

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 11 november 2010 (1)

Gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08

Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH (C-436/08)

en

Österreichische Salinen AG (C-437/08)

tegen

Finanzamt Linz

(verzoek van de Unabhängige Finanzsenat, Außenstelle Linz [Oostenrijk] om een prejudiciële beslissing)

„Vrij verkeer van kapitaal – Portfolio-deelnemingen ? Vennootschapsbelasting – Voorkomen van economische dubbele belasting van dividenden – Vrijstellingsmethode bij binnenlandse dividenden ? Voorwaardelijke vrijstellingsmethode met eventuele overschakeling op de verrekeningsmethode bij dividenden uit EU-/EER-staten ? Bewijsproblemen ten aanzien van de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting ? Vrijstellings- noch verrekeningsmethode bij dividenden uit derde landen ? Rechtvaardigingsmogelijkheden ? Evenredigheid ? Het op coherente en systematische wijze nastreven van de aangevoerde doelstelling”

Inhoud

I – Inleiding

II – Oostenrijks recht

III – Feiten en prejudiciële vragen

IV – Juridische beoordeling

A – De tweede prejudiciële vraag in de zaak Haribo

1. Voorafgaande opmerkingen

2. Het bestaan van een beperking

3. Rechtvaardiging

a) Vergelijkbaarheid ten aanzien van het risico van economische dubbele belasting

b) Vergelijkbaarheid ten aanzien van de toe te passen methode ter vermijding van economische dubbele belasting

4. Evenredigheid

- a) Geschiktheid en noodzakelijkheid
- b) Voorlopige conclusie
- c) Het op coherente wijze nastreven van de doelstelling

5. Conclusie

B – De eerste prejudiciële vraag in de zaak Haribo

1. De ontvankelijkheid van de vraag

2. Beantwoording van de vraag

- a) Beperking
- b) Rechtvaardiging
- c) Evenredigheid
- d) Conclusie

C – De derde vraag in de zaak Haribo

1. Beperking

2. Rechtvaardiging

- a) Bijzonderheden in samenhang met derde landen
- b) Afzonderlijke rechtvaardigingsgronden
 - i) Verdeling van de heffingsbevoegdheid
 - ii) Wederkerigheid
 - iii) Fiscale controle
- c) Conclusie

D – De prejudiciële vragen 4, 4.1 en 4.2 in de zaak Haribo

E – De twee prejudiciële vragen in de zaak Österreichische Salinen

1. Ontvankelijkheid van de vragen

2. Beantwoording van de prejudiciële vragen

V – Conclusie

I – Inleiding

1. In de onderhavige zaken gaat het opnieuw om de belasting op buitenlandse dividenden. De Oostenrijkse wetgeving inzake de vennootschapsbelasting bevat regels die moeten voorkomen dat ondernemingswinsten die in de vorm van dividenden worden uitgekeerd, tweemaal met vennootschapsbelasting worden belast doordat eerst de uitkerende vennootschap aan deze belasting wordt onderworpen en vervolgens de ontvangende vennootschap. Bij binnenlandse dividenden wordt een dergelijke economische dubbele belasting vermeden doordat de dividenden op het niveau van de ontvangende vennootschap zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Bij buitenlandse dividenden hangt het echter van de omvang van de deelneming, de eerder geheven belasting en de herkomst af, of vrijstelling wordt verleend, de buitenlandse vennootschapsbelasting slechts wordt verrekend of dat geen van beide gebeurt.

2. Bij portfoliodividenden uit andere EU-staten, dat wil zeggen dividenden uit deelnemingen van minder dan 10 %, gebeurt het kennelijk regelmatig dat geen vrijstelling wordt verleend of verrekening wordt toegepast omdat de ontvanger er niet in slaagt de daarvoor vereiste gegevens over de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting te verstrekken. Uiteindelijk is er in dergelijke gevallen dus toch sprake van een economische dubbele belasting. Wanneer het portfoliodividend afkomstig is uit een EER-staat die niet tot de Europese Unie behoort, geldt bovendien de voorwaarde dat er sprake moet zijn van omvattende wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand. Voor portfoliodividenden uit derde landen is a priori geen regeling ter voorkoming van economische dubbele belasting voorzien. Onderzocht moet worden in hoeverre deze speciale behandeling van buitenlandse portfoliodividenden verenigbaar is met het vrije verkeer van kapitaal. Daarbij gaat het opnieuw om de vraag of de vrijstellingsmethode en de verrekeningsmethode als gelijkwaardig kunnen worden beschouwd(2), om eventuele bijzonderheden in het kapitaalverkeer naar en uit derde landen(3) alsmede om de evenredigheid van beperkingen indien deze worden gebaseerd op overwegingen die weliswaar gerechtvaardigd kunnen zijn, maar niet op coherente wijze worden nagestreefd(4).

II – Oostenrijks recht

3. § 10 van het Körperschaftsteuergesetz 1988(5) (wet op de vennootschapsbelasting 1988; hierna: „KStG”), in de versie zoals gewijzigd bij het Budgetbegleitgesetz 2009(6) (wet bij de begroting 2009), met het opschrift „Vrijstelling voor opbrengsten uit deelnemingen en internationale gekwalificeerde deelnemingen”, die overeenkomstig § 26c, punt 16, sub b, KStG van toepassing is op alle lopende aanslagen, luidt:

„1) Opbrengsten uit deelnemingen zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Opbrengsten uit deelneming zijn:

1. Winst aandelen van om het even welke aard uit deelnemingen, in de vorm van aandelen of deelbewijzen in binnenlandse kapitaalvennootschappen of binnenlandse coöperatieve vennootschappen met winstgevend doel.

[...]

5. Winst aandelen in de zin van de punten 1 tot en met 4 uit een deelneming in een buitenlandse vennootschap die voldoet aan de in bijlage 2 bij het Einkommensteuergesetz 1988 opgenomen voorwaarden van artikel 2 van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 (PB L 255, blz. 6) en niet onder punt 7 valt.

6. Winst aandelen in de zin van de punten 1 tot en met 4 uit een deelneming in een

vennootschap uit een staat van de Europese Economische Ruimte, die met binnenlandse, onder § 7, lid 3, vallende vennootschappen vergelijkbaar is, wanneer met de staat van vestiging een omstandig verdrag inzake wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand is afgesloten en wanneer de vennootschap niet onder punt 7 valt.

7. Winst aandelen van om het even welke aard uit een internationale gekwalificeerde deelneming in de zin van lid 2.

2) Er is sprake van een internationale gekwalificeerde deelneming wanneer onder § 7, lid 3, vallende belastingplichtigen of andere onbeperkt belastingplichtige buitenlandse lichamen die vergelijkbaar zijn met een binnenlands belastingplichtige die onder § 7, lid 3, valt, aantoonbaar in de vorm van kapitaalaandelen gedurende een onafgebroken periode van ten minste één jaar voor ten minste één tiende deelneemt in

1. buitenlandse vennootschappen die vergelijkbaar zijn met een binnenlandse kapitaalvennootschap,

2. andere buitenlandse lichamen die voldoen aan de in bijlage 2 bij het Einkommensteuergesetz 1988 opgenomen voorwaarden van artikel 2 van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 (PB L 255, blz. 6), in de op het betrokken tijdstip geldende versie.

De genoemde periode van één jaar geldt niet voor aandelen die door een kapitaalvergroting zijn verkregen, voor zover de omvang van de deelneming daardoor niet is vergroot.

[...]

4) In afwijking van lid 1, punt 7, zijn winstaandelen alsook winsten en verliezen uit de verkoop van deelnemingen en overige waardeveranderingen uit internationale gekwalificeerde deelnemingen in de zin van lid 2 in het kader van de volgende bepalingen niet vrijgesteld van vennootschapsbelasting wanneer er sprake is van omstandigheden op grond waarvan de bondsminister van Financiën dit ter verhinderende van belastingontwijking of misbruik (§ 22 van de Bundesabgabenordnung) bij verordening voorschrijft. Dat er sprake is van dergelijke omstandigheden kan met name worden aangenomen wanneer

1. het zwaartepunt van de buitenlandse vennootschap direct of indirect erin bestaat, opbrengsten uit rente, uit de vervreemding van roerende lichamelijke of niet-lichamelijke zaken en uit de verkoop van deelnemingen te behalen, en

2. het inkomen van de buitenlandse vennootschap wat de vaststelling van de heffingsgrondslag respectievelijk het belastingtarief betreft, niet onderworpen is aan een buitenlandse belasting die vergelijkbaar is met de Oostenrijkse vennootschapsbelasting.

5) In afwijking van lid 1, punten 5 en 6, zijn winstaandelen niet vrijgesteld van vennootschapsbelasting wanneer een van de volgende voorwaarden van toepassing is:

1. De buitenlandse vennootschap is in het buitenland inderdaad direct noch indirect onderworpen aan een belasting die vergelijkbaar is met de Oostenrijkse vennootschapsbelasting.

2. De winsten van de buitenlandse vennootschap zijn in het buitenland onderworpen aan een met de Oostenrijkse vennootschapsbelasting vergelijkbare belasting, waarvan het toe te passen tarief meer dan tien procentpunten lager is dan de Oostenrijkse vennootschapsbelasting overeenkomstig § 22, lid 1.

3. De buitenlandse vennootschap geniet in het buitenland volledige persoonlijke of zakelijke

belastingvrijstellingen. Een vrijstelling in de zin van de leden 1 en 3 wordt buiten beschouwing gelaten.

6) In de gevallen van de leden 4 en 5 moet met betrekking tot winstaandelen op de volgende wijze vrijstelling worden verleend van een met de vennootschapsbelasting overeenkomende buitenlandse belasting: de als voorbelasting op de uitkering te beschouwen buitenlandse belasting wordt op verzoek verrekend met de binnenlandse vennootschapsbelasting, die op de winstaandelen drukt die uit de internationale gekwalificeerde deelneming zijn verkregen, van welke aard die winstaandelen ook zijn. De te verrekenen buitenlandse belasting moet bij de vaststelling van de inkomsten worden bijgeteld bij de winstaandelen uit de internationale gekwalificeerde deelneming.”

4. Naar het oordeel van de verwijzende rechter geldt voor het in het kader van de verrekeningsmethode te leveren bewijs van de in het buitenland geheven belasting nog steeds de mededeling die het bondsministerie van Financiën naar aanleiding van de vroegere rechtstoestand heeft uitgebracht⁽⁷⁾. Volgens deze mededeling moet de belastingplichtige voor een verrekening van de vennootschapsbelasting een verklaring met de volgende inhoud afgeven:

- Een nauwkeurige omschrijving van de uitkerende vennootschap waarin de deelneming wordt gehouden;
- Een nauwkeurige vermelding van de omvang van de deelneming;
- Een nauwkeurige vermelding van het tarief van de vennootschapsbelasting die de uitkerende vennootschap in de vestigingsstaat moet betalen. Valt zij niet onder de normale belastingregeling van de vestigingsstaat (maar geniet zij bijvoorbeeld een voordelig belastingtarief, een persoonlijke belastingvrijstelling of vergaande wezenlijke belastingvrijstellingen of ?verminderingen), dan moet het daadwerkelijk toe te passen tarief worden aangegeven;
- Vermelding van de op basis van bovengenoemde parameters berekende buitenlandse vennootschapsbelasting die op zijn aandeel drukt;
- Nauwkeurige vermelding van het daadwerkelijk toegepaste tarief van de bronbelasting (beperkt door het tarief volgens het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting);
- Een berekening van de verrekenbare belasting.

III – Feiten en prejudiciële vragen

5. Österreichische Salinen AG (hierna: „Österreichische Salinen”), een in Oostenrijk gevestigde kapitaalvennootschap naar Oostenrijks recht, boekte in 2002 een verlies uit bedrijfsinkomsten. In dit belastingjaar genoot ze via binnenlandse investeringsfondsen opbrengsten die bestonden in dividenden van buitenlandse kapitaalvennootschappen die in lidstaten van de Europese Unie en in derde landen waren gevestigd. Overeenkomstig de toenmalige versie van het KStG stelde de bevoegde belastingdienst de binnenlandse dividenden vrij van belasting, maar weigerde dat voor de buitenlandse dividenden uit deelnemingen van minder dan 25 %.

6. De Unabhängige Finanzsenat, die het beroep („Berufung“) tegen de belastingaanslag behandelde, zag daarin een ongerechtvaardigde schending van het vrije verkeer van kapitaal en behandelde de buitenlandse dividenden bij analoge toepassing van de voor binnenlandse dividenden geldende regeling als van belasting vrijgestelde opbrengsten, waarbij geen verrekening van bronbelasting plaatsvond.

7. Het Verwaltungsgerichtshof, waartoe de belastingdienst zich vervolgens had gewend, deelde die opvatting niet. In zijn beslissing van 17 april 2008 bevestigde ook het Verwaltungsgerichtshof dat er sprake was van een ongerechtvaardigde beperking van het vrije verkeer van kapitaal. Het was echter van oordeel dat van de verschillende oplossingen die in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht, alleen die mag worden gekozen die zo min mogelijk ingrijpt in de opzet van de Oostenrijkse wetgever. Dat is volgens het Verwaltungsgerichtshof de verrekeningsmethode, want alleen die leidt bij een lager belastingniveau in het buitenland tot een belasting die even hoog is als bij binnenlandse dividenden. Een waardeoordeel in deze zin heeft de wetgever ook zelf gegeven doordat hij voor deelnemingen in buitenlandse vennootschappen die geen operationele activiteiten uitoefenen, uitdrukkelijk heeft voorzien in de verrekeningsmethode. Ook bij de hier in het geding zijnde buitenlandse minderheidsdeelnemingen via een investeringsfonds is volgens het Verwaltungsgerichtshof geen sprake van deelneming in operationele activiteiten. Derhalve moet volgens het Verwaltungsgerichtshof in plaats van de vrijstellingsmethode de door het Hof in beginsel als gelijkwaardig beschouwde verrekeningsmethode worden toegepast. Het geding bevindt zich thans in het stadium van de verdere afdoening na terugverwijzing naar de verwijzende rechter.

