

Zaak C-194/06

Staatssecretaris van Financiën

tegen

Orange European Smallcap Fund NV

(verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing)

„Artikelen 56 EG tot en met 58 EG – Vrij verkeer van kapitaal – Belasting van dividenden – Tegemoetkoming toegekend aan fiscale beleggingsinstelling wegens door andere staat ingehouden bronheffing op dividendontvangsten van deze instelling – Beperking van tegemoetkoming tot bedrag dat ingezeten aandeelhouder van lidstaat van vestiging van deze instelling bij rechtstreekse belegging zou kunnen verrekenen met inkomstenbelasting krachtens verdrag tot vermijding van dubbele belasting – Beperking van tegemoetkoming naar evenredigheid van deelneming van niet-ingezeten aandeelhouders in kapitaal van beleggingsinstelling”

Samenvatting van het arrest

1. *Vrij verkeer van kapitaal – Beperkingen – Belastingwetgeving – Vennootschapsbelasting – Belasting van door beleggingsinstellingen ontvangen dividenden*

(Art. 56 EG en 58 EG)

2. *Vrij verkeer van kapitaal – Beperkingen – Belastingwetgeving – Vennootschapsbelasting – Belasting van door beleggingsinstellingen ontvangen dividenden*

(Art. 56 EG en 58 EG)

3. *Vrij verkeer van kapitaal – Beperkingen – Begrip – Identieke uitlegging in relaties met derde landen en binnen Gemeenschap – Grenzen*

(Art. 56, lid 1, EG)

4. *Vrij verkeer van kapitaal – Beperkingen van kapitaalverkeer naar of uit derde landen – Beperkingen van kapitaalverkeer verband houdend met directe investeringen, die op 31 december 1993 bestonden – Begrip „directe investeringen”*

(Art. 57, lid 1, EG)

1. De artikelen 56 EG en 58 EG verzetten zich niet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die een aan aldaar gevestigde fiscale beleggingsinstellingen te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door deze instellingen ontvangen dividenden beperkt tot het bedrag dat een in eerstgenoemde lidstaat wonende natuurlijke persoon ter zake van overeenkomstige heffingen zou hebben kunnen verrekenen op grond van een met die andere lidstaat gesloten verdrag tot vermijding van dubbele belasting.

Door dividenden uit bepaalde lidstaten uit te sluiten van het recht op de tegemoetkoming ter zake van de bronheffing op buitenlandse dividenden, maakt een dergelijke wettelijke regeling beleggingen in die lidstaten minder aantrekkelijk dan beleggingen in lidstaten waarvan de fiscale

inhoudingen op dividenden wél recht op deze tegemoetkoming geven. Een dergelijke wettelijke regeling kan dus een beleggingsinstelling ontmoedigen om in lidstaten te beleggen waarvan de inhoudingen op dividenden geen recht op de tegemoetkoming geven, zodat sprake is van een in beginsel door artikel 56 EG verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal.

Deze wettelijke regeling tracht de fiscale behandeling van dividenden die een aandeelhouder bij rechtstreekse beleggingen ontvangt, zo veel mogelijk gelijk te doen zijn aan de fiscale behandeling van dividenden die een aandeelhouder bij beleggingen via een fiscale beleggingsinstelling ontvangt, teneinde te voorkomen dat beleggen in het buitenland via een dergelijk lichaam minder aantrekkelijk wordt geacht dan rechtstreeks beleggen. In het licht van een dergelijke wettelijke regeling verschilt de situatie van de fiscale beleggingsinstelling die dividenden ontvangt uit lidstaten waarmee de lidstaat van vestiging een verdrag heeft gesloten dat voor particuliere aandeelhouders voorziet in het recht om de door deze lidstaten geheven dividendbelasting te verrekenen met de door hen in de vestigingsstaat verschuldigde inkomstenbelasting, van de situatie waarin zij dividenden ontvangt uit lidstaten waarmee een dergelijk verdrag niet is gesloten, met andere woorden dividenden waarvoor een dergelijk recht niet bestaat. Immers, zonder de tegemoetkoming zou uitsluitend met betrekking tot beleggingen in lidstaten waarmee een dergelijk bilateraal belastingverdrag is gesloten, de keuze van een particuliere aandeelhouder om via een fiscale beleggingsinstelling te beleggen, minder voordelig voor hem kunnen uitvallen dan rechtstreekse belegging. Wat daarentegen lidstaten aangaat waarmee de lidstaat van vestiging van een dergelijke instelling niet een dergelijk verdrag heeft gesloten, brengt de keuze van een particulier om via een dergelijke beleggingsinstelling te beleggen, niet het risico mee van verlies van een voordeel dat hij zou hebben genoten indien hij voor rechtstreekse belegging in deze lidstaten had geopteerd. Deze situatie is dus niet objectief vergelijkbaar met de situatie waarin de lidstaat van vestiging van deze instelling wél een dergelijk belastingverdrag heeft gesloten.

Hieruit volgt dat in het geval van een wettelijke regeling krachtens welke een lidstaat, teneinde de fiscale behandeling van rechtstreekse belegging en belegging via fiscale beleggingsinstellingen zo veel mogelijk gelijk te doen zijn, aan deze instellingen een tegemoetkoming verstrekt ter zake van de ingehouden bronheffing op dividenden uit lidstaten jegens wie hij zich in het kader van bilaterale verdragen heeft verbonden om particulieren in staat te stellen deze inhoudingen te verrekenen met de door hen krachtens zijn nationale recht verschuldigde inkomstenbelasting, de artikelen 56 EG en 58 EG zich niet ertegen verzetten dat deze lidstaat het recht op deze tegemoetkoming uitsluit met betrekking tot dividenden uit andere lidstaten waarmee hij geen bilaterale verdragen met dergelijke bedingen heeft gesloten, aangezien er geen sprake is van objectief vergelijkbare situaties.

(cf. punten 56, 60-65, dictum 1)

2. De artikelen 56 EG en 58 EG verzetten zich tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die een aan aldaar gevestigde fiscale beleggingsinstellingen te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat of een derde land ingehouden bronheffing op door deze instellingen ontvangen dividenden beperkt indien en voor zover hun aandeelhouders in andere lidstaten of in derde landen wonende natuurlijke personen of aldaar gevestigde rechtspersonen zijn, aangezien deze beperking, in zoverre daardoor het te verdelen totale winstbedrag lager wordt, al haar aandeelhouders zonder onderscheid benadeelt.

Een zodanige beperking van de tegemoetkoming naar evenredigheid van de deelneming van in andere lidstaten wonende of gevestigde aandeelhouders levert een in beginsel door artikel 56 EG verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal op, omdat zij het bijeenbrengen van kapitaal door een fiscale beleggingsinstelling in andere lidstaten dan die waar zijzelf is gevestigd, kan belemmeren, terwijl beleggers uit deze andere lidstaten erdoor kunnen worden afgeschrikt om

aandelen in deze beleggingsinstelling te kopen.

De uitoefening van de fiscale bevoegdheid door een lidstaat ten aanzien van de dividenden die op zijn grondgebied gevestigde fiscale beleggingsinstellingen uitkeren aan zowel in deze lidstaat wonende of gevestigde aandeelhouders als in andere lidstaten wonende of gevestigde aandeelhouders, rechtvaardigt, in het geval waarin een dergelijke tegemoetkoming is voorzien, de noodzaak om deze tegemoetkoming ook toe te kennen aan fiscale beleggingsinstellingen waarvan de aandeelhouders niet alle in deze lidstaat woonachtig of gevestigd zijn.

Ofschoon een dergelijke wettelijke regeling een onderscheid beoogt te maken tussen ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders teneinde de tegemoetkoming waarvan zij via de winstuitkering van de fiscale beleggingsinstelling profiteren, af te stemmen op de hoogte van de belasting waaraan zij respectievelijk in de lidstaat van vestiging van deze instellingen zijn onderworpen, wordt een dergelijk doel niet bereikt door de tegemoetkoming te beperken naar evenredigheid van de deelneming van in andere lidstaten wonende of gevestigde aandeelhouders in het kapitaal van de fiscale beleggingsinstelling. Een dergelijke beperking werkt immers nadelig voor alle aandeelhouders van de fiscale beleggingsinstelling zonder onderscheid, omdat het te verdelen totale winstbedrag daardoor lager wordt.

Een lagere opbrengst van de belasting op dividendbetalingen van vennootschappen uit andere lidstaten kan niet worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een met een fundamentele vrijheid strijdige maatregel.

Het antwoord met betrekking tot situaties waarin de aandeelhouders van een fiscale beleggingsinstelling in een andere lidstaat wonen of gevestigd zijn, kan ook gelden voor situaties waarin die aandeelhouders in derde landen wonen of gevestigd zijn.

Wanneer een lidstaat enerzijds belasting heft op de dividenden die door een op zijn grondgebied gevestigde fiscale beleggingsinstelling worden uitgekeerd aan in derde landen wonende of gevestigde aandeelhouders, en anderzijds de aan een dergelijke beleggingsinstelling te verstrekken tegemoetkoming beperkt naar evenredigheid van de deelneming van dergelijke aandeelhouders in haar kapitaal, zonder dat de fiscale behandeling van deze aandeelhouders in de derde landen in dit verband relevant is, kan de noodzaak om de doeltreffendheid van belastingcontroles te waarborgen niet worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een dergelijke beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen.

Gesteld al dat voorkoming van lagere belastingopbrengsten kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen, kan deze rechtvaardigingsgrond niet in aanmerking worden genomen, aangezien die beperking zonder onderscheid gevolgen teweegbrengt voor alle aandeelhouders van de betrokken beleggingsinstelling, ongeacht of zij in de lidstaten dan wel in derde landen wonen of gevestigd zijn.

In dit verband is het niet van belang dat de buitenlandse aandeelhouders van een fiscale beleggingsinstelling wonen of gevestigd zijn in een staat waarmee de lidstaat van vestiging van deze instelling een verdrag heeft gesloten dat voorziet in de wederzijdse verrekening van bronheffing op dividend.

