend behandelde, een onwettige en met artikel 56 EG strijdige discriminatie opleverde en dat Nederland hem op basis daarvan een gelijke aftrek moest toestaan. Het Hof verwierp dit argument en oordeelde dat de situatie van niet-ingezetenen die wel en die van niet-ingezetenen die niet onder een belastingverdrag vallen, niet vergelijkbaar zijn. Er kon dus geen sprake zijn van discriminatie tussen deze twee groepen belastingplichtigen. Voordat het Hof tot dit oordeel kwam maakte het drie belangrijke opmerkingen. In de eerste plaats, de Belgisch-Nederlandse overeenkomst voorzag in een verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen deze beide lidstaten.⁹⁰ In de tweede plaats, het was een „inherent gevolg van bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting” dat de „wederkerige rechten en verplichtingen” in deze verdragen slechts gelden voor personen die ingezetenen zijn van één van de beide verdragsluitende lidstaten. In de derde plaats, een wederkerige

89 — Aangehaald in voetnoot 48.

90 — D., aangehaald in voetnoot 48, punt 60.

regel als, in die zaak, de bepaling waarbij aan Belgisch ingezetenen voor de Nederlandse vermogensbelasting een aftrek werd verleend, kon niet worden beschouwd als een voordeel dat kon worden losgekoppeld van de rest van de Belgisch-Nederlandse overeenkomst, maar maakte „daarvan integreerend deel” uit en droeg bij tot het „algehele evenwicht” ervan.

95. Deze redenering, waar ik mij graag bij aansluit, geldt in gelijke mate voor de situatie waar het in deze zaak om gaat. In het door de nationale rechter gegeven voorbeeld kan de situatie van een Nederlandse moedermaatschappij die krachtens een tussen het Verenigd Koninkrijk en Nederland gesloten belastingverdrag van het Verenigd Koninkrijk een gedeeltelijk belastingkrediet krijgt, niet echt worden vergeleken met die van een Duitse moedermaatschappij die geen belastingkrediet ontvangt. Ik wil, zoals het Hof in zijn arrest D. heeft gedaan, beklemtonen dat elk belastingverdrag een specifieke verdeling van heffingsbevoegdheid en prioriteit van belastingheffing tussen de verdragsluitende staten bevat.⁹¹ Deze verdeling vertegenwoordigt een algeheel evenwicht dat is onderhandeld als een geheel, en op grond van wederkerigheid, op basis van de bijzondere kenmerken van de twee betrokken nationale belastingstelsels en economieën, krachtens de bevoegdheid van de lidstaten en zoals uitdrukkelijk voorzien in artikel 293

EG. De verschillen in het evenwicht dat in dergelijke bilaterale onderhandelingen is bereikt weerspiegelen de diversiteit van de nationale belastingstelsels en de economische omstandigheden — daaronder begrepen, zoals ik hierboven heb opgemerkt, binnen de EU. Hieruit volgt dat de situatie van niet-ingezetenen die aan verschillende, in andere belastingverdragen vastgestelde heffingsbevoegdheden en prioriteitsregels zijn onderworpen, niet vergelijkbaar kan worden geacht. Zoals hierboven uiteengezet, vallen verschillen in behandeling die louter het gevolg zijn van de verdeling van de heffingsbevoegdheid van lidstaten of de keuze van voorrangregels niet binnen de werkingssfeer van artikel 43 EG of artikel 56 EG. Integendeel, de omvang van de verplichting van de bronstaat ten opzichte van niet-ingezetenen is, voorzover hij heffingsbevoegdheid uitoefent, hen op vergelijkbare wijze te behandelen als ingezetenen.

96. Gelet op een en ander, ben ik van mening dat op vraag 1, sub b, moet worden geantwoord dat artikel 43 EG of artikel 56 EG zich niet ertegen verzet dat een lidstaat als het Verenigd Koninkrijk een bepaling van een belastingverdrag toepast, die ter zake van de relevante dividenduitkeringen een gedeeltelijk belastingkrediet verleent aan een in een bepaalde lidstaat (zoals Nederland) gevestigde moedermaatschappij, maar niet aan een in een andere lidstaat (zoals Duitsland)

⁹¹ — Zie, naar analogie, de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in het arrest Gilly, aangehaald in voetnoot 47 hierboven: „Het doel van een bilaterale overeenkomst inzake dubbele belasting is, te vermijden dat de inkomsten waarover door een van de staten reeds belasting is geheven, in de andere staat opnieuw worden belast. Een dergelijke overeenkomst beoogt uiteraard niet te garanderen, dat waar deze inkomsten ook zijn verkregen en wat ook de bron ervan is, de door de belastingplichtige in een van de staten verschuldigde belasting niet hoger is dan die welke hij in de andere staat zou moeten betalen” (punt 66).

gevestigde moedermaatschappij, waar het tussen het Verenigd Koninkrijk en Duitsland gesloten belastingverdrag geen bepaling over een gedeeltelijk belastingkrediet bevat.