8. Haribo Lakritzen Hans Riegel Betriebs GmbH (hierna: „Haribo“), eveneens een in Oostenrijk gevestigde kapitaalvennootschap naar Oostenrijks recht, genoot in het belastingjaar 2001 inkomsten uit binnenlandse investeringsfondsen met dividenden uit lidstaten van de Europese Unie en derde landen. Met een beroep op de toenmalige rechtstoestand weigerde de bevoegde belastingdienst de buitenlandse dividenden vrij te stellen van belasting. Haribo stelde daartegen beroep in bij de verwijzende rechter.

9. Bij beschikkingen van 29 september 2008, die op 3 oktober 2008 ter griffie van het Hof zijn ingekomen, heeft de Unabhängige Finanzsenat het Hof een aantal prejudiciële vragen voorgelegd die betrekking hadden op het KStG in de versie overeenkomstig BGBl. 797/1996 respectievelijk 161/2005. Nadat het Hof de verwijzende rechter, gelet op de wijziging van het KStG in 2009, op grond van artikel 104, lid 5, van het Reglement voor de procesvoering om verduidelijking had verzocht, heeft de verwijzende rechter zijn vragen bij schrijven van 30 oktober 2009, dat op 3 november 2009 ter griffie van het Hof is ingekomen, geherformuleerd.

10. In de zaak C-436/08 (Haribo) luiden de prejudiciële vragen nu als volgt:

„1) Is het in strijd met het gemeenschapsrecht wanneer buitenlandse portfolioparticipaties in EER-staten alleen belastingvrij zijn op voorwaarde dat een verdrag inzake wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand bestaat, hoewel deze voorwaarde niet geldt voor de vrijstelling van dividenden uit internationale gekwalificeerde deelnemingen (ook wanneer de dividenden uit derde landen afkomstig zijn en zelfs wanneer wordt overgeschakeld op de verrekeningsmethode)?

2) Is het in strijd met het gemeenschapsrecht wanneer voor buitenlandse portfoliodividenden uit EU/EER-staten de verrekeningsmethode moet worden toegepast zodra niet is voldaan aan de voorwaarden voor de vrijstellingsmethode, ofschoon het voor de aandeelhouder zeer moeilijk of zelfs onmogelijk is om het bewijs te leveren dat is voldaan aan de voorwaarden voor de

vrijstellingsmethode (vergelijkbare belastingdruk, buitenlands belastingtarief, ontbreken van persoonlijke of zakelijke vrijstellingen van de buitenlandse vennootschap) en om de voor de verrekening van de buitenlandse vennootschapsbelasting noodzakelijke gegevens te verstrekken?

3) Is het in strijd met het gemeenschapsrecht wanneer voor opbrengsten uit participaties in derde landen in de wet noch in een vrijstelling van de vennootschapsbelasting, noch in een verrekening van de betaalde vennootschapsbelasting wordt voorzien wanneer het gaat om participaties van minder dan 10 % (25 %), terwijl opbrengsten uit binnenlandse participaties ongeacht de participatiedrempel van belasting zijn vrijgesteld?

4) Indien de derde vraag bevestigend wordt beantwoord: is het in strijd met het gemeenschapsrecht wanneer een nationale overheid ter vermijding van discriminatie van participaties in derde landen de verrekeningsmethode toepast, waarbij het bewijs van de in het buitenland bij de bron betaalde vennootschapsbelasting wegens de geringe omvang van de deelneming niet of met slechts onevenredige inspanningen kan worden geleverd, omdat dit resultaat volgens een beslissing van het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof het meest aansluit bij de (hypothetische) wil van de wetgever, terwijl dividenden uit derde landen van belasting zouden zijn vrijgesteld wanneer de tot discriminatie leidende participatiedrempel van 10 % (25 %) gewoon niet zou worden toegepast?

4.1) Indien de vierde vraag bevestigend wordt beantwoord: is het in strijd met het gemeenschapsrecht wanneer opbrengsten uit participaties in derde landen niet worden vrijgesteld voor zover de participatie minder dan 10 % (25 %) bedraagt, terwijl voor de vrijstelling van opbrengsten uit participaties van meer dan 10 % (25 %) niet als voorwaarde geldt dat er een omvattend verdrag inzake wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand bestaat?

4.2) Indien de vierde vraag ontkennend wordt beantwoord: is het in strijd met het gemeenschapsrecht wanneer voor opbrengsten uit participaties in derde landen de verrekening van de buitenlandse vennootschapsbelasting wordt geweigerd voor zover de participatie minder dan 10 % (25 %) bedraagt, terwijl voor een – in specifieke gevallen voorgeschreven – verrekening van de belasting bij opbrengsten uit participaties in derde landen die meer dan 10 % (25 %) bedragen, niet als voorwaarde geldt dat er een omvattend verdrag inzake wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand bestaat?"

11. In de zaak C-437/08 (Österreichische Salinen) luiden de prejudiciële vragen nu als volgt:

„1) Is het in strijd met het gemeenschapsrecht wanneer voor buitenlandse dividenden bij een verandering van methode de verrekeningsmethode moet worden toegepast, doch met betrekking tot de verrekenbare vennootschapsbelasting of de verrekenbare bronbelasting niet tegelijkertijd een uitstel van verrekening tot de volgende jaren of een krediet in het verliesjaar wordt toegestaan?

2) Is het in strijd met het gemeenschapsrecht wanneer voor dividenden uit derde landen de verrekeningsmethode moet worden toegepast omdat dit resultaat volgens een beslissing van het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof het meest aansluit bij de (hypothetische) wil van de wetgever, terwijl niet tegelijkertijd een uitstel van verrekening of een krediet in het verliesjaar wordt toegestaan?"

12. Bij beschikking van de president van het Hof van 16 januari 2009 zijn de beide zaken gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en voor het arrest.

13. Haribo, de Oostenrijkse, de Duitse, de Italiaanse, de Nederlandse en de Finse regering alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Europese Commissie hebben aan de

procedure voor het Hof deelgenomen, waarbij de Italiaanse en de Finse regering slechts schriftelijke opmerkingen hebben ingediend.

IV – Juridische beoordeling

14. De tweede prejudiciële vraag in de zaak Haribo roept de principiële vraag op of de vrijstellings- en verrekeningsmethode gelijkwaardige methoden zijn om economische dubbele belasting van dividenden te vermijden. Indien die vraag, ondanks de onmogelijkheid de te verrekenen buitenlandse vennootschapsbelasting aan te tonen, bevestigend zou kunnen worden beantwoord, zou er niets op tegen zijn dat portfoliodividenden uit andere EU-/EER-staten slechts voorwaardelijk zijn vrijgesteld en dat daarop voor het overige de verrekeningsmethode wordt toegepast, terwijl binnenlandse portfoliodividenden altijd zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Aangezien het antwoord op deze vraag van invloed kan zijn op de beantwoording van de andere prejudiciële vragen, moet deze vraag het eerst worden onderzocht.

A – De tweede prejudiciële vraag in de zaak Haribo

15. Met de tweede vraag in de zaak Haribo wenst de verwijzende rechter te vernemen of het in strijd is met artikel 56, lid 1, EG(8), wanneer binnenlandse vennootschappen regelmatig vennootschapsbelasting moeten betalen over portfoliodividenden uit andere EU-/EER-staten, omdat zij er niet of nauwelijks in slagen de gegevens over de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting te verstrekken die nodig zijn om voor vrijstelling of in elk geval voor een verrekening in aanmerking te komen, terwijl binnenlandse portfoliodividenden altijd zijn vrijgesteld.

1. Voorafgaande opmerkingen

16. Volgens het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*(9) moet een lidstaat die bij binnenlandse dividenden een economische dubbele belasting vermijdt, buitenlandse dividenden op evenwaardige wijze behandelen.

17. Het Hof heeft geen principiële bezwaren geuit tegen het feit dat op binnenlandse dividenden de vrijstellingsmethode en op buitenlandse dividenden de verrekeningsmethode wordt toegepast. Het Hof beschouwt beide methoden als gelijkwaardig op voorwaarde dat het belastingtarief voor buitenlandse dividenden niet hoger is dan voor binnenlandse dividenden en het in het buitenland betaalde bedrag tot beloop van het bedrag van de binnenlandse belasting wordt verrekend.(10)

18. Het Hof heeft weliswaar toegegeven dat een verrekeningsregeling in vergelijking met een vrijstellingsregeling de belastingplichtigen extra administratieve lasten oplegt, aangezien moet worden aangetoond hoeveel belasting daadwerkelijk is betaald in de staat van vestiging van de uitkerende vennootschap. Dat feit alleen kan echter niet als een ongeoorloofd verschil in behandeling worden aangemerkt, daar deze bijzondere administratieve lasten inherent zijn aan de werking van een stelsel van belastingkrediet.(11)

19. Uit het arrest kan niet worden afgeleid op grond van welke beoordeling het Hof tot deze conclusie is gekomen ? bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal(12), bij de beoordeling van de vraag of de situaties vergelijkbaar zijn dan wel of het verschil in behandeling uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd is, of in het kader van de evenredigheidstoets.

20. Het niveau waarop de beoordeling plaatsvindt, speelt bij de mate van gelijkwaardigheid van vrijstellings- en verrekeningsmethode echter een grote rol. Zou namelijk de vaststelling van het Hof dat extra administratieve lasten inherent zijn aan de verrekeningsmethode zo moeten worden

opgevat dat alleen al dit onlosmakelijke verband uitsluit dat er sprake is van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal, dan zou men de ogen sluiten voor de gevolgen die het toepassen van de verrekeningsmethode in de praktijk kan hebben.

21. In de onderhavige zaken, waarin Haribo en Österreichische Salinen via binnenlandse investeringsfondsen buitenlandse portfoliodividenden hebben verkregen, is het volgens de vaststellingen van de verwijzende rechter namelijk niet of nauwelijks mogelijk het bewijs van de buitenlandse belastingheffing te leveren. Hierover hebben de partijen weliswaar heftig gediscussieerd, maar het Hof kan deze feitelijke vraag niet zelf beantwoorden. Het is uiteindelijk aan de verwijzende rechter de nodige vaststellingen te doen. Het Hof is in beginsel verplicht de gevraagde uitlegging op basis van de door de verwijzende rechter vastgestelde feiten te geven.(13)

2. Het bestaan van een beperking

22. Allereerst dient derhalve te worden onderzocht of de regeling in kwestie tot een in beginsel verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal leidt. De maatregelen die ingevolge artikel 56, lid 1, EG verboden zijn op grond dat zij het kapitaalverkeer beperken, omvatten zoals bekend mede de maatregelen die niet-ingezetenen ervan doen afzien, in een lidstaat investeringen te doen, of ingezetenen van bedoelde lidstaat ontmoedigen in andere staten investeringen te doen.(14)

23. Aangezien zelfs beperkingen van geringe draagwijdte of geringe betekenis onder het beperkingsverbod vallen(15), is er mijns inziens geen andere mogelijkheid, althans bij een feitelijke situatie zoals die volgens de beschrijving van de verwijzende rechter bestaat, dan uit te gaan van een in beginsel door artikel 56, lid 1, EG verboden beperking van het vrije kapitaalverkeer.

24. Anders dan bij binnenlandse portfoliodividenden wordt de toepassing van de vrijstellingsmethode op portfoliodividenden uit andere EU-/EER-staten immers verbonden aan bepaalde voorwaarden, waarbij, als die voorwaarden niet aanwezig zijn, de verrekeningsmethode moet worden toegepast, ofschoon het voor de aandeelhouder zeer moeilijk of zelfs onmogelijk is om het bewijs te leveren dat aan deze voorwaarden is voldaan en om de voor de verrekening van de buitenlandse vennootschapsbelasting noodzakelijke gegevens te verstrekken. Omdat buitenlandse dividenden in het binnenland dus regelmatig volledig worden belast, ondanks het feit dat over de ondernemingswinsten in het buitenland reeds belasting is geheven, is het voor een binnenlandse belegger minder aantrekkelijk in plaats van een binnenlandse een buitenlandse portfoliodeelneming te kopen of te bezitten.

3. Rechtvaardiging

25. Vervolgens dient te worden onderzocht of deze beperking van het vrije verkeer van kapitaal volgens de bepalingen van de artikelen 57 tot en met 60 EG desalniettemin is toegestaan of uit hoofde van een door de rechtspraak erkende dwingende reden van algemeen belang is gerechtvaardigd.

26. Artikel 58, lid 1, sub a, EG staat de lidstaten inderdaad toe in hun belastingwetgeving onderscheid te maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot de plaats waar hun kapitaal is belegd. Volgens artikel 58, lid 3, EG mag dit echter niet tot willekeurige discriminatie leiden.