(cf. punten 72, 74, 79, 82, 84, 92-97, 108, 113-114, dictum 2)

3. Het begrip beperkingen van het kapitaalverkeer in de betrekkingen tussen lidstaten en derde landen moet op dezelfde manier worden uitgelegd als in de betrekkingen tussen lidstaten onderling. Hoewel de liberalisatie van het kapitaalverkeer met derde landen stellig andere doelen

kan nastreven dan de verwezenlijking van de interne markt, zoals met name het waarborgen van de geloofwaardigheid van de gemeenschappelijke eenheidsmunt op de wereldwijde financiële markten en het handhaven in de lidstaten van financiële centra van mondiale betekenis, dient te worden geconstateerd dat de lidstaten bij de uitbreiding van het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal door artikel 56, lid 1, EG tot het kapitaalverkeer tussen derde landen en lidstaten, ervoor hebben gekozen dit beginsel in hetzelfde artikel en in identieke bewoordingen te verankeren voor het kapitaalverkeer binnen de Gemeenschap en voor het kapitaalverkeer dat betrekkingen met derde landen betreft.

Het kapitaalverkeer naar of uit derde landen vindt echter plaats in een andere juridische context dan het kapitaalverkeer binnen de Gemeenschap. Vanwege de mate van juridische integratie van de lidstaten van de Europese Unie, en met name het bestaan van communautaire wetgeving die strekt tot samenwerking tussen nationale belastingdiensten, is de belastingheffing door een lidstaat over economische activiteiten met grensoverschrijdende aspecten binnen de Gemeenschap namelijk niet altijd vergelijkbaar met de belastingheffing over economische activiteiten die zich afspelen tussen lidstaten en derde landen. Het is voorts niet uitgesloten dat een lidstaat zou kunnen aantonen dat een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen om een bepaalde reden gerechtvaardigd is in omstandigheden waarin die reden geen geldige rechtvaardiging zou opleveren voor een beperking van het kapitaalverkeer tussen lidstaten.

(cf. punten 87-90)

4. Een beperking is aan te merken als een onder artikel 57, lid 1, EG vallende beperking van het kapitaalverkeer in verband met directe investeringen, voor zover zij betrekking heeft op alle investeringen die door natuurlijke personen of rechtspersonen worden verricht en gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming waarvoor de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit.

(cf. punt 102, dictum 3)

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

20 mei 2008 (*)

„Artikelen 56 EG tot en met 58 EG – Vrij verkeer van kapitaal – Belasting van dividenden – Aan fiscale beleggingsinstelling toegekende tegemoetkoming wegens door andere lidstaat ingehouden bronheffing op dividendontvangsten van deze instelling – Beperking van tegemoetkoming tot bedrag dat een ingezeten aandeelhouder van de lidstaat van vestiging van deze instelling bij rechtstreekse belegging zou kunnen verrekenen met de inkomstenbelasting krachtens verdrag tot vermijding van dubbele belasting – Beperking van tegemoetkoming naar evenredigheid van deelneming van niet-ingezeten aandeelhouders in kapitaal van beleggingsinstelling”

In zaak C-194/06,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden bij arrest van 14 april 2006, ingekomen bij het Hof op 26 april 2006, in de procedure

Staatssecretaris van Financiën

tegen

Orange European Smallcap Fund NV,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, L. Bay Larsen, kamerpresidenten, R. Silva de Lapuerta, K. Schiemann, P. K?ris, E. Juhász, E. Levits (rapporteur), A. Ó Caoimh, P. Lindh en J.?C. Bonichot, rechters,

advocaat-generaal: Y. Bot,

griffier: J. Swedenborg, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 24 april 2007,

gelet op de opmerkingen van:

- Orange European Smallcap Fund NV, vertegenwoordigd door B. J. Kiekebeld, J. van Eijdsen en D. Smit, belastingadviseurs,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door H. G. Sevenster en M. de Grave als gemachtigden,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal en A. Weimar als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 3 juli 2007,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op de artikelen 56 EG tot en met 58 EG.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Staatssecretaris van Financiën en Orange European Smallcap Fund NV (hierna: „OESF”) betreffende de berekening van het bedrag van de tegemoetkoming die ingevolge de bijzondere belastingregeling waarin de Nederlandse wetgeving ten gunste van fiscale beleggingsinstellingen voorziet, wordt verleend ter zake van in het buitenland ingehouden belasting op de door OESF in het boekjaar 1997/1998 ontvangen dividenden.

Toepasselijke bepalingen

3 Artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Stb. 1969, nr. 469; hierna: „Wet

op de vennootschapsbelasting”) omschrijft fiscale beleggingsinstellingen als in Nederland gevestigde naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en fondsen voor gemene rekening, waarvan het doel en de feitelijke werkzaamheid bestaan in het beleggen van vermogen en die aan een aantal andere voorwaarden voldoen.

4 Een fiscale beleggingsinstelling is weliswaar onderworpen aan de vennootschapsbelasting, doch haar winst wordt belast naar een tarief van nul procent. Op straffe van verlies van haar status moet zij haar gehele voor uitdeling beschikbare winst, verminderd met enkele in de wet toegestane reserveringen, binnen een bepaalde termijn ter beschikking te stellen van haar aandeelhouders.

5 Indien een fiscale beleggingsinstelling dividenden ontvangt van een in Nederland gevestigde vennootschap, wordt overeenkomstig artikel 1, lid 1, van de Wet op de dividendbelasting 1965 (Stb. 1965, nr. 621; hierna: „Wet op de dividendbelasting”) een bronbelasting over die dividenden geheven.

6 Volgens artikel 10, lid 2, van deze wet wordt aan de beleggingsinstelling echter teruggaaf verleend van de ter zake van die dividenden ingehouden belasting, indien zij binnen een termijn van zes maanden na afloop van een boekjaar een daartoe strekkend verzoek indient.

7 Met betrekking tot dividend ontvangen uit andere landen waarop aldaar belasting is ingehouden, beperkt de Nederlandse wettelijke regeling, zoals de verwijzende rechter aangeeft, de verrekening van deze buitenlandse belasting met de Nederlandse vennootschapsbelasting tot het bedrag van een naar evenredigheid aan deze dividenden toerekenbaar gedeelte van laatstgenoemde belasting. Aangezien beleggingsinstellingen naar een tarief van nul procent worden belast en er dus geen vennootschapsbelasting kan worden toegerekend aan de uit het buitenland ontvangen dividenden, is verrekening van de buitenlandse belasting op deze dividenden onmogelijk, aldus de verwijzende rechter.

8 Artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting en artikel 6 van het Besluit beleggingsinstellingen van 29 april 1970 (Stb. 1970, nr. 190), zoals dit ten tijde van de feiten van het hoofdgeding luidde (hierna: „Koninklijk Besluit”), voorzien in een bijzondere regeling voor fiscale beleggingsinstellingen. Deze regeling is erop gericht, de belastingdruk op beleggingsopbrengsten via deze instellingen zo veel mogelijk gelijk te doen zijn aan de belastingdruk bij rechtstreeks beleggen door particulieren. Zij voorziet daartoe in een compensatiemechanisme dat rekening houdt met de buitenlandse bronbelasting die op de door deze instellingen ontvangen dividenden is ingehouden.

9 Zo bepaalde artikel 28, lid 1, sub b, van de Wet op de vennootschapsbelasting in de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding relevante versie, dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden vastgesteld „krachtens welke aan beleggingsinstellingen een tegemoetkoming wordt gegeven ter zake van buiten Nederland door inhouding geheven belasting naar de aan die instellingen opgekomen opbrengst van effecten en van schuldvorderingen tot ten hoogste het bedrag van de belasting dat bij rechtstreekse belegging bij in Nederland wonende of gevestigde houders van aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid krachtens de Belastingregeling voor het Koninkrijk [...] of verdragen ter vermijding van dubbele belasting verrekenbaar zou zijn met de inkomstenbelasting”.

10 Artikel 6 van het Koninklijk Besluit luidt als volgt:

„1. De [in artikel 28, lid 1, sub b, van de Wet op de vennootschapsbelasting] bedoelde tegemoetkoming [...] wordt, ingeval de beleggers in de beleggingsinstelling op het tijdstip waarop

een uitkering ter beschikking wordt gesteld over het jaar voorafgaande aan dat waarop de tegemoetkoming betrekking heeft, uitsluitend zijn in Nederland wonende natuurlijke personen of in Nederland gevestigde aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichamen, gesteld op het bedrag van de in [artikel 28, lid 1, sub b, van de Wet op de vennootschapsbelasting] bedoelde belasting dat verrekenbaar zou zijn met de inkomstenbelasting indien de in het jaar waarop de tegemoetkoming betrekking heeft aan de beleggingsinstelling opgekomen opbrengst van effecten en schuldvorderingen uitsluitend aan in Nederland wonende natuurlijke personen zou zijn opgekomen. [...]

2. Ingeval de beleggers in de beleggingsinstelling op het in het eerste lid aangegeven tijdstip niet uitsluitend de in dat lid bedoelde personen of lichamen zijn, wordt de tegemoetkoming berekend volgens de formule

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

waarin

T voorstelt: de tegemoetkoming;

B voorstelt: het bedrag van de in het eerste lid bedoelde belasting;

Sr voorstelt: hetgeen op het in het eerste lid aangegeven tijdstip is gestort op de aandelen of de bewijzen van deelgerechtigdheid in de beleggingsinstelling welke rechtstreeks dan wel door tussenkomst van andere beleggingsinstellingen in het bezit zijn van in Nederland wonende natuurlijke personen of in Nederland gevestigde aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichamen, andere dan beleggingsinstellingen;

S voorstelt: hetgeen op het in het eerste lid aangegeven tijdstip is gestort op alle in omloop zijnde aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in de beleggingsinstelling.

[...]"