C — Vraag 1, sub c en d

97. Met vraag 1, sub c, wenst de nationale rechter te vernemen, of artikel 43 EG dan wel artikel 56 EG zich ertegen verzet dat het Verenigd Koninkrijk ter uitvoering van zijn belastingverdragen geen gedeeltelijk belastingkrediet verleent aan in Nederland gevestigde ondernemingen wanneer zij door een in Duitsland gevestigde onderneming worden beheerst, maar ter zake van de relevante dividenduitkeringen wel recht op een gedeeltelijk belastingkrediet verleent aan i) een in Nederland gevestigde onderneming die door een andere Nederlands ingezetene wordt beheerst, ii) een in Nederland gevestigde onderneming die door een ingezetene van een andere lidstaat, zoals Italië, wordt beheerst, waar in het Italiaans-Nederlands belastingverdrag een bepaling betreffende een gedeeltelijk belastingkrediet is opgenomen, of iii) in Italië gevestigde ondernemingen, ongeacht door wie zij worden beheerst. Met vraag 1, sub d, wenst de nationale rechter te vernemen, of het antwoord op vraag 1, sub c, anders zou luiden indien het ging om een in Nederland gevestigde onderneming die niet door een Duits ingezetene werd beheerst, maar door een ingezetene van een derde land.

98. In deze vragen gaat het in feite om de verenigbaarheid met artikel 43 EG van de zogenoemde clausule inzake de „beperking van het voordeel” in de belastingverdragen van de lidstaten, op grond waarvan het recht op belastingvoordelen van in de verdragsluitende staten gevestigde ondernemingen beperkt is naar gelang de plaats van vestiging van hen die deze ondernemingen beheersen. In het huidige scenario bijvoorbeeld hebben in Nederland gevestigde ondernemingen geen recht op een gedeeltelijk belastingkrediet van het Verenigd Koninkrijk wanneer zij op hun beurt worden beheerst door een ingezetene van een lidstaat zoals Duitsland, waar het belastingverdrag tussen Duitsland en het Verenigd Koninkrijk geen bepaling betreffende een dergelijke belastingkrediet bevat.

99. Het antwoord op deze vragen volgt mijns inziens uit een soortgelijke redenering als voor vraag 1, sub b.

100. Zoals hierboven uiteengezet, kan de situatie van niet-ingezetenen die onder een belastingverdrag vallen niet worden vergeleken met die van hen die niet onder dat belastingverdrag vallen, aangezien elk belastingverdrag een bepaalde evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid en voorrang vertegenwoordigt die de verdragsluitende staten hebben bereikt. Een verschil in behandeling van deze niet-ingezetenen levert geen discriminatie op, omdat zij in verschillende situaties verkeren. De vraag is hier, of het is toegestaan om onderscheid te maken tussen niet-ingezetenen die in dezelfde lidstaten woonachtig zijn en dus onder het-

zelfde belastingverdrag vallen, afhankelijk van de vraag of de niet-ingezetene wordt beheerst door een ingezetene van een lidstaat (of derde land) waarvan het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk geen bepaling betreffende gedeeltelijke belastingkredieten bevat. Zijn deze niet-ingezetenen voor de toepassing van het non-discriminatiebeginsel vergelijkbaar?

101. Het antwoord op deze vraag moet mijns inziens ontkennend luiden. Het onderscheid in een belastingverdrag tussen niet-ingezetenen op basis van het woonland (en dus het toepasselijke belastingverdrag) van de aandeelhouder die hen beheerst, vormt een onderdeel van de evenwichtige verdeling van jurisdictie en voorrang die de verdragssluitende staten in de uitoefening van hun bevoegdheid hebben bereikt en waarnaar ik reeds heb verwezen. Een onderzoek naar de redenen en rechtvaardigingen voor dit gekozen evenwicht — dat alleen kan worden beoordeeld in het licht van het globalere evenwicht dat in het uitgebreide netwerk van de thans bestaande bilaterale verdragen is bereikt — valt niet echt binnen de werkingssfeer van de verdragbepalingen betreffende het vrije verkeer.