27. Een nationale fiscale regeling als de onderhavige kan derhalve enkel verenigbaar zijn met de bepalingen betreffende het vrije kapitaalverkeer, indien het verschil in behandeling betrekking

heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn, of indien het wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.(16)

a) Vergelijkbaarheid ten aanzien van het risico van economische dubbele belasting

28. Derhalve moet worden onderzocht of het verschil in behandeling van een in Oostenrijk gevestigde kapitaalvennootschap, naargelang zij binnenlandse dan wel portfoliodividenden uit EU-/EER-staten ontvangt, overeenstemt met situaties die gezien het doel dat met § 10, lid 1, KStG wordt nagestreefd, niet met elkaar vergelijkbaar zijn.(17)

29. § 10, lid 1, KStG wil een dubbele belasting van de winsten van vennootschappen vermijden doordat de dividenden op het niveau van de ontvangende vennootschap zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting.

30. Volgens vaste rechtspraak verkeren aandeelhouders die dividenden uit het buitenland ontvangen, en aandeelhouders die binnenlandse dividenden ontvangen, met betrekking tot een belastingregel die ertoe strekt de dubbele belasting van winstuitkeringen van ondernemingen te vermijden of te verminderen, in een vergelijkbare situatie. In beide gevallen kan de winst immers in beginsel opeenvolgende keren worden belast.(18)

31. Daaruit volgt dat in een situatie waarin bij binnenlandse dividenden economische dubbele belasting wordt vermeden, een dergelijke dubbele belasting ook bij gelijksoortige buitenlandse dividenden moet worden vermeden.

b) Vergelijkbaarheid ten aanzien van de toe te passen methode ter vermindering van economische dubbele belasting

32. De vraag rijst echter of binnenlandse en buitenlandse dividenden ook vergelijkbaar zijn ten aanzien van de methode volgens welke economische dubbele belasting moet worden vermeden.(19)

33. Wanneer een lidstaat besluit om binnenlandse dividenden vrij te stellen van vennootschapsbelasting – niet omdat hij in zijn algemeenheid wil afzien van het belasten van winstuitkeringen van ondernemingen, maar omdat hij op deze wijze de economische dubbele belasting ervan wil vermijden ? moet worden aangenomen dat het nagestreefde belastingniveau al is gewaarborgd door de heffing van vennootschapsbelasting bij de uitkerende vennootschap. Hoewel dit inherente verband in afzonderlijke gevallen geheel of gedeeltelijk kan ontbreken, namelijk als de uitkerende vennootschap op haar beurt van bepaalde belastingvoordelen profiteert, is voor het hier te verrichten onderzoek naar mijn mening niet de beoordeling van afzonderlijke gevallen doorslaggevend, maar de beoordeling van het stelsel als geheel.

34. In de zaak Manninen(20) was een dergelijk inherent verband tussen vrijstelling op aandeelhoudersniveau en belasting op vennootschapsniveau volledig aanwezig. Hoewel de economische dubbele belasting van binnenlandse dividenden in die zaak formeel niet door vrijstelling werd vermeden, maar door toekenning van een belastingkrediet dat werd berekend op basis van de aanslagvoet die in de vennootschapsbelasting wordt toegepast op de winsten van vennootschappen, kwam dit systeem evenwel neer op een vrijstelling van de dividenden, aangezien het belastingtarief voor inkomsten uit kapitalen even hoog was. De Finse wetgeving voorzag echter uitdrukkelijk in een aanvullende belasting voor het geval dat de door de uitkerende vennootschap betaalde belasting lager was dan het bedrag van het belastingkrediet ten behoeve van de aandeelhouder. Op die wijze was gegarandeerd dat het bij binnenlandse dividenden nagestreefde belastingniveau ook daadwerkelijk werd bereikt.

35. In de zaak *Test Claimants in the FII Group Litigation* werd het verband tussen de voor binnenlandse dividenden geldende vrijstelling en de belasting van de uitkerende vennootschap door het Hof slechts terloops behandeld. Verzoeksters in het hoofdgeding van die zaak hadden opgemerkt dat voor binnenlandse dividenden vrijstelling gold, ongeacht de belasting die de uitkerende vennootschap had betaald en de hoogte van de betaalde belasting. (21)

36. Het Hof droeg de verwijzende rechter derhalve op, na te gaan of het belastingtarief voor de uitkerende vennootschap en de ontvangende vennootschap wel degelijk hetzelfde is, en of de verschillende belastingniveaus slechts in bepaalde gevallen bestaan wegens een wijziging van de belastinggrondslag doordat bepaalde uitzonderlijke aftrekken zijn toegepast.(22) Daaruit concludeer ik dat het Hof niet wilde dat zijn bevindingen ten aanzien van de gelijkwaardigheid van vrijstellings- en verrekeningsmethode(23) al niet meer zouden gelden als het in afzonderlijke gevallen kon voorkomen dat binnenlandse dividenden waren vrijgesteld, hoewel de onderliggende winst eerder niet met de volledige vennootschapsbelasting was belast.(24)

37. In de onderhavige zaken wijst de verwijzende rechter erop dat de daadwerkelijke belastingdruk voor binnenlandse dividenden in Oostenrijk ten gevolge van de talrijke in KStG geregelde verlichtingen niet alleen in incidentele gevallen lager kan zijn dan het nominale belastingtarief. Als voorbeelden noemt de verwijzende rechter de mogelijkheid van voorwaartse verliesoverdracht en groepsbelasting.

38. Deze algemeen gangbare mogelijkheden om de belastingdruk te verminderen, waarbij verliezen uit het verleden bij de belastinggrondslag kunnen worden betrokken en winsten en verliezen van een concern op geconsolideerde basis kunnen worden belast, kunnen het nauwe verband tussen vrijstelling en belasting dat aan een vrijstellingsmethode ten grondslag ligt naar mijn opvatting echter niet opheffen. Hetzelfde geldt voor bij wijze van uitzondering toegekende persoonlijke en zakelijke vrijstellingen van vennootschapsbelasting. Pas als op grond van een beoordeling van het hele stelsel blijkt dat het verband tussen vrijstelling en eerder geheven belasting slechts schijnbaar bestaat of zelfs duidelijk ontbreekt, zou moeten worden geconcludeerd dat de methode in werkelijkheid niet is bedoeld voor het afschaffen van economische dubbele belasting.

39. De verwijzende rechter dient derhalve na te gaan of er, wanneer de regeling inzake de Oostenrijkse vennootschapsbelasting als geheel in aanmerking wordt genomen, een werkelijk verband bestaat tussen de vrijstelling van binnenlandse dividenden van vennootschapsbelasting en de situatie met betrekking tot de belasting van de uitkerende vennootschappen. Mocht dat niet het geval zijn, dan zou het a priori willekeurig zijn en daarmee ongeoorloofd om anders dan bij binnenlandse dividenden bij EU-/EER-dividenden een onvoorwaardelijke vrijstelling te weigeren.

40. Voor het verdere onderzoek ga ik ervan uit dat aan de vrijstellingsmethode die in Oostenrijk voor binnenlandse situaties geldt, een inherent verband tussen vrijstelling en eerder geheven belasting in de beschreven zin ten grondslag ligt.

41. Met betrekking tot dividenden uit het buitenland is het vanuit het perspectief van de belastingdienst vaak twijfelachtig of daarover eigenlijk wel vennootschapsbelasting is geheven, en zo ja, voor welk bedrag. Het is bijvoorbeeld zonder meer mogelijk dat de uitkerende vennootschap in het buitenland voor de onderliggende winst helemaal niet⁽²⁵⁾ dan wel aan een volledig andersoortige of lagere belasting wordt onderworpen. Zou desalniettemin op buitenlandse dividenden onvoorwaardelijk de vrijstellingsmethode worden toegepast, dan zou een enkelvoudige belasting niet zijn gewaarborgd. Als de vrijstellingsmethode zonder onderscheid zou worden toegepast, zou dat bovendien tot gevolg hebben dat buitenlandse dividenden niet alleen gelijk, maar mogelijkerwijs gunstiger worden behandeld dan binnenlandse dividenden.

42. Op deze plaats dient erop te worden gewezen dat de economische dubbele belasting van buitenlandse dividenden tot stand komt doordat twee staten hun heffingsbevoegdheid ten aanzien van de winsten van een onderneming parallel uitoefenen, waarbij de ene staat de uitkerende vennootschap en de andere staat de ontvangende vennootschap aan vennootschapsbelasting onderwerpt. Uit het vrije verkeer van kapitaal valt in dit opzicht geen rangorde tussen de heffingsbevoegdheid van verschillende lidstaten of ook derde landen af te leiden.

43. Slechts als een lidstaat besluit bij binnenlandse dividenden een economische dubbele belasting te vermijden of te verminderen, vloeit uit het vrije verkeer van kapitaal⁽²⁶⁾ de verplichting voort om buitenlandse dividenden op gelijkwaardige wijze te behandelen.⁽²⁷⁾ Bij het opstellen van een regeling ter vermijding of vermindering van economische dubbele belasting is het een lidstaat echter toegestaan ook buitenlandse dividenden in totaal ten minste op binnenlands niveau aan vennootschapsbelasting te onderwerpen.⁽²⁸⁾

44. Aangezien de onvoorwaardelijke vrijstellingsmethode bij buitenlandse dividenden niet geschikt is om deze belasting te waarborgen, zijn de hier onderzochte situaties met betrekking tot de toe te passen methode ter vermijding van economische dubbele belasting niet vergelijkbaar.

4. Evenredigheid

45. Ook al is er in dit opzicht geen sprake van vergelijkbaarheid, de beperkende maatregel in kwestie moet in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel. Hij moet geschikt zijn om het ermee nagestreefde doel te bereiken en mag niet verder gaan dan ter bereiking van dit doel nodig is.⁽²⁹⁾

a) Geschiktheid en noodzakelijkheid

46. De voorwaardelijke vrijstellingsmethode met een eventuele overschakeling op de verrekeningsmethode is geschikt om ervoor te zorgen dat het belastingvoordeel dat aan de vermijding of vermindering van economische dubbele belasting is verbonden, alleen dan kan worden opgeëist indien en voor zover de binnenlandse heffing van vennootschapsbelasting tot een dubbele belasting zou leiden.

47. Het is echter de vraag of de maatregel niet verder gaat dan voor dat doel nodig is. De Oostenrijkse regeling die hier aan de orde is, leidt bij buitenlandse EU-/EER-portfoliodividenden niet alleen tot extra administratieve lasten, maar vaak ook tot een belasting in het binnenland, aangezien volgens de verwijzende rechter niet of nauwelijks kan worden voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de vrijstellingsmethode of een succesvolle toepassing van de verrekeningsmethode.

48. Dat roept de vraag op wie uiteindelijk het risico voor zijn rekening moet nemen dat de benodigde informatie over de buitenlandse situatie met betrekking tot de belasting van de winst

die aan de dividenden ten grondslag ligt, niet kan worden ingewonnen.

49. Volgens de vaststellingen van de verwijzende rechter draagt in Oostenrijk, ondanks het beginsel van het ambtshalve onderzoek, uiteindelijk de belastingplichtige de bewijslast dat aan de voorwaarden voor een vrijstelling of toekenning van een voordeel is voldaan. Om met succes een beroep op de vrijstellingsmethode te kunnen doen, moet de belegger een vergelijkbare buitenlandse belasting, de hoogte van het buitenlandse belastingtarief en het ontbreken van persoonlijke of zakelijke vrijstellingen van de buitenlandse vennootschap kunnen aantonen. Als hij daar niet in slaagt en hij dientengevolge alleen aanspraak kan maken op de verrekeningsmethode, moet hij de voor de verrekening van de buitenlandse vennootschapsbelasting noodzakelijke gegevens verstrekken. Lukt hem dat ook niet, dan wordt over de buitenlandse EU-/EER-portfoliodividenden in Oostenrijk vennootschapsbelasting geheven.

50. Met een beroep op de rechtspraak van het Hof hebben de Oostenrijkse, de Duitse, de Italiaanse en de Nederlandse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie dienaangaande naar voren gebracht dat de belastingdienst voor het vaststellen van de belasting voldoende bewijzen moet kunnen verlangen. Vrijstelling of het aan de verrekening verbonden belastingvoordeel moet volgens hen kunnen worden geweigerd wanneer deze bewijzen niet worden geleverd.

51. Inderdaad heeft het Hof al geoordeeld dat niets de betrokken belastingautoriteiten belet om van de belastingplichtige zelf de bewijzen te verlangen die zij noodzakelijk achten om te beoordelen of is voldaan aan de voorwaarden voor een belastingvrijstelling of -voordeel, en in voorkomend geval de gevraagde vrijstelling of het gevraagde belastingvoordeel te weigeren wanneer deze bewijzen niet worden geleverd.(30)

52. Bovendien heeft het Hof vastgesteld dat de nationale belastingdiensten ingevolge richtlijn 77/799 betreffende de wederzijdse bijstand(31) weliswaar de mogelijkheid, doch niet de verplichting hebben om de bevoegde autoriteit van een andere lidstaat om inlichtingen te verzoeken. Elke lidstaat dient de specifieke gevallen te beoordelen waarin inlichtingen ontbreken over transacties die zijn verricht door op zijn grondgebied gevestigde belastingplichtigen, en te beslissen of deze gevallen aanleiding zijn om bij een andere lidstaat een verzoek om inlichtingen in te dienen.(32)

53. Het kan niet worden uitgesloten, zoals de Commissie heeft opgemerkt(33), dat een nationale belastingdienst onder bijzondere omstandigheden de verplichting kan hebben de noodzakelijke informatie zelf in te winnen, namelijk wanneer de belastingdienst daartoe in tegenstelling tot de belastingplichtige zonder veel extra inspanning toegang heeft. Deze verplichting zou zich ook kunnen uitstrekken tot het gebruik van instrumenten voor wederzijdse bijstand en met name voor richtlijn 77/799 betreffende wederzijdse bijstand(34). Zoals de Commissie echter zelf naar voren heeft gebracht, zijn er in de zaak Haribo geen aanknopingspunten voor de veronderstelling dat hier sprake zou kunnen zijn van een dergelijke bijzondere situatie. Het is uiteindelijk aan de verwijzende rechter om dit te onderzoeken.