11 Volgens de verwijzende rechter zijn de aandeelhouders van een fiscale beleggingsinstelling onderworpen aan Nederlandse dividendbelasting ter zake van de binnenlandse en buitenlandse dividenden die zij als winstuitkering van deze instelling ontvangen, welke belasting door de beleggingsinstelling aan de bron wordt ingehouden. Ten aanzien van in Nederland wonende of gevestigde aandeelhouders is deze inhouding een voorheffing. De inhouding op de dividenden is namelijk verrekenbaar met de door hen verschuldigde inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting, en zij wordt terugbetaald voor zover zij het bedrag van laatstgenoemde belastingen overschrijdt. Ten aanzien van de overige aandeelhouders wordt de ingehouden dividendbelasting slechts teruggegeven voor zover dit is voorzien in een verdrag tot vermindering van dubbele belasting of in de Belastingregeling voor het Koninkrijk

12 Het op 16 juni 1959 tussen de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk der Nederlanden gesloten belastingverdrag, zoals gewijzigd bij de Protocollen van 13 maart 1980 en 21 mei 1991, voorziet voor het boekjaar 1997/1998 niet in een recht op verrekening van door Duitsland ingehouden belasting ter zake van door een persoon met woonplaats in Nederland uit Duitsland verkregen dividenden. In het boekjaar 1997/1998 was geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Portugese Republiek van kracht.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

13 OESF is een te Amsterdam (Nederland) gevestigde vennootschap met veranderlijk kapitaal, die ten doel heeft het beleggen van gelden in effecten en andere vermogensbestanddelen,

zodanig dat de risico's daarvan worden gespreid teneinde haar aandeelhouders in de opbrengst te doen delen. OESF beheert actief een beleggingsportefeuille van beursgenoteerde Europese ondernemingen. Volgens de verwijzende rechter hield OESF in het boekjaar 1997/1998 geen zodanige belangen in buiten Nederland gevestigde vennootschappen dat zij de activiteiten van die vennootschappen kon bepalen.

14 De aandeelhouders van OESF zijn natuurlijke en rechtspersonen. In het boekjaar 1997/1998 waren deze aandeelhouders voor het merendeel in Nederland wonende particulieren en aldaar gevestigde lichamen die al dan niet aan de Nederlandse vennootschapsbelasting waren onderworpen. De rest van het kapitaal was grotendeels in handen van op de Nederlandse Antillen en in andere lidstaten wonende particulieren (het Koninkrijk België, de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland) alsmede van in België gevestigde lichamen. Ten slotte bevonden zich onder de aandeelhouders van OESF ook in Zwitserland wonende particulieren en aldaar gevestigde lichamen alsmede in de Verenigde Staten wonende particulieren.

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

16 OESF heeft ter zake van deze buitenlandse belastingen verzocht om een tegemoetkoming als bedoeld in artikel 28, lid 1, sub b, van de Wet op de vennootschapsbelasting, juncto artikel 6 van het Koninklijk Besluit. Deze tegemoetkoming is door OESF berekend op 518 270 NLG, uitgaande van een totaalbedrag van 735 320 NLG aan in aanmerking te nemen buitenlandse belastingen.

17 De bevoegde belastingdienst (hierna: „inspecteur”) heeft dit verzoek slechts gedeeltelijk toegewezen. Hij is bij de berekening van de tegemoetkoming uitgegaan van een bedrag van 593 076 NLG, zijnde het bedrag van 735 320 NLG verminderd met de Duitse (132 339 NLG) en de Portugese (9 905 NLG) belasting, en heeft het bedrag van de tegemoetkoming vastgesteld op 418 013 NLG. Naar aanleiding van het hiertegen ingediende bezwaarschrift is deze beschikking door de inspecteur bevestigd.

18 Het Gerechtshof te Amsterdam, waarbij OESF beroep heeft ingesteld, heeft de beschikking van de inspecteur vernietigd en de tegemoetkoming vastgesteld op 622 006 NLG. Volgens deze rechter leverden de uitsluiting van de door de Bondsrepubliek Duitsland en de Portugese Republiek geheven belasting van de berekeningsgrondslag van de tegemoetkoming enerzijds en de verlaging van de tegemoetkoming naar evenredigheid van de deelneming in het kapitaal van OESF door in het buitenland wonende of gevestigde aandeelhouders anderzijds een ongerechtvaardigde belemmering van het vrije kapitaalverkeer op.

19 De Staatssecretaris van Financiën heeft tegen deze uitspraak cassatieberoep ingesteld bij de verwijzende rechter. Hij betwist het standpunt van het Gerechtshof dat bij de berekening van de tegemoetkoming de door de Bondsrepubliek Duitsland en de Portugese Republiek geheven belasting mede in aanmerking moet worden genomen en dat de tegemoetkoming niet mag worden verlaagd naar evenredigheid van de deelneming in het kapitaal van OESF door niet in Nederland wonende of gevestigde aandeelhouders.

20 Van oordeel dat de oplossing van het hoofdgeding een uitlegging van het gemeenschapsrecht vergt, heeft de Hoge Raad der Nederlanden besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Moet artikel 56 EG, in verbinding met artikel 58, lid 1, EG, aldus worden uitgelegd dat met het verbod van artikel 56 EG strijdig is een regeling van een lidstaat die [...] een aan een fiscale beleggingsinstelling te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door de fiscale beleggingsinstelling ontvangen dividenden

a) beperkt tot het bedrag dat een in Nederland wonende natuurlijke persoon op grond van een met de andere lidstaat gesloten belastingverdrag zou hebben kunnen verrekenen;

b) beperkt indien en voor zover de aandeelhouders van de fiscale beleggingsinstelling niet in Nederland wonende natuurlijke personen of aan de Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen lichamen zijn?

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

a) Omvat het begrip ‚directe investeringen‘ in artikel 57, lid 1, EG ook het houden van een pakket aandelen in een vennootschap, indien de houder de aandelen slechts aanhoudt ter belegging en de omvang van het pakket de houder niet in staat stelt een bepalende invloed uit te oefenen op het bestuur van of op de controle over de vennootschap?

b) Is op grond van artikel 56 EG elke met belastingheffing verband houdende beperking van kapitaalverkeer die ongeoorloofd zou zijn indien het grensoverschrijdend kapitaalverkeer binnen de [Europese Gemeenschap] betroof, gelijkelijk ongeoorloofd in geval van eenzelfde kapitaalverkeer – in overigens gelijke omstandigheden – naar en vanuit derde landen?

c) Indien het antwoord op vraag [2, sub b,] ontkennend luidt, moet dan artikel 56 EG aldus worden uitgelegd dat een beperking door een lidstaat van een fiscale tegemoetkoming aan een fiscale beleggingsinstelling ter zake van bronheffing op uit een derde land ontvangen dividend, welke beperking is gegrond op de omstandigheid dat niet alle aandeelhouders van de fiscale beleggingsinstelling woonplaats hebben in de betrokken lidstaat, met dat artikel onverenigbaar is?

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

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

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

c) of de aandeelhouders van de fiscale beleggingsinstelling, die buiten de lidstaat van vestiging van de fiscale beleggingsinstelling woonplaats hebben, wonen of gevestigd zijn in een ander land van de [Europese Gemeenschap]?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

De eerste vraag, sub a

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

22 In het hoofdgeding heeft deze wettelijke regeling tot gevolg, dat de in Duitsland en Portugal ingehouden bronbelasting op de dividenden niet in aanmerking wordt genomen bij de berekening van voornoemde tegemoetkoming, omdat het verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland ten tijde van de feiten van het hoofdgeding niet voorzag in een recht op verrekening van de in Duitsland geheven belasting met de Nederlandse inkomstenbelasting, terwijl tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Portugese Republiek in het geheel geen verdrag was gesloten.

23 Blijkens het verwijzingsarrest vraagt de verwijzende rechter zich af, of een dergelijke wettelijke regeling verenigbaar is met de bepalingen van het EG-Verdrag inzake het vrije verkeer van kapitaal, gelet op het feit dat een in Nederland gevestigde fiscale beleggingsinstelling die dividenden ontvangt van in diezelfde lidstaat gevestigde vennootschappen, volgens de Nederlandse wet recht heeft op volledige teruggaaf van de Nederlandse dividendbelasting die door deze vennootschappen aan de bron is ingehouden.

24 OESF en de Commissie van de Europese Gemeenschappen betogen in dit verband dat, aangezien het Koninkrijk der Nederlanden de belasting die is ingehouden op dividenden van Nederlandse vennootschappen volledig compenseert, deze lidstaat ook de belasting moet compenseren die in Duitsland en Portugal op de dividenden zijn ingehouden.

25 Anders zou het Koninkrijk der Nederlanden laatstgenoemde dividenden ongunstiger behandelen dan de door Nederlandse vennootschappen uitgekeerde dividenden.

26 Deze ongunstige behandeling heeft volgens hen tot gevolg dat OESF wordt ontmoedigd om in Duitsland en Portugal te beleggen en dat het voor in die lidstaten gevestigde vennootschappen moeilijker wordt om kapitaal in Nederland bijeen te brengen, zodat sprake is van een in beginsel door het Verdrag verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal.

27 De Nederlandse regering stelt daarentegen, dat het Koninkrijk der Nederlanden niet kan worden verweten dat het dividenden van Duitse of Portugese vennootschappen anders behandelt dan dividenden van Nederlandse vennootschappen. Krachtens de Nederlandse belastingwet wordt namelijk geen belasting geheven over de door OESF ontvangen dividenden, ongeacht de herkomst daarvan, zodat al deze dividenden gelijk worden behandeld.

28 Voorts is de in het hoofdgeding centraal staande teruggaafregeling er niet op gericht, fiscale beleggingsinstellingen in het algemeen vrij te stellen van een heffing op de door hen ontvangen dividenden. In interne situaties werkt de dividendbelasting namelijk als een voorheffing van de vennootschapsbelasting. In Nederland gevestigde fiscale beleggingsinstellingen zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting, doch naar een tarief van nul procent, zodat geen Nederlandse dividendbelasting is verschuldigd over de door hen ontvangen dividenden. De bronheffing die op deze dividenden is ingehouden, wordt hun derhalve gerestitueerd.

29 In casu moet derhalve worden onderzocht of, gelet op het feit dat een in Nederland gevestigde fiscale beleggingsinstelling die dividenden ontvangt van aldaar gevestigde

vennootschappen, recht heeft op volledige teruggaaf van de door deze vennootschappen aan de bron ingehouden Nederlandse dividendbelasting, een nationale wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is, een door de artikelen 56 EG en 58 EG verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormt.