102. Op vraag 1, sub c en d, moet daarom worden geantwoord dat artikel 43 EG of artikel 56 EG zich niet ertegen verzet dat het Verenigd Koninkrijk ter uitvoering van zijn belastingverdragen geen gedeeltelijk belas-

tingkrediet verleent aan in Nederland gevestigde ondernemingen wanneer zij door een in Duitsland of in een derde land gevestigde onderneming worden beheerst, maar ter zake van de relevante dividenduitkeringen wel recht op een gedeeltelijk belastingkrediet verleent aan i) een in Nederland gevestigde onderneming die door een andere Nederlands ingezetene wordt beheerst, ii) een in Nederland gevestigde onderneming die door een ingezetene van een andere lidstaat, zoals Italië, wordt beheerst, waar in het Italiaans-Nederlands belastingverdrag een bepaling betreffende een gedeeltelijk belastingkrediet is opgenomen, of iii) in Italië gevestigde ondernemingen, ongeacht door wie zij worden beheerst.

D — Vraag 2

103. Deze vraag betreft de communautaire rechten en voorzieningen die beschikbaar zijn wanneer er, in de omstandigheden genoemd in vraag 1, sprake is van schending van artikel 43 EG of artikel 56 EG. Uit het bovenstaande blijkt echter dat het zo duidelijk is dat het antwoord op vraag 1, sub a tot en met c, ontkennend moet luiden, dat ik het niet zinvol of noodzakelijk acht dit punt te beantwoorden. Ik wijs er echter op dat er in de prejudiciële verwijzing in de parallelle zaak *Test Claimants in the FII Group Litigation*⁹² soortgelijke vragen betreffende voorzieningen zijn gesteld.

⁹² — Zie voetnoot 2.

V — Conclusie

104. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging om de vragen van de High Court of Justice of England and Wales (Chancery Division) te beantwoorden als volgt:

- „— Waar het Verenigd Koninkrijk krachtens een wettelijke regeling als in deze zaak aan de orde is, een volledig belastingkrediet verleent voor dividenden die door in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen aan eveneens in die lidstaat woonachtige individuele aandeelhouders worden betaald, verlangt artikel 43 EG of artikel 56 EG niet dat ook een volledig of gedeeltelijk belastingkrediet wordt verleend voor uitgaande dividenden die door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij aan een buiten die lidstaat gevestigde moedermaatschappij worden betaald, waar over die dividenden in het Verenigd Koninkrijk geen inkomstenbelasting wordt geheven. Voorzover het Verenigd Koninkrijk ingevolge een belastingverdrag echter bevoegd is om in het Verenigd Koninkrijk inkomstenbelasting te heffen over aan niet-ingezetenen uitgekeerde dividenden, dient het ervoor te zorgen dat die niet-ingezetenen een behandeling genieten die — inclusief belastingvoordelen — gelijkwaardig is aan die welke ingezetenen zouden genieten die in het Verenigd Koninkrijk voor de inkomstenbelasting aan dezelfde heffingsbevoegdheid zijn onderworpen.

- Artikel 43 EG of artikel 56 EG verzet zich niet ertegen dat het Verenigd Koninkrijk een bepaling van een belastingverdrag toepast, die ter zake van de relevante dividenduitkeringen een gedeeltelijk belastingkrediet verleent aan een in een bepaalde lidstaat (zoals Nederland) gevestigde moedermaatschappij, maar niet aan een in een andere lidstaat (zoals Duitsland) gevestigde moedermaatschappij, waar het tussen het Verenigd Koninkrijk en Duitsland gesloten belastingverdrag geen bepaling over een gedeeltelijk belastingkrediet bevat.

- Artikel 43 EG of artikel 56 EG verzet zich niet ertegen dat het Verenigd Koninkrijk ter uitvoering van zijn belastingverdragen geen gedeeltelijk belastingkrediet verleent aan in Nederland gevestigde ondernemingen wanneer zij door een in Duitsland gevestigde onderneming worden beheerst, maar ter zake van de relevante dividenduitkeringen wel recht op een gedeeltelijk belastingkrediet verleent aan i) een in Nederland gevestigde onderneming die door een andere Nederlands ingezetene wordt beheerst, ii) een in Nederland gevestigde onderneming die door een ingezetene van een andere lidstaat, zoals Italië, wordt beheerst, waar in het Italiaans-Nederlands belastingverdrag een bepaling betreffende een gedeeltelijk belastingkrediet is opgenomen, of iii) in Italië gevestigde ondernemingen, ongeacht door wie zij worden beheerst.”