54. Tegenover de bewijsplicht van de belastingplichtige zou kritisch moeten worden gestaan indien de reden waarom een belegger deze verplichting niet kan nakomen erin is gelegen dat bewijsstukken volgens binnenlands model worden gevraagd die zich niet lenen voor buitenlandse situaties, terwijl ze niet absoluut noodzakelijk zijn. In zijn antwoord op het verzoek om verduidelijking verklaart de verwijzende rechter echter dat het de belastingplichtige vrijstaat te kiezen in welke vorm hij de bewijsstukken voorlegt.

55. In de onderhavige zaken is het probleem veeleer van zuiver feitelijke aard. Zo stelt Haribo dat bij een portfoliodeelneming in een buitenlandse vennootschap via een binnenlands

investeringsfonds niet eens kan worden achterhaald van welke vennootschap de dividenden afkomstig zijn.

56. Naar mijn opvatting wordt de toepassing van een slechts voorwaardelijk geldende vrijstellingsmethode met eventuele overschakeling op de verrekeningsmethode, zoals de Oostenrijkse wetgeving die kent voor portfoliodividenden uit EU-/EER-staten, door deze bewijsproblemen alleen nog niet onevenredig.

57. Met een dergelijke regeling wordt niets gevraagd wat werkelijk onmogelijk is. De noodzakelijke informatie is feitelijk ergens aanwezig, namelijk bij die vennootschappen die de dividenden hebben uitgekeerd, en eventueel ook bij de binnenlandse investeringsfondsen via welke men de aandelen bezit die recht geven op de dividenden. Indien deze informatie alleen met grote inspanningen en tegen hoge kosten kan worden verkregen, moet de belegger zich afvragen wat voor hem voordeliger is: aantonen dat er in het buitenland reeds belasting is geheven of afzien van vrijstelling respectievelijk verrekening.

58. Zelfs wanneer het uiteindelijk niet zou lukken een dergelijk bewijs te leveren omdat de aandeelhouder wellicht de jure noch de facto in staat is deze informatie te verkrijgen, dient dat toch de aandeelhouder te worden aangerekend.⁽³⁵⁾ Het is zowel in het belang van de buitenlandse vennootschappen als in het belang van het binnenlandse investeringsfonds om de portfoliobelegging zo aantrekkelijk mogelijk te maken. Daarbij hoort ook dat aan de aandeelhouder informatie beschikbaar wordt gesteld waardoor hij in de staat waar hij is gevestigd, kan profiteren van de mogelijkheid economische dubbele belasting te vermijden of te verminderen.⁽³⁶⁾ De ontbrekende informatiestroom aan de kant van de belegger is niet een probleem dat de betrokken lidstaat zou moeten ondervangen.

59. Door deze verdeling van het risico (objectieve bewijslast) gaat een lidstaat niet verder dan nodig is wanneer hij voor portfoliodividenden uit EU-/EER-staten vasthoudt aan de toepassing van de verrekeningsmethode, eventueel voorafgegaan door een voorwaardelijke vrijstellingsmethode, zelfs indien dit uiteindelijk niet leidt tot vermindering van economische dubbele belasting, omdat de belastingplichtige er niet in slaagt het bewijs te leveren van de eerder geheven buitenlandse belasting.

60. Bij toepassing van de verrekeningsmethode op dergelijke portfoliodividenden zou het echter verder gaan dan nodig is, als met de oneffenheden van de binnenlandse regeling voor de vennootschapsbelasting niet zo veel mogelijk rekening zou worden gehouden, maar de verrekening onveranderlijk aan de hand van een standaardbelastingtarief zou plaatsvinden.

61. Zoals immers hierboven is uiteengezet⁽³⁷⁾, garandeert ook de voor binnenlandse dividenden geldende vrijstellingsregeling niet dat dividenden in ieder afzonderlijk geval uitsluitend precies ten belope van de eerder geheven vennootschapsbelasting worden vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Ook in het kader van de verrekeningsmethode moet het daarom mogelijk zijn bepaalde belastingvoordelen die de uitkerende vennootschap geniet, aan de aandeelhouder door te geven. Als de in het buitenland gevestigde vennootschap daar bijvoorbeeld voor onderzoeksactiviteiten profiteert van een gereduceerd tarief voor de vennootschapsbelasting en als een vergelijkbare binnenlandse vennootschap in het binnenland eveneens een dergelijk voordeel geniet, moet dit voordeel bij de verrekening ook voor de ontvanger van de buitenlandse dividenden worden behouden.

b) Voorlopige conclusie

62. Alles bij elkaar genomen kan dus worden geconcludeerd dat de vrijstellings- en verrekeningsmethode weliswaar niet als werkelijk gelijkwaardig kunnen worden aangemerkt, maar

dat het binnen de genoemde grenzen naar het recht van de Unie is toegestaan op binnenlandse portfoliodividenden de vrijstellingsmethode en op dividenden uit andere EU-/EER-staten de verrekeningsmethode toe te passen. Hetzelfde geldt wanneer in plaats van de verrekeningsmethode eerst een voorwaardelijke vrijstellingsmethode van toepassing is.

c) Het op coherente wijze nastreven van de doelstelling

63. In zijn recente rechtspraak heeft het Hof in het kader van de evenredigheidsstoets herhaaldelijk geëist dat de nationale wetgeving die tot een beperking van een fundamentele vrijheid leidt, de verwezenlijking van de door haar beoogde doelstelling op coherente en systematische wijze moet nastreven.⁽³⁸⁾ Doet ze dat niet, dan acht het Hof de wetgeving niet geschikt om de aangevoerde doelstelling te verwezenlijken of aan de verwezenlijking ervan ook maar bij te dragen.

64. Naar mijn opvatting gaat het bij dit criterium niet zo zeer om het punt van de geschiktheid als wel om het punt van de evenredigheid in engere zin. Vaak is het zo dat een maatregel wel degelijk bijdraagt aan de verwezenlijking van een doel, maar niet als enige dat doel kan realiseren. Daarmee is niet gezegd dat die maatregel niet geschikt is. De vraag is of uit het verdere regelgevingskader volgt dat de aangevoerde doelstelling niet op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd en derhalve minder gerechtvaardigd is.

65. Indien men deze rechtspraak in het kader van het onderhavige onderzoek zou willen toepassen, zou men kunnen betwijfelen of het doel dat met de voorwaardelijke vrijstellingsmethode respectievelijk de verrekeningsmethode wordt beoogd, namelijk om bij buitenlandse dividenden de enkelvoudige belasting op binnenlands niveau te waarborgen, coherent en systematisch wordt nagestreefd.

66. Dividenden uit internationale gekwalificeerde deelnemingen vallen volgens het KStG immers aanmerkelijk sneller onder een vrijstelling dan EU-/EER-portfoliodividenden. Volgens § 10, lid 1, punt 7, KStG zijn ze in principe vrijgesteld van vennootschapsbelasting, zonder dat dit verbonden is aan de voorwaarden die voor portfoliodeelnemingen gelden. Volgens § 10, leden 4 en 6, KStG is weliswaar ook voor dividenden uit internationale gekwalificeerde deelnemingen in een overschakeling op de verrekeningsmethode voorzien, maar alleen binnen aanmerkelijk engere grenzen, namelijk alleen wanneer de bondsminister van Financiën dit ter verhindering van belastingontwijking of misbruik bij verordening voorschrijft. Dat kan met name geschieden in die gevallen waarin de buitenlandse vennootschap waarin de gekwalificeerde deelneming wordt gehouden, geen operationele activiteiten uitoefent en haar inkomen niet onderworpen is aan een buitenlandse belasting die vergelijkbaar is met de Oostenrijkse vennootschapsbelasting.

67. Een zo uitvoerige coherentietoets zou de beoordelingsvrijheid van de nationale wetgever ten aanzien van de vraag welke inkomsten hij in welke omvang wil belasten, echter veel te veel inperken.

68. Zoals de Oostenrijkse regering bij navraag tijdens de mondelinge behandeling heeft uiteengezet, dient de bevoorrechte behandeling van internationale gekwalificeerde deelnemingen ertoe de actieve economische rol van Oostenrijkse ondernemingen in het buitenland te bevorderen. Het doel van de enkelvoudige belasting wordt hier dus niet op dezelfde wijze als bij EU-/EER-portfoliodividenden nagestreefd. Dat hoeft echter ook niet. Vanwege het enkele feit dat de wetgever bij internationale gekwalificeerde deelnemingen een ander fiscaal beleid beoogt dan bij EU-/EER-portfoliodividenden, wordt de voor deze laatste geldende voorwaardelijke vrijstellingsmethode met een eventuele overschakeling op de verrekeningsmethode nog niet onevenredig. Dat geldt ook voor het geval dat bewijsproblemen met betrekking tot de buitenlandse belastingssituatie in de praktijk regelmatig leiden tot een economische dubbele belasting van EU-

/EER-portfoliodividenden.

69. Deze conclusie vindt steun in de moeder-dochterrichtlijn(39) waardoor de Oostenrijkse wetgever zich heeft laten leiden toen hij de participatiedrempel op 10 % en eerder op 25 % stelde. De richtlijn heeft voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten een gemeenschappelijke fiscale regeling ingevoerd om hergroeperingen van vennootschappen op communautair niveau te vergemakkelijken. Daartoe bepaalt de richtlijn dat voor dividenden die een moedermaatschappij van haar dochteronderneming ontvangt hetzij belastingvrijstelling wordt verleend hetzij verrekening van de buitenlandse belasting plaatsvindt. Dit onderstreept dat het legitiem kan zijn gekwalificeerde deelnemingen fiscaal anders te behandelen dan portfoliodeelnemingen.

5. Conclusie

70. Op de tweede prejudiciële vraag in de zaak Haribo moet derhalve worden geantwoord dat het niet in strijd is met artikel 56, lid 1, EG wanneer binnenlandse vennootschappen over portfoliodividenden uit andere EU-/EER-staten regelmatig vennootschapsbelasting moeten betalen omdat zij er niet of nauwelijks in slagen de gegevens over de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting te verstrekken die nodig zijn om voor vrijstelling of in elk geval voor een verrekening in aanmerking te komen, terwijl binnenlandse portfoliodividenden altijd zijn vrijgesteld.

B – *De eerste prejudiciële vraag in de zaak Haribo*

71. Met de eerste vraag in de zaak Haribo wenst de verwijzende rechter te vernemen of het in strijd is met artikel 56, lid 1, EG, wanneer portfoliodividenden uit een EER-staat die niet tot de Europese Unie behoort, alleen zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting op voorwaarde dat een verdrag inzake wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand is gesloten, hoewel dit voor dividenden uit internationale gekwalificeerde deelnemingen niet wordt gevraagd.

1. De ontvankelijkheid van de vraag

72. De Oostenrijkse regering acht de eerste prejudiciële vraag niet-ontvankelijk omdat het volgens haar duidelijk is dat de vraag voor de beslechting van het hoofdgeding irrelevant is. In de uiteenzetting van de feiten heeft de verwijzende rechter zich er namelijk niet over uitgesproken of ook dividenden uit Noorwegen, IJsland of Liechtenstein ter discussie staan. De uiteenzetting spreekt alleen van aandelen in kapitaalvennootschappen die gevestigd zijn in de Europese Unie en in derde landen.

73. Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van het recht van de Unie, is het Hof volgens vaste rechtspraak in beginsel verplicht daarop te antwoorden. Bij wijze van uitzondering kan het Hof beantwoording echter onder meer weigeren wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is.(40)

74. Het verzoek om een prejudiciële beslissing in de zaak Haribo spreekt in het kader van de uiteenzetting van de feiten inderdaad alleen van „dividenden uit de EU en derde landen”. Aan de dossierstukken die als bijlage bij het verzoek zijn gevoegd, kunnen ten aanzien van dit punt geen verdere bijzonderheden worden ontleend.

75. De Oostenrijkse regering geeft een enge uitlegging aan de formulering „derde landen” door daaronder alle landen buiten de lidstaten van de Europese Unie en de staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst te verstaan. Deze enge opvatting vindt steun in de hier te onderzoeken Oostenrijkse regeling, die een onderscheid maakt tussen dividenden uit EU-, EER- en derde

landen. De geherformuleerde prejudiciële vragen en de toelichting daarop door de verwijzende rechter weerspiegelen dit onderscheid duidelijk.