30 Om te beginnen wordt in herinnering geroepen dat het aan elke lidstaat is om met eerbiediging van het gemeenschapsrecht zijn stelsel van belasting van uitgekeerde winst te organiseren en in dat kader de belastinggrondslag en het belastingtarief te bepalen voor de ontvangende aandeelhouder (zie in die zin arresten van 12 december 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, Jurispr. blz. I-11673, punt 50, en *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punt 47).

31 Dividenden die door een in een lidstaat gevestigde vennootschap worden uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, kunnen dus op verschillende niveaus worden belast. In de eerste plaats kunnen deze dividenden het voorwerp vormen van opeenvolgende belastingheffing in de lidstaat van vestiging van de uitkerende vennootschap. Hiervan is sprake wanneer de uitgekeerde winst eerst wordt onderworpen aan de door deze vennootschap verschuldigde vennootschapsbelasting en vervolgens aan een inhouding op de aan de ontvangende vennootschap uitgekeerde dividenden. In de tweede plaats kunnen deze dividenden het voorwerp vormen van een juridische dubbele belasting. Hiervan is sprake wanneer zij opnieuw worden belast bij de ontvangende vennootschap in haar lidstaat van vestiging. In de derde plaats kan ook de belastingheffing op inkomende dividenden bij de ontvangende vennootschap in haar lidstaat van vestiging, terwijl de uitkerende vennootschap belasting heeft betaald over de uitgekeerde winst, tot opeenvolgende belastingheffing in die lidstaat leiden.

32 Bij gebreke van communautaire unificatie? of harmonisatiemaatregelen blijven de lidstaten voorts bevoegd om, eenzijdig of door het sluiten van een verdrag, de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid vast te stellen teneinde onder meer dubbele belasting af te schaffen (arresten van 12 mei 1998, *Gilly*, C-336/96, Jurispr. blz. I-2793, punten 24 en 30; 21 september 1999, *Saint-Gobain ZN*, C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 57, en 8 november 2007, *Amurta*, C-379/05, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 17). Afgezien 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 L 225, blz. 6), het Verdrag ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen van 23 juli 1990 (PB L 225, blz. 10) en richtlijn 2003/48/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling (PB L 157, blz. 38) – waarop in het hoofdgeding geen beroep is gedaan – is tot op heden geen enkele unificatie? of harmonisatiemaatregel ter afschaffing van dubbele belasting in het kader van het gemeenschapsrecht vastgesteld.

33 Wat de in het hoofdgeding centraal staande wettelijke regeling betreft, heeft het Koninkrijk der Nederlanden besloten om fiscale beleggingsinstellingen aan de vennootschapsbelasting te onderwerpen, zij het naar een tarief van nul procent, mits de winst van deze beleggingsinstellingen, onder aftrek van bepaalde wettelijk toegestane reserves, volledig wordt uitgekeerd aan hun aandeelhouders.

34 Zoals de advocaat-generaal in de punten 85 tot en met 87 van zijn conclusie heeft opgemerkt, volgt hieruit dat dividenden, ongeacht de herkomst ervan, naar Nederlands recht niet worden belast bij lichamen als OESF. Enerzijds wordt namelijk de aanvankelijk ingehouden belasting op dividenden van in Nederland gevestigde vennootschappen, die volgens de uitleg van de Nederlandse regering een voorheffing van de vennootschapsbelasting is, gerestitueerd, aangezien een fiscale beleggingsinstelling niets is verschuldigd ter zake van deze laatste

belasting. Anderzijds worden dividenden van in Duitsland en Portugal gevestigde vennootschappen in Nederland niet belast bij een dergelijk lichaam.

35 Door dividenden uit Duitsland en Portugal niet bij de fiscale beleggingsinstelling te belasten, behandelt het Koninkrijk der Nederlanden deze dividenden derhalve niet anders dan dividenden van Nederlandse vennootschappen, want laatstgenoemde dividenden worden evenmin bij de fiscale beleggingsinstelling belast. Door dividenden uit andere lidstaten niet te belasten, voorkomt het Koninkrijk der Nederlanden bovendien, evenals ten aanzien van door Nederlandse vennootschappen uitgekeerde dividenden, een opeenvolging van heffingen als gevolg van de uitoefening van zijn eigen fiscale bevoegdheid.

36 In tegenstelling dus tot wat OESF en de Commissie stellen, behandelt de in het hoofdgeding centraal staande Nederlandse wettelijke regeling dividenden uit Duitsland en Portugal niet anders dan dividenden die door Nederlandse vennootschappen worden uitgekeerd.

37 Indien in deze omstandigheden dividenden uit Duitsland en Portugal zwaarder worden belast dan dividenden die door Nederlandse vennootschappen worden uitgekeerd, is dit nadeel niet toe te rekenen aan de in geding zijnde Nederlandse wettelijke regeling doch het uitvloeisel van de parallelle uitoefening van de fiscale bevoegdheid van de lidstaten van vestiging van de uitkerende vennootschappen en de lidstaat van vestiging van de ontvangende vennootschap, waarbij de eersten ervoor hebben gekozen om dividenden aan opeenvolgende belastingheffingen te onderwerpen, en de laatste ervoor heeft gekozen om dividenden niet te belasten bij fiscale beleggingsinstellingen (zie in die zin arrest van 14 november 2006, Kerckhaert en Morres, C-513/04, Jurispr. blz. I-10967, punt 20).

38 De Commissie betoogt echter dat het Koninkrijk der Nederlanden, in zijn hoedanigheid van lidstaat van vestiging van de dividenden ontvangende vennootschap, de buitenlandse belastingdruk op deze dividenden op eendere wijze behoort te compenseren als de interne belastingdruk hierop.

39 Deze stelling kan niet worden aanvaard. Inderdaad volgt uit de rechtspraak dat, wanneer een lidstaat een stelsel van voorkoming of matiging van opeenvolgende belastingheffing of economische dubbele belasting kent voor dividendbetalingen van ingezeten vennootschappen aan andere ingezetenen, hij in een gelijkwaardige behandeling moet voorzien voor dividendbetalingen van niet-ingezeten vennootschappen aan ingezetenen (arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 In het kader van dergelijke stelsels is de situatie van in een lidstaat gevestigde aandeelhouders die dividend ontvangen van een in dezelfde staat gevestigde vennootschap, vergelijkbaar met die van in deze lidstaat gevestigde aandeelhouders die dividend ontvangen van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, aangezien zowel dividenden van nationale als dividenden van buitenlandse oorsprong het voorwerp kunnen zijn van opeenvolgende belastingheffing (zie arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 56).

41 De hoedanigheid van lidstaat van vestiging van de dividend ontvangende vennootschap kan echter niet de verplichting voor deze lidstaat met zich brengen om een fiscaal nadeel te compenseren dat voortvloeit uit een opeenvolgende belastingheffing die geheel plaatsvindt in de lidstaat van vestiging van de dividend uitkerende vennootschap, wanneer de eerstgenoemde lidstaat de ontvangen dividenden niet belast bij de op zijn grondgebied gevestigde beleggingsinstellingen noch anderszins in aanmerking neemt.

42 Dit betekent dat in een situatie waarin de grotere belastingdruk op dividendbetalingen van in

Duitsland en Portugal gevestigde vennootschappen aan een fiscale beleggingsinstelling in Nederland ten opzichte van de belastingdruk op dividendbetalingen van in Nederland gevestigde vennootschappen aan deze beleggingsinstelling niet voortvloeit uit een aan de belastingregeling van laatstgenoemde lidstaat toe te rekenen verschil in behandeling, maar uit de keuze van de Bondsrepubliek Duitsland en de Portugese Republiek om een bronheffing op deze dividenden toe te passen enerzijds en de keuze van het Koninkrijk der Nederlanden om deze dividenden niet te belasten anderzijds, de omstandigheid dat laatstgenoemde lidstaat niet voorziet in een tegemoetkoming ter zake van de bronheffing waartoe de eerste twee staten hebben besloten, geen beperking van het vrije verkeer van kapitaal oplevert.

43 OESF onderstreept echter ook, dat haar beleggingen in Duitsland en Portugal anders worden behandeld dan haar beleggingen in andere lidstaten, ter zake waarvan zij wél in aanmerking komt voor de tegemoetkoming bedoeld in artikel 28, lid 1, sub b, van de Wet op de vennootschapsbelasting, juncto artikel 6 van het Koninklijk Besluit, om een opeenvolgende belastingheffing in die lidstaten te voorkomen. Volgens OESF verbieden de artikelen 56 EG en 58 EG een dergelijke verschillende behandeling op grond van de zetel van de dividend uitkerende vennootschap.

44 De Nederlandse regering herinnert eraan dat, aangezien een fiscale beleggingsinstelling naar een nultarief wordt belast, geen vennootschapsbelasting kan worden verrekend met dividenden uit een andere lidstaat, zodat het voor dit lichaam onmogelijk is om de bronheffing die op deze dividenden is ingehouden, te verrekenen. Teneinde te voorkomen dat beleggingen in het buitenland via beleggingsinstellingen minder aantrekkelijk worden geacht dan directe beleggingen, is de tegemoetkoming erop gericht de belastingdruk op beleggingsopbrengsten via deze lichamen zo veel mogelijk gelijk te doen zijn aan de belastingdruk bij rechtstreeks beleggen door particulieren.

45 Derhalve heeft de wetgever voor de berekening van het bedrag van voornoemde tegemoetkoming aansluiting gezocht bij de situatie waarin beleggingen zonder tussenschakeling van een beleggingsinstelling plaatsvinden. Om deze reden is de tegemoetkoming, in het geval van buitenlandse dividenden, beperkt tot gevallen waarin krachtens een belastingverdrag recht bestaat op verrekening van de buitenlandse belasting met de Nederlandse belasting.