76. De feiten waaraan de Oostenrijkse regering refereert, worden evenwel in het oorspronkelijke verzoek om een prejudiciële beslissing uiteengezet. Destijds bestond er geen aanleiding een onderscheid te maken tussen de EER-staten Noorwegen, IJsland en Liechtenstein enerzijds en andere landen die niet tot de Europese Unie behoren anderzijds. De vorige versie van het KStG maakte voor portfoliodeelnemingen namelijk alleen een onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse deelnemingen. Aangezien het Verwaltungsgerichtshof in zijn beslissing van 17 april 2008 en het bondsministerie van Financiën in zijn daarover uitgebrachte mededeling(41) ? in verschillende mate ? daarnaast een onderscheid maakten tussen deelnemingen uit EU-lidstaten en deelnemingen uit derde landen, was er voor de verwijzende rechter alleen aanleiding dit onderscheid in zijn oorspronkelijke verwijzingsbeschikking op te nemen.

77. De formulering „derde landen” in het oorspronkelijke verzoek om een prejudiciële beslissing kan derhalve zonder meer in die zin worden opgevat dat daarmee alle landen zijn bedoeld die niet tot de Europese Unie behoren, dus ook de EER-staten Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.

78. Dientengevolge is de eerste prejudiciële vraag niet duidelijk van hypothetische aard en derhalve ontvankelijk.

2. Beantwoording van de vraag

a) Beperking

79. De maatregelen die ingevolge artikel 56, lid 1, EG verboden zijn op grond dat zij het kapitaalverkeer beperken, omvatten mede de maatregelen die niet-ingezetenen ervan doen afzien, in een lidstaat investeringen te doen, of ingezetenen van bedoelde lidstaat ontmoedigen in andere staten investeringen te doen.(42)

80. Vooraf dient duidelijk te worden gemaakt dat, in weerwil van de formulering van de prejudiciële vraag, voor de beoordeling of er sprake is van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal, EER-portfoliodividenden(43) niet moeten worden vergeleken met dividenden uit internationale gekwalificeerde deelnemingen, maar – zoals ook de Oostenrijkse, de Duitse en de Nederlandse regering alsmede de Commissie hebben opgemerkt – met binnenlandse portfoliodividenden. Beleggers die op zoek zijn naar mogelijkheden voor portfoliodeelnemingen, laten zich van een dergelijke investering in het buitenland niet weerhouden doordat buitenlandse gekwalificeerde deelnemingen in het binnenland fiscaal gunstiger worden behandeld, maar doordat een binnenlandse portfoliodeelneming fiscaal voordeliger wordt behandeld. Zoals zal worden aangetoond, speelt de fiscale behandeling van de internationale gekwalificeerde deelnemingen evenwel een rol in het kader van de rechtvaardiging, namelijk bij de evenredigheidstoets.

81. Volgens § 10, lid 1, punt 6, KStG worden EER-portfoliodividenden alleen vrijgesteld van vennootschapsbelasting wanneer met de desbetreffende EER-staat een omstandig verdrag inzake wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand is afgesloten. Binnenlandse portfoliodividenden zijn daarentegen altijd vrijgesteld van belasting.

82. Een dergelijke regeling leidt ertoe dat in Oostenrijk gevestigde vennootschappen worden ontmoedigd hun kapitaal in de vorm van portfoliodeelnemingen te beleggen in vennootschappen die in de EER-staten zijn gevestigd. Dat geldt in ieder geval wanneer een verdrag inzake wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand met de desbetreffende staat ontbreekt, wat

volgens Haribo met betrekking tot IJsland en Liechtenstein het geval is. Aangezien de dividenden uit deze deelnemingen fiscaal minder gunstig worden behandeld dan die welke door een binnenlandse vennootschap worden uitgekeerd, zijn ze voor vennootschappen die in Oostenrijk zijn gevestigd minder aantrekkelijk dan binnenlandse portfoliodeelnemingen.(44)

83. Een regeling als § 10, lid 1, punt 6, KStG leidt derhalve tot een beperking van het kapitaalverkeer tussen lidstaten en EER-staten, die in beginsel door artikel 56, lid 1, EG is verboden.

b) Rechtvaardiging

84. Volgens de rechtspraak inzake artikel 58, lid 1, sub a, en lid 3, EG kan een nationale belastingregeling als die welke hier aan de orde is, echter onder meer verenigbaar met de verdragsbepalingen betreffende het vrije kapitaalverkeer worden geacht, indien het verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn. (45)

85. Bij de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag(46) werd reeds vastgesteld dat binnenlandse en buitenlandse dividenden met betrekking tot de methode volgens welke de economische dubbele belasting moet worden vermeden, in de regel niet vergelijkbaar zijn. Daarom is het in beginsel gerechtvaardigd op buitenlandse dividenden de verrekeningsmethode toe te passen dan wel de toepassing van de vrijstellingsmethode te laten afhangen van bewijzen ten aanzien van de eerder geheven buitenlandse belasting.

86. Naar het oordeel van de Oostenrijkse regering is in het geval van EER-portfoliodividenden een omvattend verdrag inzake wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand nodig, omdat de toetsing van de vraag of overeenkomstig § 10, lid 5, KStG in plaats van de vrijstellingsmethode de verrekeningsmethode moet worden toegepast, vereist dat informatie-uitwisseling plaatsvindt met de belastingdienst van de staat waar de uitkerende vennootschap is gevestigd. Volgens Oostenrijk is bijvoorbeeld informatie nodig inzake de vraag of de uitkerende vennootschap volledig persoonlijk of zakelijk is vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Alleen door middel van een procedure voor wederzijdse bijstand kan volgens Oostenrijk worden achterhaald of de buitenlandse vennootschap bijvoorbeeld als scheepvaartmaatschappij of als venture-capitalmaatschappij in het land van vestiging is vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Ook is het volgens Oostenrijk denkbaar dat een EER-vennootschap op oneigenlijke wijze tussen een vennootschap uit een derde land en een Oostenrijkse vennootschap wordt geschoven om de uitkeringen van de Oostenrijkse moedermaatschappij aan de vennootschapsbelasting te onttrekken. Zonder wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand ontbreekt volgens Oostenrijk de nodige informatie op grond waarvan bij misbruik vrijstelling kan worden geweigerd.

87. Het vereiste van een omvattend verdrag inzake wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand is derhalve bedoeld als waarborg voor de juiste toepassing van het mechanisme met behulp waarvan bij EER-portfoliodividenden de economische dubbele belasting moet worden vermeden. Aangezien binnenlandse en EER-portfoliodividenden zich met betrekking tot de methode ter vermijding van de economische dubbele belasting niet in dezelfde situatie bevinden, geldt dit ook voor de middelen die de juiste toepassing van de desbetreffende methode moeten waarborgen.

c) Evenredigheid

88. Ook al is er dus geen sprake van vergelijkbaarheid, de beperkende maatregel in kwestie moet wel in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel. Hij moet geschikt zijn om het ermee nagestreefde doel te bereiken en mag niet verder gaan dan ter bereiking van dit doel nodig is.(47) Daarbij moet opnieuw worden overwogen of het criterium van het op coherente en

systematische wijze nastreven van de doelstelling relevant kan zijn.(48)

89. Ten aanzien van het vereiste van wederzijdse gerechtelijke bijstand dient met Haribo en de Commissie te worden vastgesteld dat dit vereiste niet geschikt is om het beoogde doel te verwezenlijken. Het gaat hier namelijk niet om het innen van een fiscale vordering in het buitenland, maar alleen om de juiste vaststelling van de belastingschuld van een binnenlandse vennootschap.

90. Het door de Oostenrijkse regering tijdens de mondelinge behandeling aangevoerde argument dat gerechtelijke bijstand nodig is in geval van vertrek van de belastingplichtige, is niet overtuigend. Vertrek van de belastingplichtige is als hypothese te vergezocht om te kunnen rechtvaardigen dat de vermijding van economische dubbele belasting van EER-portfoliodividenden te allen tijde afhankelijk is van het bestaan van een verdrag inzake wederzijdse gerechtelijke bijstand.

91. In zoverre een nationale regeling zoals § 10, lid 1, punt 6, KStG naast wederzijdse administratieve bijstand ook wederzijdse gerechtelijke bijstand als voorwaarde stelt opdat de EER-portfoliodividenden zelfs maar voor voorwaardelijke belastingvrijstelling in aanmerking komen, is zij wegens ongeschiktheid om het met de beperkende maatregel beoogde doel te verwezenlijken, niet verenigbaar met artikel 56, lid 1, EG.

92. Het vereiste van wederzijdse administratieve bijstand zou daarentegen in beginsel gerechtvaardigd kunnen zijn.

93. Zo heeft het Hof met betrekking tot andere derde landen dan de EER-staten in het arrest A(49) het volgende vastgesteld: het is met het vrije verkeer van kapitaal verenigbaar dat een lidstaat de vrijstelling van belasting over buitenlandse dividenden verbindt aan de voorwaarde dat met het desbetreffende derde land een belastingverdrag is gesloten, wanneer voor deze vrijstelling voorwaarden gelden waarvan de naleving door de bevoegde autoriteiten van deze lidstaat enkel kan worden gecontroleerd middels het verkrijgen van inlichtingen van de staat van vestiging van de uitkerende vennootschap.

94. De Zweedse regeling die in die zaak moest worden onderzocht, noopte het Hof er niet toe apart in te gaan op dividenden uit EER-staten die niet tot de Europese Unie behoren. Uit het arrest Commissie/Italië(50) volgt echter dat de in het voorgaande punt aangehaalde vaststelling ook voor deze EER-staten geldt. Bovendien kan uit dit arrest worden afgeleid dat het vereiste van wederzijdse administratieve bijstand niet alleen gerechtvaardigd is in uitzonderingsgevallen, maar dat er een algemene behoefte aan verificatie kan bestaan.

95. Op grond daarvan heeft advocaat-generaal Jääskinen in zijn conclusie in de zaak Établissements Rimbaud(51) de zienswijze verdedigd dat anders dan bij lidstaten onderling de mechanismen voor samenwerking tussen de belastingautoriteiten van lidstaten en EER-staten, vanwege het verschillende juridische kader, niet kunnen worden vervangen door de situatie waarin de belastingplichtige zelf de bewijsstukken levert. Ik deel die mening. Om betrouwbaar te zijn, moeten de door de belastingplichtige verstrekte inlichtingen ook gecontroleerd kunnen worden.

96. Het Hof heeft nu in het arrest Établissements Rimbaud(52) bevestigd, dat het in de verhouding tot een EER-staat in beginsel gerechtvaardigd is de toekenning van een belastingvoordeel te laten afhangen van het bestaan van een verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand, op grond waarvan een doeltreffende controle van de door de belastingplichtige verstrekte gegevens kan worden verricht.

97. De belastingvrijstelling voor EER-dividenden mag dus in beginsel worden verbonden aan

de voorwaarde dat er met de staat waar de uitkerende vennootschap is gevestigd een verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand is gesloten.

98. Anders dan in het kader van de tweede prejudiciële vraag(53) acht ik het op deze plaats echter geoorloofd en geboden om in het kader van de evenredigheid ook de coherentie van de nationale regeling te onderzoeken. Bij het vereiste van wederzijdse administratieve bijstand gaat het namelijk niet om de beoordelingsvrijheid van de nationale wetgever ten aanzien van de vraag welke inkomsten hij in welke omvang wil belasten, maar alleen om een maatregel die de doeltreffendheid van de fiscale controles moet waarborgen. Hier kan wel degelijk de vraag worden gesteld hoe serieus de bedoeling van de wetgever daarbij is.

99. Ten aanzien van dit punt moet worden vastgesteld dat het vereiste van wederzijdse administratieve bijstand alleen voor EER-portfoliodividenden geldt, maar niet voor dividenden uit internationale gekwalificeerde deelnemingen, waaronder dus ook gekwalificeerde deelnemingen uit EER-staten. Deze zijn ingevolge § 10, lid 1, punt 7, KStG vrijgesteld van belasting, mits het niet gaat om een gekwalificeerde deelneming in een vennootschap uit de EER die geen operationele activiteiten uitoefent en in het buitenland aan een lagere belasting is onderworpen. Op deze laatste categorie is ingevolge § 10, leden 4 en 6, KStG de verrekeningsmethode van toepassing. Noch voor vrijstelling noch voor verrekening wordt echter wederzijdse administratieve bijstand als voorwaarde gesteld.

100. Nu is het mogelijk dat, zoals de Duitse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk opmerken, de houder van een gekwalificeerde deelneming door zijn grotere invloed op het lot van de buitenlandse vennootschap beter in staat is alle noodzakelijke bewijzen te leveren. Dat zou zeker kunnen gelden wanneer het, zoals de verwijzende rechter uiteenzet, bij deelnemingen via investeringsfondsen voor de houder van een portfoliodeelneming haast onmogelijk is de desbetreffende bewijzen te leveren.

101. Het is echter niet duidelijk waarom er met betrekking tot het risico dat onjuiste gegevens worden verstrekt, onderscheid moet worden gemaakt op basis van de omvang van de deelneming.(54) Er dient veeleer op te worden gewezen dat een algemeen vermoeden dat buitenlandse portfoliodeelnemingen alleen worden gekocht of gehouden om belasting te ontduiken, naar het recht van de Unie niet is toegestaan. De bestrijding van belastingfraude kan namelijk slechts als rechtvaardigingsgrond worden aanvaard indien zij gericht is tegen zuiver kunstmatige constructies die tot doel hebben de belastingwet te ontduiken.(55)

102. Aangezien het doel van doeltreffende fiscale controles dat met het vereiste van wederzijdse administratieve bijstand wordt beoogd, niet op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd, is het onevenredig.

d) Conclusie

103. Op de eerste prejudiciële vraag in de zaak Haribo moet derhalve worden geantwoord dat het in strijd is met artikel 56, lid 1, EG, wanneer portfoliodividenden uit een EER-staat die niet tot de Europese Unie behoort, alleen zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting op voorwaarde dat een verdrag inzake wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand bestaat, hoewel dit voor dividenden uit internationale gekwalificeerde deelnemingen niet wordt gevraagd.