46 Voorts volgt uit het arrest van 5 juli 2005, D. (C?376/03, Jurispr. blz. I?5821), dat de situatie waarin een belegger dividenden uit Duitsland of Portugal ontvangt, verschilt van die waarin de dividenden afkomstig zijn uit een lidstaat waarmee het Koninkrijk der Nederlanden wél een dergelijk verdrag heeft gesloten, zoals bijvoorbeeld de Italiaanse Republiek. Aangezien de te verstrekken tegemoetkoming onlosmakelijk is verbonden met het recht van de aandeelhouder van een fiscale beleggingsinstelling om krachtens een dergelijk verdrag de buitenlandse bronheffing te verrekenen, moet deze tegemoetkoming, evenals het recht op verrekening, worden geacht integraal deel uit te maken van dit verdrag en kan zij niet worden aangemerkt als een daarvan los te koppelen voordeel, aldus de Nederlandse regering.

47 Zoals uit punt 42 van dit arrest volgt, verplicht het gemeenschapsrecht een lidstaat niet om het nadeel te compenseren dat voortvloeit uit een opeenvolgende belastingheffing die uitsluitend het resultaat is van de parallelle uitoefening van de fiscale bevoegdheden waarover de verschillende lidstaten beschikken. Heeft deze lidstaat echter besloten in een dergelijke tegemoetkoming te voorzien, moet hij deze bevoegdheid uitoefenen met inachtneming van het gemeenschapsrecht.

48 Zoals in de punten 30 en 32 van dit arrest in herinnering is geroepen, is het aan de lidstaten om hun stelsel van belasting van uitgekeerde winst te organiseren en in dat kader de belastinggrondslag en het belastingtarief te bepalen voor de ontvangende aandeelhouder, en

blijven de lidstaten bij gebreke van communautaire unificatie? of harmonisatiemaatregelen bevoegd om, eenzijdig of door het sluiten van een verdrag, de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid vast te stellen.

49 Waar deze situatie discrepanties tussen de belastingwetgevingen van de verschillende lidstaten teweegbrengt, kan er voor een lidstaat aanleiding zijn om te besluiten, eenzijdig of door sluiting van een verdrag, dividenden uit de verschillende lidstaten gedifferentieerd te behandelen teneinde rekening te houden met deze discrepanties.

50 Met betrekking tot bilaterale belastingverdragen tussen lidstaten heeft het Hof er reeds aan herinnerd dat de werkingssfeer van dergelijke verdragen beperkt is tot de daarin vermelde natuurlijke of rechtspersonen (zie reeds aangehaalde arresten D., punt 54, en Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, punt 84).

51 In deze arresten heeft het Hof geoordeeld dat wanneer een in een bilateraal belastingverdrag voorzien voordeel niet kan worden beschouwd als een voordeel dat kan worden losgekoppeld van dat verdrag, maar bijdraagt tot het algehele evenwicht ervan, terwijl het feit dat de in dat verdrag voorziene wederkerige rechten en verplichtingen slechts voor ingezetenen van één van de beide verdragsluitende lidstaten gelden, een inherent gevolg van bilaterale verdragen is, het gemeenschapsrecht zich niet ertegen verzet dat het betrokken voordeel niet wordt toegekend aan een ingezetene van een derde lidstaat, aangezien deze zich niet in een vergelijkbare situatie als de onder dat verdrag vallende ingezetenen bevindt (zie in die zin reeds aangehaalde arresten D., punten 59-63, en Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, punten 88-93).

52 In casu leidt de toepassing van artikel 28, lid 1, sub b, van de Wet op de vennootschapsbelasting, wat de tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door in Nederland gevestigde fiscale beleggingsinstellingen ontvangen dividenden betreft, tot een gedifferentieerde behandeling van dividenden uit verschillende lidstaten.

53 In de juridische context van het hoofdgeding staat vast dat de tegemoetkoming wordt toegekend in situaties waarin het Koninkrijk der Nederlanden zich, in het kader van een belastingverdrag met de andere lidstaat die de heffing aan de bron heeft ingehouden, ertoe heeft verbonden om natuurlijke personen de mogelijkheid te bieden deze bronheffing te verrekenen met de door hen verschuldigde Nederlandse inkomstenbelasting.

54 Zoals de advocaat-generaal echter in punt 107 van zijn conclusie heeft opgemerkt, vloeit de toekenning van de tegemoetkoming bedoeld in artikel 28, lid 1, sub b, van de Wet op de vennootschapsbelasting, juncto artikel 6 van het Koninklijk Besluit, niet voort uit de automatische toepassing van een dergelijk bilateraal belastingverdrag, maar uit het eenzijdige besluit van het Koninkrijk der Nederlanden om dergelijke verdragen ook ten gunste van fiscale beleggingsinstellingen toe te passen.

55 Een dergelijk eenzijdig besluit kan als zodanig, om de in de punten 48 en 49 van dit arrest uiteengezette redenen, niet in strijd met het gemeenschapsrecht worden geacht. Niettemin moet nog worden onderzocht, of de daaruit voortvloeiende gedifferentieerde behandeling geen beperking van het vrije verkeer van kapitaal oplevert.

56 Een wettelijke regeling als aan de orde is in het hoofdgeding, die dividenden uit bepaalde lidstaten uitsluit van het recht op de tegemoetkoming ter zake van de bronheffing op buitenlandse dividenden, maakt beleggingen in die lidstaten minder aantrekkelijk dan beleggingen in lidstaten waarvan de fiscale inhoudingen op dividenden wél recht op deze tegemoetkoming geven. Een dergelijke wettelijke regeling kan dus een beleggingsinstelling ontmoedigen om in lidstaten te

beleggen waarvan de inhoudingen op dividenden geen recht op de tegemoetkoming geven, zodat sprake is van een in beginsel door artikel 56 EG verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal.

57 Volgens artikel 58, lid 1, sub a, EG echter „[doet [h]et bepaalde in artikel 56 [EG] [...] niet[s] af aan het recht van de lidstaten [...] [om] de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot [...] de plaats waar hun kapitaal is belegd”.

58 De in artikel 58, lid 1, sub a, EG bepaalde derogatiemogelijkheid wordt op haar beurt beperkt door artikel 58, lid 3, EG, dat bepaalt dat de in lid 1 van dit artikel bedoelde maatregelen „geen middel tot willekeurige discriminatie [mogen] vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer als omschreven in artikel 56 [EG]” (zie arrest van 7 september 2004, Manninen, C-319/02, Jurispr. blz. I-7477, punt 28).

59 Er moet dus een onderscheid worden gemaakt tussen geoorloofde ongelijke behandelingen in de zin van artikel 58, lid 1, sub a, EG en verboden discriminaties in de zin van lid 3 van dit artikel. Volgens de rechtspraak kan een nationale belastingregeling die een onderscheid maakt tussen belastingplichtigen naargelang van de plaats waar hun kapitaal is belegd, slechts verenigbaar met de verdragsbepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer worden geacht indien het verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn of wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang (zie in die zin arrest van 6 juni 2000, Verkooijen, C-35/98, Jurispr. blz. I-4071, punt 43; arrest Manninen, reeds aangehaald, punt 29, en arrest van 8 september 2005, Blanckaert, C-512/03, Jurispr. blz. I-7685, punt 42).

60 Zoals de Nederlandse regering uiteenzet, tracht de in het hoofdgeding centraal staande Nederlandse wettelijke regeling met de tegemoetkoming de fiscale behandeling van dividenden die een aandeelhouder bij rechtstreekse beleggingen ontvangt, zo veel mogelijk gelijk te doen zijn aan de fiscale behandeling van dividenden die een aandeelhouder bij beleggingen via een fiscale beleggingsinstelling ontvangt, teneinde te voorkomen dat beleggen in het buitenland via een dergelijk lichaam minder aantrekkelijk wordt geacht dan rechtstreeks beleggen.

61 In het licht van een dergelijke wettelijke regeling verschilt de situatie van de fiscale beleggingsinstelling die dividenden ontvangt uit lidstaten waarmee het Koninkrijk der Nederlanden een verdrag heeft gesloten dat voor particuliere aandeelhouders voorziet in het recht om de door deze lidstaten geheven dividendbelasting te verrekenen met de door hen in Nederland verschuldigde inkomstenbelasting, van de situatie waarin zij dividenden ontvangt uit lidstaten waarmee het Koninkrijk der Nederlanden niet een dergelijk verdrag heeft gesloten, met andere woorden dividenden waarvoor een dergelijk recht niet bestaat.

62 Immers, zonder de tegemoetkoming waarin de in het hoofdgeding centraal staande bepalingen voorzien, zou uitsluitend met betrekking tot beleggingen in lidstaten waarmee het Koninkrijk der Nederlanden een dergelijk bilateraal belastingverdrag heeft gesloten, de keuze van een particuliere aandeelhouder om via een fiscale beleggingsinstelling te beleggen, minder voordelig voor hem kunnen uitvallen dan rechtstreekse belegging.

63 Wat daarentegen lidstaten aangaat waarmee het Koninkrijk der Nederlanden niet een dergelijk verdrag heeft gesloten, brengt de keuze van een particulier om via een dergelijke beleggingsinstelling te beleggen, niet het risico mee van verlies van een voordeel dat hij zou hebben genoten indien hij voor rechtstreekse belegging in deze lidstaten had geopteerd. Deze situatie is dus niet objectief vergelijkbaar met de situatie waarin het Koninkrijk der Nederlanden wél een dergelijk belastingverdrag heeft gesloten.

64 Hieruit volgt dat in het geval van een wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, krachtens welke een lidstaat, teneinde de fiscale behandeling van rechtstreekse belegging en belegging via fiscale beleggingsinstellingen zo veel mogelijk gelijk te doen zijn, aan deze instellingen een tegemoetkoming verstrekt ter zake van de ingehouden bronheffing op dividenden uit lidstaten jegens wie hij zich in het kader van bilaterale verdragen heeft verbonden om particulieren in staat te stellen deze inhoudingen te verrekenen met de door hen krachtens zijn nationale recht verschuldigde inkomstenbelasting, de artikelen 56 EG en 58 EG zich niet ertegen verzetten dat deze lidstaat het recht op deze tegemoetkoming uitsluit met betrekking tot dividenden uit andere lidstaten waarmee hij geen bilaterale verdragen met dergelijke bedingen heeft gesloten, aangezien er geen sprake is van objectief vergelijkbare situaties.