C – De derde vraag in de zaak Haribo

104. Met de derde vraag in de zaak Haribo wenst de verwijzende rechter te vernemen of het in strijd is met artikel 56, lid 1, EG, wanneer voor dividenden uit participaties in derde landen noch in een vrijstelling van de vennootschapbelasting, noch in een verrekening van de in het buitenland

betaalde vennootschapsbelasting wordt voorzien wanneer het gaat om portfoliodeelnemingen, terwijl binnenlandse portfoliodividenden van belasting zijn vrijgesteld.

1. Beperking

105. De maatregelen die ingevolge artikel 56, lid 1, EG verboden zijn op grond dat zij het kapitaalverkeer beperken, omvatten mede de maatregelen die niet-ingezetenen ervan doen afzien, in een lidstaat investeringen te doen, of ingezetenen van bedoelde lidstaat ontmoedigen in andere staten investeringen te doen.(56) Het Hof heeft uitdrukkelijk geweigerd het begrip beperking van het kapitaalverkeer in de betrekkingen tussen lidstaten en derde landen anders uit te leggen dan in de betrekkingen tussen lidstaten onderling.(57)

106. Het onderzoek in het kader van de tweede prejudiciële vraag leidde tot de conclusie dat het gerechtvaardigd is de vrijstellingsmethode toe te passen bij binnenlandse dividenden en bij buitenlandse dividenden alleen de in het buitenland betaalde vennootschapsbelasting te verrekenen(58). Het onderzoek van de vraag of er sprake is van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal, moet zich derhalve concentreren op het feit dat bij portfoliodividenden uit derde landen geen mogelijkheid tot verrekening wordt geboden.

107. Aangezien ingevolge de Oostenrijkse wetgeving portfoliodividenden uit derde landen in het binnenland altijd volledig worden belast, ondanks het feit dat over de onderliggende ondernemingswinst in het buitenland reeds belasting is geheven, is het voor een binnenlandse belegger ongetwijfeld minder aantrekkelijk in plaats van een binnenlandse, een vergelijkbare buitenlandse portfoliodeelneming te kopen of te bezitten. Derhalve is sprake van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal die in beginsel door artikel 56, lid 1, EG is verboden.

2. Rechtvaardiging

108. Onderzocht moet daarom worden of deze beperking van het vrije verkeer van kapitaal ingevolge de bepalingen van de artikelen 57 tot en met 60 EG niettemin is toegestaan of uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd is.

a) Bijzonderheden in samenhang met derde landen

109. De Oostenrijkse, de Duitse, de Italiaanse, de Nederlandse en de Finse regering zijn onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof(59) van oordeel dat tegenover derde landen wellicht andere maatstaven kunnen worden aangelegd dan tegenover lidstaten.

110. Het Hof heeft inderdaad erkend dat de liberalisatie van het kapitaalverkeer met derde landen stellig andere doelen kan nastreven dan binnen de Europese Unie, 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.(60) Bovendien heeft het Hof vastgesteld dat het kapitaalverkeer met derde landen in een andere juridische context valt.(61)

111. Hoewel het Hof, gezien de duidelijke formulering van artikel 56, lid 1, EG en de systematiek van de artikelen 56 tot en met 60 EG, geen rekening heeft gehouden met deze verschillen bij de vraag of er sprake is van een in beginsel door artikel 56, lid 1, EG verboden beperking, heeft het Hof die verschillen wel van belang geacht voor de beoordeling van de vraag of een beperkende maatregel ingevolge de artikelen 57 tot en met 60 EG dan wel uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang is toegestaan. De omvang van de bevoegdheid van de lidstaten om bepaalde beperkende maatregelen toe te passen met betrekking tot het kapitaalverkeer naar en uit derde landen, kan niet worden bepaald zonder rekening te houden met de omstandigheid dat

dit kapitaalverkeer plaatsvindt in een andere juridische context dan het kapitaalverkeer binnen de gemeenschap.(62)

112. Het Hof heeft derhalve het volgende vastgesteld: 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, 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.(63)

113. Bovendien heeft het Hof niet uitgesloten dat een lidstaat in staat zou zijn aan te tonen dat een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen om een bepaalde reden gerechtvaardigd is, in omstandigheden waarin die reden geen geldige rechtvaardiging zou opleveren voor een beperking van het kapitaalverkeer tussen lidstaten.(64)

114. Uit de formuleringen „niet altijd vergelijkbaar” en „kan niet worden uitgesloten” blijkt echter dat het Hof de lidstaten geen vrijbrief heeft gegeven voor beperkingen van het kapitaalverkeer naar en uit derde landen. Het zou ook niet bepaald consequent zijn om aan het beperkingsverbod van artikel 56, lid 1, EG voor het kapitaalverkeer met derde landen eerst dezelfde draagwijdte toe te kennen als voor het kapitaalverkeer binnen de Unie en dat verbod vervolgens met betrekking tot de rechtvaardiging van zijn betekenis te ontdoen. Daarbij dient er in het bijzonder op te worden gewezen dat de lidstaten al rekening hebben gehouden met de bijzonderheden van het kapitaalverkeer met derde landen door in de artikelen 57, 59 en 60 EG vrijwaringsclausules en uitzonderingen op te nemen die specifiek van toepassing zijn op het kapitaalverkeer naar of uit derde landen.(65)

115. Tegen deze achtergrond dienen thans de afzonderlijke rechtvaardigheidsgronden te worden onderzocht die de verschillende regeringen in de onderhavige procedure hebben aangevoerd.

b) Afzonderlijke rechtvaardigingsgronden

i) Verdeling van de heffingsbevoegdheid

116. De Oostenrijkse en de Finse regering stellen dat de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en derde landen te waarborgen, een dwingende reden van algemeen belang kan zijn die het rechtvaardigt dividenden uit derde landen fiscaal anders te behandelen dan binnenlandse dividenden.

117. Daarbij moet worden opgemerkt dat het Hof ten aanzien van de betrekkingen tussen de lidstaten de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te waarborgen, heeft erkend als dwingende reden van algemeen belang, in eerste instantie weliswaar alleen in samenhang met andere rechtvaardigingsgronden, maar uiteindelijk ook op zichzelf gezien.(66) Het belang dat in de rechtspraak tot nu toe aan deze rechtvaardigingsgrond is toegekend, is echter geringer dan men op grond van zijn omschrijving zou kunnen vermoeden.

118. Zo kan de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te waarborgen met name een rechtvaardigingsgrond zijn voor een beperking wanneer de beperkende maatregel ertoe strekt gedragingen te vermijden die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden.⁽⁶⁷⁾ Het Hof heeft de lidstaten op deze wijze in wezen het recht toegekend een belastingplichtige te beletten winsten of verliezen, ongeacht de plaats waar ze werden behaald, vrij van de ene lidstaat naar de andere lidstaat over te hevelen en daarmee de verdeling van de heffingsbevoegdheid te omzeilen.

119. Allereerst zij opgemerkt dat deze rechtvaardigingsgrond in zijn tot nu toe erkende reikwijdte niet zou kunnen rechtvaardigen dat bij portfoliodividenden uit derde landen geen mogelijkheid tot verrekening wordt geboden.

120. In de eerste plaats gaat het hier namelijk niet om de heffingsbevoegdheid voor economische activiteiten die in het binnenland worden uitgeoefend, maar om de belasting van buitenlandse inkomsten. In de tweede plaats zou aan de heffingsbevoegdheid van Oostenrijk als zodanig geen afbreuk worden gedaan wanneer Oostenrijk het bij portfoliodividenden uit derde landen zou toestaan om de vennootschapsbelasting te verrekenen die in het derde land is geheven over de daarvoor gebruikte winsten. Indien en voor zover de eerder geheven buitenlandse belasting niet het niveau van de vennootschapsbelasting over binnenlandse dividenden bereikt, moet volgens de verrekeningsmethode de binnenlandse vennootschapsbelasting nog steeds worden betaald.

121. Het is echter de vraag of bij de betrekkingen met derde landen aan deze rechtvaardigingsgrond een verstrekkender betekenis moet worden toegekend. Vanwege de verscheidenheid aan mogelijke situaties is deze vraag echter nauwelijks in zijn algemeenheid te beantwoorden.

122. In de onderhavige context, waarin het erom gaat of het vrije verkeer van kapitaal vereist dat bij portfoliodividenden uit derde landen in ieder geval de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting moet kunnen worden verrekend, zou een ruimer gebruik daarvan uiteindelijk de vraag oproepen of de vermindering van belastinginkomsten kan rechtvaardigen dat verrekening wordt geweigerd. Voor zover er vanuit het oogpunt van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid ook een beroep wordt gedaan op het wederkerigheidsvereiste, komt dat bij de beoordeling van die rechtvaardigingsgrond aan de orde.

123. Ongetwijfeld kan de verrekening van de in een derde land verschuldigde vennootschapsbelasting ertoe leiden dat de binnenlandse belastinginkomsten verminderen.

124. Volgens vaste rechtspraak kan een derving van belastinginkomsten alleen 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.⁽⁶⁸⁾ Het Hof heeft zich tot dusver niet uitgesproken over de vraag of dit ook met betrekking tot derde landen geldt⁽⁶⁹⁾.

125. Ook al lijkt het gerechtvaardigd vraagtekens te plaatsen bij doel en strekking van een door de Europese Unie eenzijdig gegarandeerd vrij verkeer van kapitaal naar en uit derde landen, feit blijft dat de lidstaten zich daarvoor in artikel 56, lid 1, EG ondubbelzinnig hebben uitgesproken. Het zou nauwelijks te rijmen zijn met deze duidelijke onderschrijving van het vrije verkeer van kapitaal met derde landen wanneer beperkingen van dit kapitaalverkeer die uit de nationale belastingwetgeving voortvloeien, alleen al daarom toelaatbaar worden geacht omdat anders de belastinginkomsten zouden kunnen teruglopen. Uiteindelijk zou een dergelijke opvatting namelijk betekenen dat het belastingrecht als het ware wordt uitgezonderd van de werkingssfeer van de bepalingen inzake

het vrije verkeer van kapitaal. Beperking van dit kapitaalverkeer zou niet alleen in uitzonderingsgevallen, maar systematisch en met voorbijgaan aan de bijzondere bepalingen van de artikelen 57 e.v. EG, mogelijk worden gemaakt doordat bij deelnemingen in derde landen met name alle belastingvoordelen zouden kunnen worden geweigerd die bij binnenlandse deelnemingen worden toegekend, hoewel de situatie van de aandeelhouders niet verschilt waar het gaat om het doel van de regelingen die eraan ten grondslag liggen.

126. De weigering om bij portfoliodividenden uit derde landen de verrekeningsmethode toe te passen, kan derhalve noch met een beroep op vermindering van belastinginkomsten noch door de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen, worden gerechtvaardigd.

ii) Wederkerigheid

127. De Oostenrijkse, de Duitse, de Nederlandse en de Finse regering brengen verder naar voren dat de verplichting van de lidstaten om de vennootschappen van de betrokken andere staat met betrekking tot belastingvoordelen als binnenlandse vennootschappen te behandelen, berust op wederkerigheid. In de betrekkingen met derde landen ontbreekt volgens hen een dergelijke wederkerigheid. Zou desondanks de verplichting bestaan dividenden uit derde landen als binnenlandse dividenden te behandelen, dan zou dat nadelig zijn voor de onderhandelingspositie van de lidstaten tegenover derde landen bij het sluiten van belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belasting, die niet alleen een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid moeten waarborgen, maar ook bijdragen aan de bestrijding van de informele economie en criminaliteit.

128. De Oostenrijkse regering stelt bovendien dat het bij de bescherming van de belastinginkomsten niet slechts gaat om economische motieven, maar vooral om het waarborgen van internationale belastingneutraliteit op de interne markt. In tegenstelling tot andere lidstaten zijn derde landen volgens Oostenrijk niet verplicht een vergelijkbaar verlies van belastbare materie te accepteren. Bovendien ontbreekt het volgens Oostenrijk aan mechanismen die een evenwichtig financieel beleid moeten waarborgen, zoals de mogelijkheid van de harmonisatie van het recht waarin het EG-Verdrag voorziet.

129. Erkenning van een wederkerigheidsvereiste in de betrekkingen met derde landen kan weliswaar aantrekkelijk zijn, maar botst met de tekst en de systematiek van de artikelen 56 EG e.v. De lidstaten hebben er namelijk uitdrukkelijk voor gekozen het kapitaalverkeer naar en uit derde landen eenzijdig te liberaliseren en daarmee juist afstand gedaan van wederkerigheid. Als men op het niveau van de rechtvaardigingsgronden nu toch een wederkerigheidsvereiste zou erkennen, zou dat maar moeilijk te rijmen zijn met de eenzijdige liberalisatie. Om die reden moeten ook de overige door de Oostenrijkse regering aangevoerde argumenten van de hand worden gewezen. Over het ontbreken van een harmonisatie-instrument in de betrekkingen met derde landen dient bovendien te worden opgemerkt dat er op het niveau van de Unie een dergelijk instrument weliswaar bestaat, maar dat daarvan met betrekking tot de belasting van portfoliodividenden tot nu toe geen gebruik is gemaakt.

iii) Fiscale controle

130. Wat tot slot de in de rechtspraak erkende noodzaak betreft om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen, werd in het kader van de eerste prejudiciële vraag(70) duidelijk gemaakt dat met betrekking tot derde landen aan de verrekeningsmethode de voorwaarde mag worden verbonden dat er met het betrokken derde land een verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand is gesloten, waardoor de belastingautoriteiten van de betrokken lidstaat in staat zijn om na te gaan of de voorwaarden voor het toekennen van het aan de verrekening verbonden belastingvoordeel inderdaad aanwezig zijn. In dit opzicht wordt de

onderhandelingspositie van de betrokken lidstaat niet aangetast door het feit dat deze ingevolge artikel 56, lid 1, EG verplicht kan zijn verrekening van de buitenlandse vennootschapsbelasting in beginsel mogelijk te maken.