65 Gelet op het voorgaande moet de eerste vraag, sub a, aldus worden beantwoord dat de artikelen 56 EG en 58 EG zich niet verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat als in het hoofdgeding aan de orde is, die een aan aldaar gevestigde fiscale beleggingsinstellingen te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door deze instellingen ontvangen dividenden beperkt tot het bedrag dat een in eerstgenoemde lidstaat wonende natuurlijke persoon ter zake van overeenkomstige heffingen zou hebben kunnen verrekenen op grond van een met die andere lidstaat gesloten verdrag tot vermijding van dubbele belasting.

De eerste vraag, sub b

66 Met zijn eerste vraag, sub b, wil de verwijzende rechter in wezen vernemen, of de artikelen 56 EG en 58 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die, zoals de in het hoofdgeding centraal staande wettelijke regeling, een aan fiscale beleggingsinstellingen te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door deze instellingen ontvangen dividenden beperkt indien en voor zover hun aandeelhouders niet in eerstgenoemde lidstaat wonende natuurlijke personen of aan de vennootschapsbelasting van die lidstaat onderworpen lichamen zijn.

67 Uit het antwoord op de eerste vraag, sub a, volgt dat het gemeenschapsrecht in omstandigheden als die van het hoofdgeding niet vereist dat een lidstaat aan een fiscale beleggingsinstelling een tegemoetkoming verstrekt wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door deze instelling ontvangen dividenden. Aangezien de eerstgenoemde lidstaat evenwel tot een dergelijke tegemoetkoming heeft besloten, moet deze bevoegdheid met inachtneming van het gemeenschapsrecht worden uitgeoefend.

68 Blijkens het verwijzingsarrest zijn de aandeelhouders van OESF natuurlijke en rechtspersonen die woonachtig of gevestigd zijn in andere lidstaten en in derde landen.

69 Derhalve moet in de eerste plaats worden onderzocht, of het feit dat de tegemoetkoming wordt beperkt naar evenredigheid van de deelneming van in andere lidstaten woonachtige of gevestigde aandeelhouders in het kapitaal van de fiscale beleggingsinstelling, een beperking van het vrije verkeer van kapitaal oplevert, en, zo ja, of deze beperking kan worden gerechtvaardigd. In de tweede plaats moet worden nagegaan, of het antwoord met betrekking tot situaties waarin de aandeelhouders van een fiscale beleggingsinstelling in andere lidstaten wonen of gevestigd zijn, ook geldt voor situaties waarin die aandeelhouders in derde landen wonen of gevestigd zijn.

70 Geconstateerd moet worden dat, met betrekking tot de berekening van het bedrag van de volgens de in het hoofdgeding centraal staande bepalingen te verstrekken tegemoetkoming ter zake van ingehouden bronheffing op uit andere lidstaten ontvangen dividenden, de Nederlandse wettelijke regeling een verschil in behandeling invoert tussen fiscale beleggingsinstellingen

waarvan alle aandeelhouders in Nederland wonen of gevestigd zijn, en beleggingsinstellingen zoals OESF, waarvan een deel van de aandeelhouders in een andere lidstaat wonen of gevestigd zijn. In het eerste geval is de tegemoetkoming overeenkomstig artikel 6, lid 1, van het Koninklijk Besluit gelijk aan het bedrag dat een in Nederland wonende natuurlijke persoon ter zake van deze inhoudingen zou hebben kunnen verrekenen met de door hem in die lidstaat verschuldigde inkomstenbelasting. In het tweede geval wordt dit bedrag overeenkomstig artikel 6, lid 2, van het Koninklijk Besluit beperkt naar evenredigheid van de deelneming van aandeelhouders uit de andere lidstaten in het kapitaal van de betrokken beleggingsinstellingen.

71 De aldus ter zake van ingehouden bronheffing op dividenden uit andere lidstaten verstrekte tegemoetkoming maakt deel uit van de aan de aandeelhouders van de betrokken fiscale beleggingsinstelling uit te keren winst, die tussen hen wordt verdeeld naargelang van hun respectieve deelneming in het kapitaal van deze instelling.

72 Zoals de advocaat-generaal in punt 118 van zijn conclusie heeft onderstreept, volgt hieruit dat de beperking van de tegemoetkoming ter zake van de buitenlandse belasting naar evenredigheid van de deelneming van in een andere lidstaat wonende of gevestigde aandeelhouders in het kapitaal van de betrokken beleggingsinstelling voor alle aandeelhouders zonder onderscheid nadelig werkt, omdat het te verdelen totale winstbedrag daardoor lager wordt.

73 In een wettelijk kader als dat van het hoofdgeding is het voor een fiscale beleggingsinstelling derhalve voordeliger om aandeelhouders aan te trekken die wonen of gevestigd zijn in dezelfde lidstaat als waarin zijzelf is gevestigd, want hoe geringer de deelneming van in andere lidstaten woonachtige of gevestigde aandeelhouders in haar kapitaal is, hoe hoger de aan de aandeelhouders uit te keren winst uitvalt.

74 Een dergelijke beperking levert derhalve een in beginsel door artikel 56 EG verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal op, omdat zij het bijeenbrengen van kapitaal door een fiscale beleggingsinstelling in andere lidstaten dan die waar zijzelf is gevestigd, kan belemmeren, terwijl beleggers uit deze andere lidstaten erdoor kunnen worden afgeschrikt om aandelen in deze beleggingsinstelling te kopen.

75 De Nederlandse regering roept evenwel in herinnering dat, wat de berekening van het bedrag van de aan een fiscale beleggingsinstelling te verstrekken tegemoetkoming betreft, artikel 28, lid 1, sub b, van de Wet op de vennootschapsbelasting uitgaat van de situatie van een rechtstreeks in het buitenland beleggende aandeelhouder.

76 Met betrekking tot de mogelijkheid om ingehouden bronheffing op dividenden uit het buitenland te verrekenen, verschilt haars inziens de situatie van een Nederlandse ingezetene die aan de Nederlandse inkomsten? of vennootschapsbelasting is onderworpen, van die van een niet-ingezetene die niet aan deze belastingen is onderworpen, aangezien alleen aandeelhouders die inkomsten? of vennootschapsbelasting in Nederland moeten betalen, een dergelijke heffing kunnen verrekenen.

77 De Nederlandse regering acht het derhalve verenigbaar met artikel 56 EG juncto artikel 58, lid 1, sub a, EG – voor zover laatstgenoemde bepaling de lidstaten toestaat om onderscheid te maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats – om met betrekking tot het bedrag van de aan een fiscale beleggingsinstelling toe te kennen tegemoetkoming onderscheid te maken naargelang de aandeelhouders ervan inkomsten? of vennootschapsbelasting in Nederland verschuldigd zijn over de ontvangen dividenden of niet.

78 Zoals de Nederlandse regering zelf aangeeft, belast het Koninkrijk der Nederlanden zowel

de dividenden die een fiscale beleggingsinstelling uitkeert aan haar in Nederland wonende of gevestigde aandeelhouders, als de dividenden die zij aan haar in een andere lidstaat wonende of gevestigde aandeelhouders uitkeert. Een dergelijk lichaam waarvan het kapitaal gedeeltelijk in handen is van in andere lidstaten wonende of gevestigde aandeelhouders, kan derhalve niet worden geacht in een andere situatie te verkeren dan het lichaam waarvan de aandeelhouders alle in Nederland wonen of gevestigd zijn.

79 Zoals de advocaat-generaal in punt 121 van zijn conclusie heeft opgemerkt, behoorde het Koninkrijk der Nederlanden derhalve, nadat het eenmaal had besloten om aan aldaar gevestigde fiscale beleggingsinstellingen een tegemoetkoming ter zake van de in het buitenland ingehouden belasting te verstrekken en zijn fiscale bevoegdheid uit te oefenen ten aanzien van alle dividenden die deze beleggingsinstellingen uitkeren aan hun aandeelhouders, ongeacht of deze in die lidstaat dan wel in andere lidstaten wonen of gevestigd zijn, het recht op deze tegemoetkoming ook toe te kennen aan fiscale beleggingsinstellingen waarvan de aandeelhouders niet alle in deze lidstaat wonen of gevestigd zijn (zie in die zin arrest van 14 december 2006, Denavit Internationaal en Denavit France, C-170/05, Jurispr. blz. I-11949, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

80 De Nederlandse regering betoogt bovendien dat, aangezien de aan deze beleggingsinstellingen toe te kennen tegemoetkoming wordt uitgekeerd aan hun aandeelhouders en bij deze laatsten als inkomen in de belastingheffing wordt betrokken, de in de formule ter berekening van deze tegemoetkoming gehanteerde factoren verband houden met de tarieven van de belasting die door Nederland wordt geheven over de winstuitkeringen van een dergelijk lichaam aan haar aandeelhouders.

81 Volgens de Nederlandse regering belast het Koninkrijk der Nederlanden de winstuitkeringen van vennootschappen tegen hogere tarieven bij aandeelhouders die in deze lidstaat wonen of gevestigd zijn en aan de inkomsten- of vennootschapsbelasting zijn onderworpen, dan bij aandeelhouders die in het buitenland wonen of gevestigd zijn. Laatstgenoemden worden in Nederland slechts tegen het lagere tarief van de dividendbelasting belast, welk tarief krachtens de belastingverdragen in de regel 15 % bedraagt. Dit betekent dat het bedrag van de aan een fiscale beleggingsinstelling te verstrekken tegemoetkoming lager wordt naar evenredigheid van de deelneming van in andere lidstaten wonende of gevestigde aandeelhouders in haar kapitaal.

82 In dit verband moet worden opgemerkt dat, ofschoon de in het hoofdgeding centraal staande wettelijke regeling een onderscheid beoogt te maken tussen ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders teneinde de tegemoetkoming waarvan zij via de winstuitkering van de fiscale beleggingsinstelling profiteren, af te stemmen op de hoogte van de belasting waaraan zij respectievelijk in Nederland zijn onderworpen, een dergelijk doel niet wordt bereikt door de tegemoetkoming te beperken naar evenredigheid van de deelneming van in andere lidstaten wonende of gevestigde aandeelhouders in het kapitaal van de fiscale beleggingsinstelling. Zoals immers in punt 72 van dit arrest is overwogen, werkt een dergelijke beperking nadelig voor alle aandeelhouders van de fiscale beleggingsinstelling zonder onderscheid, omdat het te verdelen totale winstbedrag daardoor lager wordt.

83 Anderzijds wordt met de beperking van de tegemoetkoming naar evenredigheid van de deelneming van in andere lidstaten wonende of gevestigde aandeelhouders in het kapitaal van de fiscale beleggingsinstelling voorkomen dat de opbrengst van de belasting op de door deze instellingen uitgekeerde dividenden vermindert. Het Koninkrijk der Nederlanden zou daarmee namelijk worden geconfronteerd, indien de tegemoetkoming werd verstrekt zonder rekening te houden met de niet-ingezetenen onder de aandeelhouders van deze instellingen, die met betrekking tot de door deze instellingen uitgekeerde dividenden aan een lager belastingtarief zijn onderworpen dan ingezetenen aandeelhouders.

84 Volgens vaste rechtspraak kan derving van belastingopbrengst evenwel niet worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een maatregel die in beginsel in strijd is met een fundamentele vrijheid (zie met name arrest Manninen, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

85 Hieruit volgt dat de artikelen 56 EG en 58 EG zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat als aan de orde is in het hoofdgeding, die een aan aldaar gevestigde fiscale beleggingsinstellingen te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door deze instellingen ontvangen dividenden beperkt indien en voor zover hun aandeelhouders in andere lidstaten wonende natuurlijke personen of aldaar gevestigde rechtspersonen zijn, aangezien deze beperking zonder onderscheid alle aandeelhouders van die beleggingsinstellingen benadeelt.

86 Met betrekking tot de vraag of het in het voorgaande punt van dit arrest gegeven antwoord ook geldt voor situaties waarin de buitenlandse aandeelhouders van een beleggingsinstelling in een derde land wonen of gevestigd zijn, is de Nederlandse regering van mening dat een lidstaat onderscheid mag maken tussen een dergelijke situatie en de situatie waarin de aandeelhouders in een andere lidstaat wonen of gevestigd zijn.

87 Het Hof heeft in punt 31 van het arrest van 18 december 2007, A (C-101/05, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie), geconstateerd dat, hoewel de liberalisatie van het kapitaalverkeer met derde landen stellig andere doelen kan nastreven dan de verwezenlijking van de interne markt, zoals met name het waarborgen van de geloofwaardigheid van de gemeenschappelijke eenheidsmunt op de wereldwijde financiële markten en het handhaven in de lidstaten van financiële centra van mondiale betekenis, de lidstaten bij de uitbreiding van het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal door artikel 56, lid 1, EG tot het kapitaalverkeer tussen derde landen en lidstaten, ervoor hebben gekozen dit beginsel in hetzelfde artikel en in identieke bewoordingen te verankeren voor het kapitaalverkeer binnen de Gemeenschap en voor het kapitaalverkeer dat betrekkingen met derde landen betreft.

88 Het Hof heeft voorts het argument, dat wanneer het begrip beperkingen van het kapitaalverkeer in de betrekkingen tussen lidstaten en derde landen op dezelfde manier wordt uitgelegd als in de betrekkingen tussen lidstaten onderling, de Gemeenschap eenzijdig de communautaire markt zou openstellen voor derde landen, zonder de mogelijkheden tot onderhandeling te behouden die nodig zijn om een dergelijke liberalisatie van de zijde van deze landen te verkrijgen, niet doorslaggevend geacht (zie arrest A, reeds aangehaald, punt 38).

89 Het Hof heeft echter geconstateerd dat het kapitaalverkeer naar of uit derde landen plaatsvindt in een andere juridische context dan het kapitaalverkeer binnen de Gemeenschap (zie arrest A, reeds aangehaald, punt 36). Vanwege de mate van juridische integratie van de lidstaten van de Europese Unie, en met name het bestaan van communautaire wetgeving die strekt tot samenwerking tussen nationale belastingdiensten, zoals richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten

op het gebied van de directe belastingen (PB L 336, blz. 15), is de belastingheffing door een lidstaat over economische activiteiten met grensoverschrijdende aspecten binnen de Gemeenschap dus niet altijd vergelijkbaar met de belastingheffing over economische activiteiten die zich afspelen tussen lidstaten en derde landen (reeds aangehaalde arresten *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punt 170, en A, punt 37).

90 Het is voorts niet uitgesloten dat een lidstaat zou kunnen aantonen dat een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen om een bepaalde reden gerechtvaardigd is, in omstandigheden waarin die reden geen geldige rechtvaardiging zou opleveren voor een beperking van het kapitaalverkeer tussen lidstaten (reeds aangehaalde arresten *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punt 171, en A, punt 37).

91 In casu hebben de Nederlandse regering en de Commissie onder meer betoogd, dat de lidstaten de noodzaak om de doeltreffendheid van belastingcontroles te waarborgen moeten kunnen aanvoeren als dwingende reden van algemeen belang, die een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen rechtvaardigt.

92 Dienaangaande moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat het Koninkrijk der Nederlanden dividendbelasting heft op de dividenden die door een op zijn grondgebied gevestigde fiscale beleggingsinstelling worden uitgekeerd aan in derde landen wonende of gevestigde aandeelhouders. In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat de aan een dergelijke beleggingsinstelling te verstrekken tegemoetkoming wordt beperkt naar evenredigheid van de deelneming van dergelijke aandeelhouders in haar kapitaal, zonder dat de fiscale behandeling van deze aandeelhouders in de derde landen in dit verband relevant is. Derhalve kan in casu geen beroep worden gedaan op de noodzaak om de doeltreffendheid van belastingcontroles te waarborgen.

93 De Nederlandse regering is voorts van oordeel dat de noodzaak om vermindering van de belastingopbrengst te voorkomen, moet kunnen worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen. Want al kunnen de problemen in verband met onder meer het uithollen van de belastinggrondslag worden aangepakt door een betere afstemming van de fiscale wetgeving van de lidstaten op communautair niveau, in de relatie met derde landen ontbreekt een vergelijkbare mogelijkheid tot afstemming van de fiscale wetgevingen.

94 Het Hof roept in herinnering dat de beperking van de tegemoetkoming naar evenredigheid van de deelneming van in derde landen wonende of gevestigde aandeelhouders in het kapitaal van de fiscale beleggingsinstelling tot gevolg heeft, dat de totale winstuitkering aan de aandeelhouders van deze beleggingsinstelling lager wordt.

95 Gesteld al dat een dergelijke reden kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen, kan deze derhalve in casu niet in aanmerking worden genomen. De bedoelde beperking brengt immers zonder onderscheid gevolgen teweeg voor alle aandeelhouders van de betrokken beleggingsinstelling, ongeacht of zij in de lidstaten dan wel in derde landen wonen of gevestigd zijn.

96 Hieruit volgt dat, in een juridische context als die van het hoofdgeding, het antwoord met betrekking tot situaties waarin de aandeelhouders van een fiscale beleggingsinstelling in een andere lidstaat wonen of gevestigd zijn, ook geldt voor situaties waarin die aandeelhouders in derde landen wonen of gevestigd zijn.

97 Gelet op het voorgaande moet de eerste vraag, sub b, aldus worden beantwoord dat de artikelen 56 EG en 58 EG zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat als aan de

orde is in het hoofdgeding, die een aan aldaar gevestigde fiscale beleggingsinstellingen te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door deze instellingen ontvangen dividenden beperkt indien en voor zover hun aandeelhouders in andere lidstaten of in derde landen wonende natuurlijke personen of aldaar gevestigde rechtspersonen zijn, aangezien deze beperking al haar aandeelhouders zonder onderscheid benadeelt.

De tweede vraag, sub a,

98 Met zijn tweede vraag, sub a, wenst de verwijzende rechter te vernemen of het begrip „directe investeringen” in artikel 57, lid 1, EG ook het houden van een pakket aandelen in een vennootschap omvat, dat de houder niet in staat stelt een bepalende invloed uit te oefenen op het bestuur van of de controle over de vennootschap.

99 Volgens artikel 57, lid 1, EG doet het bepaalde in artikel 56 EG geen afbreuk aan de toepassing op derde landen van beperkingen die op 31 december 1993 bestaan uit hoofde van nationaal of gemeenschapsrecht inzake het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen – met inbegrip van investeringen in onroerende goederen –, vestiging, het verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot de kapitaalmarkten.

100 Aangezien het Verdrag geen definitie bevat van het begrip „kapitaalverkeer” in de zin van artikel 56, lid 1, EG, heeft het Hof eerder erkend dat de nomenclatuur in de bijlage bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag [artikel ingetrokken bij het Verdrag van Amsterdam] (PB L 178, blz. 5) indicatieve waarde heeft. Kapitaalverkeer in de zin van artikel 56, lid 1, EG zijn derhalve met name directe investeringen, te weten volgens deze nomenclatuur en de verklarende aantekeningen daarbij alle investeringen welke door natuurlijke of rechtspersonen worden verricht en welke gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming waarvoor de desbetreffende middelen bestemd zijn, met het oog op de uitoefening van een economische activiteit (zie in die zin arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*, reeds aangehaald, punten 179-181; arrest van 23 oktober 2007, Commissie/Duitsland, C-112/05, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 18, en arrest A, reeds aangehaald, punt 46).

101 Wat de deelnemingen in nieuwe of bestaande ondernemingen betreft, veronderstelt, zoals de verklarende aantekeningen bevestigen, het doel om duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven, dat de aandelen een aandeelhouder, hetzij ingevolge de bepalingen van de nationale wetgeving op de vennootschappen, hetzij uit anderen hoofde, de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap (arrest *Commissie/Duitsland*, reeds aangehaald, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

102 Derhalve moet op de tweede vraag, sub a, worden geantwoord dat een beperking is aan te merken als een onder artikel 57, lid 1, EG vallende beperking van het kapitaalverkeer in verband met directe investeringen, voor zover zij betrekking heeft op alle investeringen die door natuurlijke of rechtspersonen worden verricht en gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming waarvoor de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit.