131. De noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen kan hier alleen daarom al niet als rechtvaardigingsgrond staande worden gehouden omdat volgens het KStG bij portfoliodividenden uit derde landen verrekening van de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting niet wordt toegestaan, los van het feit of er een verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand bestaat.

c) Conclusie

132. Aangezien door geen van de aangevoerde gronden kan worden gerechtvaardigd dat er voor portfoliodividenden uit derde landen niet is voorzien in de mogelijkheid om de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting te verrekenen, is er sprake van een schending van artikel 56, lid 1, EG.

133. Op de derde prejudiciële vraag in de zaak Haribo moet derhalve worden geantwoord dat het in strijd is met artikel 56, lid 1, EG, wanneer voor dividenden uit participaties in derde landen niet in een verrekening van de in het buitenland betaalde vennootschapsbelasting wordt voorzien wanneer het gaat om portfoliodeelnemingen, terwijl binnenlandse portfoliodividenden van belasting zijn vrijgesteld.

D – *De prejudiciële vragen 4, 4.1 en 4.2 in de zaak Haribo*

134. Met de vragen 4, 4.1 en 4.2 in de zaak Haribo wenst de verwijzende rechter te vernemen of een economische dubbele belasting van portfoliodividenden uit derde landen, die in strijd is met artikel 56, lid 1, EG, door de bevoegde nationale bestuurlijke of gerechtelijke instanties moet worden vermeden door toepassing van de voor andere dividenden geldende vrijstellingsmethode, of dat hiervoor een verrekening van de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting voldoende is. Voorts wenst de verwijzende rechter te vernemen of de juiste keuze van de methode – aangezien dit in de nationale wetgeving ook bij dividenden uit gekwalificeerde deelnemingen in derde landen niet wordt geëist ? zelfs dan geldt wanneer er geen omvattend verdrag inzake wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand bestaat.

135. Het antwoord op deze vragen blijkt in belangrijke mate uit de antwoorden op de eerste drie prejudiciële vragen in de zaak Haribo.

136. Zo is bij het onderzoek in het kader van de tweede prejudiciële vraag gebleken dat het gerechtvaardigd is de vrijstellingsmethode alleen bij binnenlandse dividenden toe te passen en bij buitenlandse dividenden uitsluitend te voorzien in de mogelijkheid de in het buitenland betaalde belasting te verrekenen. Dat geldt zelfs in het geval dat het bewijs van deze eerder geheven belasting niet of met slechts onevenredige inspanningen kan worden geleverd. Bij het onderzoek van de derde vraag is gebleken dat het niet gerechtvaardigd is voor dividenden uit participaties in derde landen niet in een verrekening van de in het buitenland betaalde vennootschapsbelasting te voorzien wanneer het gaat om portfoliodeelnemingen, terwijl binnenlandse portfoliodividenden van belasting zijn vrijgesteld.

137. Dientengevolge kan een economische dubbele belasting van portfoliodividenden uit derde landen, die in strijd is met artikel 56, lid 1, EG, in beginsel worden weggenomen door de desbetreffende aandeelhouders de mogelijkheid te bieden de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting te laten verrekenen.

138. Ook hier moet echter rekening worden gehouden met de recente rechtspraak volgens welke een nationale regeling die tot een beperking van een fundamentele vrijheid leidt, slechts dan evenredig is wanneer zij de verwezenlijking van de door haar beoogde doelstelling op coherente en systematische wijze nastreeft.(71) Dit moet ook gelden voor de methode die door de bevoegde nationale bestuurlijke en gerechtelijke instanties wordt toegepast om een economische dubbele belasting van portfoliodividenden uit derde landen die in strijd is met het recht van de Unie, weg te nemen.

139. Voorziet de nationale wetgeving, zoals in de onderhavige gevallen, voor gelijksoortige portfoliodividenden uit EU-/EER-staten niet alleen in de verrekening van de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting, maar ook in de toepassing van een voorwaardelijke vrijstellingsmethode met eventuele overschakeling op de verrekeningsmethode, dan zou het incoherent en dus onevenredig zijn bij portfoliodividenden uit derde landen uitsluitend de verrekeningsmethode toe te passen.

140. Wat het vereiste van een omvattend verdrag inzake wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand betreft, werd bij de beantwoording van de eerste(72) prejudiciële vraag in de zaak Haribo met betrekking tot EER-portfoliodividenden vastgesteld dat een dergelijk vereiste onevenredig is: wederzijdse gerechtelijke bijstand is niet noodzakelijk aangezien het in het binnenland gevestigde vennootschappen zijn die aan de belasting worden onderworpen, en het vereiste van wederzijdse administratieve bijstand is incoherent, omdat het bij internationale gekwalificeerde deelnemingen niet als voorwaarde wordt gesteld.

141. Deze vaststellingen kunnen zonder meer op portfoliodividenden uit derde landen worden toegepast. Wederzijdse gerechtelijke bijstand is hier net zo min noodzakelijk als bij EER-portfoliodividenden. Daarentegen is het in beginsel weliswaar gerechtvaardigd het belastingvoordeel van de voorwaardelijke vrijstelling en/of verrekening te verbinden aan de voorwaarde dat er met de staat waar de uitkerende vennootschap is gevestigd een verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand is gesloten, maar omdat overeenkomstig de Oostenrijkse regeling bij dividenden uit gekwalificeerde deelnemingen in derde landen een dergelijk vereiste niet bestaat, zou het incoherent en daardoor onevenredig zijn om dit bij portfoliodividenden uit derde landen wel als voorwaarde te stellen.

142. Op de prejudiciële vragen 4, 4.1 en 4.2 in de zaak Haribo moet derhalve worden geantwoord dat nationale bestuurlijke of gerechtelijke instanties een systematische economische dubbele belasting van portfoliodividenden uit derde landen die in strijd is met artikel 56, lid 1, EG, in beginsel kunnen wegnemen door de desbetreffende aandeelhouders de mogelijkheid te bieden de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting te laten verrekenen. Voorziet de nationale wetgeving voor gelijksoortige portfoliodividenden uit EU-/EER-staten echter in een voorwaardelijke vrijstellingsmethode met eventuele overschakeling op de verrekeningsmethode, dan zou het onevenredig zijn bij portfoliodividenden uit derde landen uitsluitend de verrekeningsmethode toe te passen. Verrekening of voorwaardelijke vrijstelling mag in beginsel worden verbonden aan de voorwaarde dat met het betrokken derde land een omvattend verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand is gesloten. Als het vereiste van wederzijdse administratieve bijstand echter niet geldt bij dividenden uit gekwalificeerde deelnemingen in derde landen, voor zover daarvoor ook alleen verrekening of voorwaardelijke vrijstelling wordt toegestaan, zou het onevenredig zijn dit bij portfoliodividenden uit derde landen wel als voorwaarde te stellen.

E – *De twee prejudiciële vragen in de zaak Österreichische Salinen*

143. Met de twee prejudiciële vragen in de zaak Österreichische Salinen wenst de verwijzende rechter te vernemen of het in strijd is met artikel 56, lid 1, EG, wanneer buitenlandse

portfoliodividenden in het kader van de verrekeningsmethode in een verliesjaar uiteindelijk toch aan een dubbele belasting worden onderworpen, omdat ze de mogelijke verliesoverdracht naar de volgende jaren verminderen en de te verrekenen vennootschaps- en bronbelasting evenmin kan worden uitgesteld of anderszins in aanmerking kan worden genomen, terwijl binnenlandse portfoliodividenden altijd zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting.

1. Ontvankelijkheid van de vragen

144. De Oostenrijkse regering acht deze beide prejudiciële vragen niet-ontvankelijk omdat het volgens haar duidelijk is dat zij voor de beslechting van het hoofdgeding niet relevant zijn. Of voor een volgend jaar uitstel van verrekening moet worden verleend, is volgens Oostenrijk niet van belang voor de aanslag vennootschapsbelasting over 2002, die in het hoofdgeding aan de orde is.

145. De verwijzende rechter wenst echter niet slechts te vernemen of voor de jaren die op het verliesjaar 2002 volgen, uitstel van verrekening moet worden verleend. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing moet veeleer worden opgemaakt dat de verwijzende rechter de gelijkwaardigheid van vrijstellings- en verrekeningsmethode ook betwijfelt omdat buitenlandse dividenden door de toepassing van de verrekeningsmethode zonder uitstel van verrekening in verliessituaties uiteindelijk toch aan een dubbele belasting worden onderworpen. Zo bezien missen de prejudiciële vragen niet zonder meer iedere relevantie voor de beslechting van het hoofdgeding.

146. Beide prejudiciële vragen zijn derhalve ontvankelijk.

2. Beantwoording van de prejudiciële vragen

147. Met betrekking tot de in de prejudiciële vragen genoemde bronbelasting moet erop worden gewezen dat de heffing daarvan niet tot een economische, maar tot een juridische dubbele belasting kan leiden. Die ontstaat doordat verschillende staten hun heffingsbevoegdheid met betrekking tot de aandeelhouder uitoefenen ? de staat waar de uitkerende vennootschap is gevestigd in de vorm van bronbelasting, die door de vennootschap moet worden ingehouden, en de staat waarin de aandeelhouder woonachtig is, in de vorm van inkomsten- of vennootschapsbelasting.

148. Het recht van de Unie omvat echter bij de huidige stand ervan geen algemeen verbod op juridische dubbele belasting(73). Derhalve kan uit het recht van de Unie niet worden afgeleid dat op de lidstaat waarin de aandeelhouder woonachtig is, de algemene plicht rust een dergelijke juridische dubbele belasting door verrekening van de buitenlandse bronbelasting af te schaffen.(74) Indien echter het recht van de Unie geen verrekening van de bronbelasting eist, kan daaruit ook niet de verplichting voortvloeien om de effecten van deze belasting, wanneer die in een bepaald belastingjaar vanwege geleden verlies niet door verrekening ongedaan kunnen worden gemaakt, door middel van uitstel van de verrekening tot een volgend jaar of op andere wijze ongedaan te maken.

149. De prejudiciële vragen dienen derhalve alleen met het oog op de te verrekenen vennootschapsbelasting te worden onderzocht.

150. Wanneer een binnenlandse vennootschap in een bepaald belastingjaar met verliezen kampt en de buitenlandse dividenden in het kader van de verrekeningsmethode bij de heffingsgrondslag worden betrokken, worden de verliezen met het bedrag van de dividenden verminderd. Als de nationale wetgeving, zoals in het onderhavige geval, voorziet in de mogelijkheid van verliesoverdracht naar volgende jaren, dan vermindert dus ook de mogelijke verliesoverdracht navenant. Omdat in een volgend jaar, waarin winst wordt gemaakt, alleen de met de buitenlandse

dividenden verminderde verliezen van het verliesjaar kunnen worden afgetrokken, komen de dividenden getalsmatig in de heffingsgrondslag van het winstjaar opnieuw voor en leiden ze daar tot een navenant hogere vennootschapsbelasting.

151. Als de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting die op de buitenlandse dividenden drukt, in dit volgende jaar niet meer zou kunnen worden verrekend of op andere wijze worden meegewogen, zou dat uiteindelijk toch tot een dubbele belasting leiden, die, zoals de verwijzende rechter uiteenzet, met de verrekeningsmethode juist moet worden vermeden.

152. Bij binnenlandse dividenden wordt een economische dubbele belasting daarentegen definitief vermeden. Aangezien daarvoor vrijstelling van de vennootschapsbelasting geldt, worden ze namelijk niet in de heffingsgrondslag opgenomen en kunnen ze zodoende in verliesgevende jaren ook niet tot een vermindering van het verlies leiden. De verliezen kunnen dus volledig op de volgende jaren worden overgedragen.

153. Ik deel de opvatting van Haribo, de Nederlandse regering en de Commissie dat een dergelijke discriminatie van buitenlandse portfoliodividenden niet verenigbaar is met artikel 56, lid 1, EG. Toepassing van de verrekeningsmethode op deze dividenden in verliesjaren leidt tot een onevenredige beperking van het vrije verkeer van kapitaal wanneer parallel aan de mogelijkheid van voorwaartse verliesoverdracht niet ook de mogelijkheid bestaat de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting door middel van uitstel van verrekening of op andere wijze in aanmerking te nemen waardoor de belasting in de vereiste mate wordt verminderd.