De tweede vraag, sub b en c

103 Met zijn tweede vraag, sub b, vraagt de verwijzende rechter in wezen of artikel 56 EG dezelfde strekking met betrekking tot het kapitaalverkeer naar of uit derde landen heeft als met betrekking tot het intracommunautaire kapitaalverkeer. De tweede vraag, sub c, luidt of een

beperking door een lidstaat van de tegemoetkoming aan een op zijn grondgebied gevestigde fiscale beleggingsinstelling ter zake van bronheffing op uit een derde land ontvangen dividend naar evenredigheid van de deelneming van niet in de betrokken lidstaat wonende of gevestigde aandeelhouders in het kapitaal van deze beleggingsinstelling, een beperking van het vrije verkeer van kapitaal oplevert.

104 Deze vragen, die gezamenlijk moeten worden behandeld, komen erop neer of het antwoord op de eerste vraag, sub b, verschillend luidt naargelang de dividenden niet afkomstig zijn uit een andere lidstaat maar uit een derde land.

105 In dit verband volgt uit de punten 79 en 96 van dit arrest dat het Koninkrijk der Nederlanden, nadat het eenmaal had besloten om aan aldaar gevestigde fiscale beleggingsinstellingen een tegemoetkoming ter zake van de in het buitenland ingehouden belasting te verstrekken en zijn fiscale bevoegdheid uit te oefenen ten aanzien van alle dividenden die deze beleggingsinstellingen uitkeren aan hun aandeelhouders, ongeacht of deze in die lidstaat dan wel in andere lidstaten of derde landen wonen of gevestigd zijn, het recht op deze tegemoetkoming ook behoorde toe te kennen aan fiscale beleggingsinstellingen waarvan de aandeelhouders niet alle in Nederland wonen of gevestigd zijn.

106 Zoals immers in de punten 70 tot en met 96 van dit arrest is overwogen, creëert een bepaling die een dergelijke tegemoetkoming beperkt naar evenredigheid van de deelneming van in een andere lidstaat of een derde land wonende of gevestigde aandeelhouders in het kapitaal van de betrokken beleggingsinstelling, een ongelijke behandeling tussen beleggingsinstellingen waarvan alle aandeelhouders in Nederland wonen of gevestigd zijn, en beleggingsinstellingen waarvan een deel van de aandeelhouders in een andere lidstaat of een derde land wonen of gevestigd zijn, welke ongelijke behandeling noch wordt gerechtvaardigd door het feit dat deze beleggingsinstellingen zich in een andere situatie zouden bevinden, noch door doeleinden van fiscaal beleid als door de Nederlandse regering zijn aangevoerd.

107 Geconstateerd moet worden dat een dergelijke bepaling in strijd is met de artikelen 56 EG en 58 EG, los van de vraag of de fiscale heffingen die recht op de tegemoetkoming geven, in een andere lidstaat dan wel in een derde land zijn ingehouden, aangezien in beide gevallen sprake is van een ongelijke behandeling tussen beleggingsinstellingen waarvan alle aandeelhouders in Nederland wonen of gevestigd zijn, en beleggingsinstellingen waarvan een deel van de aandeelhouders in een andere lidstaat of een derde land woont of gevestigd is, en dat de aangevoerde rechtvaardigingsgronden geen betrekking hebben op de staat van herkomst van de door de beleggingsinstellingen ontvangen dividenden.

108 Derhalve moet de tweede vraag, sub b en c, aldus worden beantwoord dat de artikelen 56 EG en 58 EG zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat als aan de orde is in het hoofdgeding, die een aan aldaar gevestigde fiscale beleggingsinstellingen te verstrekken tegemoetkoming wegens in een derde land ingehouden bronheffing op door deze instellingen ontvangen dividenden beperkt indien en voor zover hun aandeelhouders in andere lidstaten of in derde landen wonende natuurlijke personen of aldaar gevestigde rechtspersonen zijn, aangezien deze beperking zonder onderscheid alle aandeelhouders van die beleggingsinstellingen benadeelt.

De derde vraag, sub a

109 Met zijn derde vraag, sub a, wenst de verwijzende rechter te vernemen, of het voor het antwoord op de eerste twee vragen verschil maakt of de belasting die in een andere lidstaat is ingehouden op de in dat land door in een andere lidstaat gevestigde beleggingsinstellingen ontvangen dividenden hoger is dan de belasting waaraan de dooruitdeling van die dividenden aan

buitenlandse aandeelhouders is onderworpen in laatstgenoemde lidstaat.

110 Blijkens het verwijzingsarrest stelt hij deze vraag, omdat in het betrokken boekjaar het tarief van de in Portugal ingehouden bronheffing op de aan OESF uitgekeerde dividenden uit die lidstaat 17,5 % bedroeg, het tarief van de in Nederland ingehouden bronheffing op de aan de aandeelhouders van OESF uitgekeerde dividenden daarentegen 15 %.

111 Aangezien de dividenden uit Portugal niet in aanmerking zijn genomen bij de berekening van de aan de fiscale beleggingsinstelling toe te kennen tegemoetkoming, en gelet op het antwoord op de eerste vraag, sub a, behoeft de derde vraag, sub a, geen beantwoording meer.

De derde vraag, sub b

112 De derde vraag, sub b, van de verwijzende rechter komt erop neer, of het voor het antwoord op de eerste twee vragen verschil maakt of de buitenlandse aandeelhouders van een fiscale beleggingsinstelling wonen of gevestigd zijn in een staat waarmee de lidstaat van vestiging van deze instelling een verdrag heeft gesloten dat voorziet in de wederzijdse verrekening van bronheffing op dividend. Aangezien de woonplaats of de plaats van vestiging van de aandeelhouders van de fiscale beleggingsinstelling slechts in aanmerking wordt genomen in het kader van de beperking van de tegemoetkoming naar evenredigheid van de kapitaaldeelname van niet in de lidstaat van vestiging van deze instelling wonende of gevestigde aandeelhouders, moet deze vraag worden geacht uitsluitend betrekking te hebben op de eerste vraag, sub b.

113 In dat verband moet worden vastgesteld, dat de omstandigheid dat de woon- of vestigingsstaat van de aandeelhouders van de fiscale beleggingsinstelling en het Koninkrijk der Nederlanden zijn overeengekomen dat de door laatstgenoemde geheven belasting op de dividenden die deze beleggingsinstelling aan haar aandeelhouders uitkeert, kan worden verrekend, onverlet laat dat het Koninkrijk der Nederlanden zijn fiscale bevoegdheid uitoefent door deze dividenden te belasten. Zoals uit de punten 79 en 96 van dit arrest voortvloeit, is het deze uitoefening van de fiscale bevoegdheid door een lidstaat ten aanzien van de dividenden die op zijn grondgebied gevestigde fiscale beleggingsinstellingen uitkeren aan zowel in deze lidstaat wonende of gevestigde aandeelhouders als in andere lidstaten of derde landen wonende of gevestigde aandeelhouders, die, in het geval waarin een tegemoetkoming als die aan de orde in het hoofdgeding is voorzien, de noodzaak rechtvaardigt om deze tegemoetkoming ook toe te kennen aan fiscale beleggingsinstellingen waarvan de aandeelhouders niet alle in deze lidstaat woonachtig of gevestigd zijn.

114 Derhalve moet de derde vraag, sub b, aldus worden beantwoord, dat het feit dat de buitenlandse aandeelhouders van een fiscale beleggingsinstelling wonen of gevestigd zijn in een staat waarmee de lidstaat van vestiging van deze instelling een verdrag heeft gesloten dat voorziet in de wederzijdse verrekening van bronheffing op dividend, niet van invloed is op het antwoord op de eerste vraag, sub b.

De derde vraag, sub c

115 Met zijn derde vraag, sub c, wil de verwijzende rechter weten, of het voor het antwoord op de eerste twee vragen verschil maakt of de buitenlandse aandeelhouders van de fiscale beleggingsinstelling wonen of gevestigd zijn in een andere lidstaat van de Gemeenschap.

116 Gelet op het antwoord op de eerste vraag, sub b, behoeft deze vraag geen beantwoording meer.

Kosten

117 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Grote kamer) verklaart voor recht:

1) De artikelen 56 EG en 58 EG verzetten zich niet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat als in het hoofdgeding aan de orde is, die een aan aldaar gevestigde fiscale beleggingsinstellingen te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat ingehouden bronheffing op door deze instellingen ontvangen dividenden beperkt tot het bedrag dat een in eerstgenoemde lidstaat wonende natuurlijke persoon ter zake van overeenkomstige heffingen zou hebben kunnen verrekenen op grond van een met die andere lidstaat gesloten verdrag tot vermijding van dubbele belasting.

2) De artikelen 56 EG en 58 EG verzetten zich tegen een wettelijke regeling van een lidstaat als in het hoofdgeding aan de orde is, die een aan aldaar gevestigde fiscale beleggingsinstellingen te verstrekken tegemoetkoming wegens in een andere lidstaat of een derde land ingehouden bronheffing op door deze instellingen ontvangen dividenden beperkt indien en voor zover hun aandeelhouders in andere lidstaten of in derde landen wonende natuurlijke personen of aldaar gevestigde rechtspersonen zijn, aangezien deze beperking al haar aandeelhouders zonder onderscheid benadeelt.

In dit verband is het niet van belang dat de buitenlandse aandeelhouders van een fiscale beleggingsinstelling wonen of gevestigd zijn in een staat waarmee de lidstaat van vestiging van deze instelling een verdrag heeft gesloten dat voorziet in de wederzijdse verrekening van bronheffing op dividend.

3) Een beperking is aan te merken als een onder artikel 57, lid 1, EG vallende beperking van het kapitaalverkeer in verband met directe investeringen, voor zover zij betrekking heeft op alle investeringen die door natuurlijke of rechtspersonen worden verricht en gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming waarvoor de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit.

ondertekeningen

* Procestaal: Nederlands.