154. De Oostenrijkse regering baseert zich voor haar opvatting dat uitstel van verrekening of een belastingkrediet niet nodig is, op punt 52 van het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*(75), volgens welk slechts een belastingkrediet moet worden verleend van ten hoogste het bedrag van de vennootschapsbelasting die de ontvangende vennootschap verschuldigd is. Wanneer vanwege verliezen helemaal geen binnenlandse belasting hoeft te worden betaald, is het volgens de Oostenrijkse regering ook niet nodig de buitenlandse belastingdruk te verrekenen of een belastingkrediet te verlenen.

155. Deze argumentatie laat echter buiten beschouwing dat het Hof in de passage waaraan wordt gerefereerd, uitsluitend tot uitdrukking heeft gebracht dat de vermijding van economische dubbele belasting door de verrekeningsmethode niet zo ver dient te gaan dat de lidstaat waar de ontvangende vennootschap is gevestigd, bovenop de verrekening aan de ontvanger de in het buitenland geheven – hogere – belasting vergoedt. Deze lidstaat is niet verplicht de volledige vennootschapsbelasting die op de dividenden drukt naar het binnenlandse niveau te brengen. De economische dubbele belasting hoeft slechts ten belope van het bedrag van het binnenlandse belastingniveau te worden vermeden.

156. Dat gebeurt echter niet wanneer de binnenlandse ontvangende vennootschap in een verliesjaar niet voor een verrekening in aanmerking komt omdat er geen binnenlandse belastingdruk is waarmee verrekening zou kunnen plaatsvinden, maar de voorwaartse verliesoverdracht met het bedrag van de buitenlandse dividenden wordt verminderd en deze dividenden daardoor indirect in de volgende jaren aan binnenlandse vennootschapsbelasting worden onderworpen.

157. In verband met de moederdochterrichtlijn(76) heeft het Hof zich reeds met een soortgelijke problematiek beziggehouden. Zowel in het arrest *Cobelfret*(77) als in de beschikking *KBC-Bank*(78) ging het om een Belgische regeling die tot gevolg had dat wanneer de moedermaatschappij voor het betrokken belastbare tijdperk geen andere belastbare winsten boekte, haar verliezen ten belope van de ontvangen dividenden werden verminderd. Aangezien de Belgische belastingwetgeving de overdracht van verliezen naar latere belastingjaren in beginsel

toestaat, kon, ook indien de door de moedermaatschappij ontvangen dividenden niet aan vennootschapsbelasting werden onderworpen in het belastingjaar waarin deze dividenden werden uitgekeerd, de vermindering van de voor overdracht in aanmerking komende verliezen van de moedermaatschappij ertoe leiden dat deze moedermaatschappij op deze dividenden indirect wordt belast in latere belastingjaren, wanneer haar resultaat positief is. Het Hof stelde daarbij vast dat bij een dergelijke constellatie het doel van voorkoming van economische dubbele belasting niet wordt bereikt.

158. Derhalve moet het argument van de Oostenrijkse regering van de hand worden gewezen.

159. De Italiaanse regering is van mening dat niet a priori kan worden uitgesloten dat zich in het kader van het concern waartoe de vennootschap die de dividenden ontvangt en de buitenlandse uitkerende vennootschap behoren, praktijken voordoen waardoor de dividenden naar de verliesgevende vennootschap worden verlegd om ervoor te zorgen dat een belasting van deze vennootschap vanwege het verlies is uitgesloten en de belastingvrijstelling voor de dividenden ook in de volgende jaren (door uitstel van verrekening) behouden blijft. Volgens de Italiaanse regering kan naar analogie uit het arrest Glaxo Wellcome⁽⁷⁹⁾ worden afgeleid dat een regeling die zoals die welke hier aan de orde is, niet in uitstel van verrekening voorziet, niet verder gaat dan nodig is om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen en om volstrekt kunstmatige constructies te voorkomen die geen verband houden met de economische realiteit en alleen bedoeld zijn om een oneigenlijk fiscaal voordeel te verkrijgen. Uiteindelijk moet de verwijzende rechter dat beoordelen.

160. Dit argument is in de onderhavige context alleen daarom al niet steekhoudend omdat het niet om dividenduitkeringen binnen concerns gaat, maar om dividenden uit portfoliodeelnemingen die via een binnenlands investeringsfonds in mede-eigendom met andere beleggers worden gehouden. De door de Italiaanse regering ter sprake gebrachte volstrekt kunstmatige constructies binnen een concern lijken hier uitgesloten.

161. Tot slot zou ik er voor de duidelijkheid op willen wijzen dat de bovenstaande overwegingen zonder onderscheid zowel voor portfoliodividenden uit EU-/EER-staten als voor dergelijke dividenden uit derde landen gelden. Zoals uit het antwoord op de derde prejudiciële vraag in de zaak Haribo blijkt, moet namelijk ook bij portfoliodividenden uit derde landen ten minste de mogelijkheid van verrekening worden geboden, wanneer bij binnenlandse portfoliodividenden de economische dubbele belasting door middel van vrijstelling wordt vermeden. In het geval van een verlieslijdende ontvangende vennootschap staat de hier besproken problematiek derhalve los van de precieze herkomst van de buitenlandse portfoliodividenden.

162. Op beide prejudiciële vragen in de zaak Österreichische Salinen moet derhalve worden geantwoord dat het in strijd is met artikel 56, lid 1, EG, wanneer buitenlandse portfoliodividenden in het kader van de verrekeningsmethode in een verliesjaar uiteindelijk toch aan een dubbele belasting worden onderworpen, omdat ze de mogelijke verliesoverdracht naar de volgende jaren verminderen en de te verrekenen vennootschapsbelasting evenmin kan worden uitgesteld of anderszins in aanmerking kan worden genomen, terwijl binnenlandse portfoliodividenden altijd zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting.

V – Conclusie

163. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van de Unabhängige Finanzsenat, Außenstelle Linz, in de zaak C-436/08 (Haribo) aldus te beantwoorden:

„1) Het is niet in strijd met artikel 56, lid 1, EG wanneer binnenlandse vennootschappen over

portfoliodividenden uit andere EU-/EER-staten regelmatig vennootschapsbelasting moeten betalen omdat zij er niet of nauwelijks in slagen de gegevens over de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting te verstrekken die nodig zijn om voor vrijstelling of in elk geval voor een verrekening in aanmerking te komen, terwijl buitenlandse portfoliodividenden altijd zijn vrijgesteld.

2) Het is in strijd met artikel 56, lid 1, EG, wanneer portfoliodividenden uit een EER-staat die niet tot de Europese Unie behoort, alleen zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting op voorwaarde dat een verdrag inzake wederzijdse administratieve en gerechtelijke bijstand bestaat, hoewel dit voor dividenden uit internationale gekwalificeerde deelnemingen niet wordt gevraagd.

3) Het is in strijd met artikel 56, lid 1, EG, wanneer voor dividenden uit participaties in derde landen niet in een verrekening van de in het buitenland betaalde vennootschapsbelasting wordt voorzien wanneer het gaat om portfoliodeelnemingen, terwijl binnenlandse portfoliodividenden van belasting zijn vrijgesteld.

4) Nationale bestuurlijke of gerechtelijke instanties kunnen een systematische economische dubbele belasting van portfoliodividenden uit derde landen die in strijd is met artikel 56, lid 1, EG, in beginsel wegnemen door de desbetreffende aandeelhouders de mogelijkheid te bieden de eerder geheven buitenlandse vennootschapsbelasting te laten verrekenen. Voorziet de nationale wetgeving voor gelijksoortige portfoliodividenden uit EU-/EER-staten echter in een voorwaardelijke vrijstellingsmethode met eventuele overschakeling op de verrekeningsmethode, dan zou het onevenredig zijn bij portfoliodividenden uit derde landen uitsluitend de verrekeningsmethode toe te passen. Verrekening of voorwaardelijke vrijstelling mag in beginsel worden verbonden aan de voorwaarde dat met het betrokken derde land een omvattend verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand is gesloten. Als het vereiste van wederzijdse administratieve bijstand echter niet geldt bij dividenden uit gekwalificeerde deelnemingen in derde landen, voor zover daarvoor ook alleen verrekening of voorwaardelijke vrijstelling wordt toegestaan, zou het onevenredig zijn dat bij portfoliodividenden uit derde landen wel als voorwaarde te stellen.”

164. Voorts geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van de Unabhängige Finanzsenat, Außenstelle Linz, in de zaak C-437/08 (Österreichische Salinen) aldus te beantwoorden:

„Het is in strijd met artikel 56, lid 1, EG, wanneer buitenlandse portfoliodividenden in het kader van de verrekeningsmethode in een verliesjaar uiteindelijk toch aan een dubbele belasting worden onderworpen, omdat ze de mogelijke verliesoverdracht naar de volgende jaren verminderen en de te verrekenen vennootschapsbelasting evenmin kan worden uitgesteld of anderszins in aanmerking kan worden genomen, terwijl binnenlandse portfoliodividenden altijd zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting.”

1 – Oorspronkelijke taal: Duits.

2 – Zie in dat verband arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punten 33-74).

3 – Zie in dat verband arrest van 18 december 2007, *A* (C-101/05, Jurispr. blz. I-11531), en arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation* (aangehaald in voetnoot 2, punten 17 e.v.).

4 – Zie in dat verband arresten van 10 maart 2009, *Hartlauer* (C-169/07, Jurispr. blz. I-1721, punt 55); 8 september 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International* (C-42/07, Jurispr. blz. I-7633, punt 61); 6 oktober 2009, *Commissie/Spanje* (C-153/08, Jurispr. blz. I-9735, punt 38); 8 september 2010, *Stoß e. a.* (C-316/07, C-358/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 106), en *Carmen Media Group* (C-46/08, nog niet

gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 68).

5 – BGBl. 401.

6 – BGBl. I 52.

7 – BMF?010216/0090-VI/6/2008.

8 – Na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon thans artikel 63 VWEU. Aangezien de hoofdgedingen betrekking hebben op de belastingjaren 2001 en 2002, wordt hier en in het navolgende gerefereerd aan de artikelen van het EG-Verdrag.

9 – Aangehaald in voetnoot 2, punt 72.

10 – Arrest Test Claimants in the FII Group Litigation (aangehaald in voetnoot 2, punten 57 en 60), en beschikking van 23 april 2008, Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation (C?201/05, Jurispr. blz. I?2875, punt 43).

11 – Arrest Test Claimants in the FII Group Litigation (aangehaald in voetnoot 2, punten 53 en 60).

12 – Respectievelijk de vrijheid van vestiging.

13 – Arresten van 13 november 2003, Neri (C?153/02, Jurispr. blz. I?13555, punt 35); 2 oktober 2008, Heinrich Bauer Verlag (C?360/06, Jurispr. blz. I?7333, punt 15), en 29 januari 2009, Josef Vosding Schlacht-, Kühl- und Zerlegebetrieb (C?278/07?C?280/07, Jurispr. blz. I?457, punt 16).

14 – Arresten van 23 februari 2006, Van Hilten-van der Heijden (C?513/03, Jurispr. blz. I?1957, punt 44) en 25 januari 2007, Festersen (C?370/05, Jurispr. blz. I?1129, punt 24), arrest A (aangehaald in voetnoot 3, punt 40).

15 – Arresten van 11 maart 2004, de Lasteyrie du Saillant (C?9/02, Jurispr. blz. I?2409, punt 43); 14 december 2006, Denkavit Internationaal en Denkavit France (C?170/05, Jurispr. blz. I?11949, punt 50), en 1 juli 2010, Dijkman en Dijkman-Lavaleije (C?233/09, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 42).

16 – Arresten van 7 september 2004, Manninen (C?319/02, Jurispr. blz. I?7477, punt 29); 8 september 2005, Blanckaert (C?512/03, Jurispr. blz. I?7685, punt 42), en 3 juni 2010, Commissie/Spanje (C?487/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 47).

17 – In die zin arresten van 15 juli 2004, Lenz (C?315/02, Jurispr. blz. I?7063, punten 29?32), en 19 november 2009, Commissie/Italië (C?540/07, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 58), en arrest Manninen (aangehaald in voetnoot 16, punten 32?35).

18 – Arresten Lenz (aangehaald in voetnoot 17, punt 31 e.v.), Manninen (aangehaald in voetnoot 16, punten 34?36) en Test Claimants in the FII Group Litigation (aangehaald in voetnoot 2, punt 62).

19 – Zie in dit verband mijn conclusie in de zaak Manninen (aangehaald in voetnoot 16, punten 46 e.v.).

20 – Aangehaald in voetnoot 16, punt 44.

21 – Aangehaald in voetnoot 2, punt 54.

22 – Aangehaald in voetnoot 2, punt 56.

23 – Zie boven punten 16 e.v.

24 – Omdat bij buitenlandse dividenden geen rekening kon worden gehouden met eventuele belastingvoordelen voor de uitkerende vennootschap, had advocaat-generaal Geelhoed daarentegen in zijn conclusie in de zaak *Test Claimants in the FII Group Litigation* bevestigd dat er sprake was van een schending van de vrijheid van vestiging.

25 – In het geval van vrijstelling door de lidstaat van herkomst heeft het Hof in het arrest *Manninen* (aangehaald in voetnoot 16, punt 34) aangenomen dat er geen sprake is van vergelijkbaarheid van binnenlandse en buitenlandse dividenden.

26 – En/of de vrijheid van vestiging.

27 – Zie arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation* (aangehaald in voetnoot 2, punten 47 en 72).

28 – Arresten *Manninen* (aangehaald in voetnoot 16, punt 54) en *Test Claimants in the FII Group Litigation* (aangehaald in voetnoot 2, punten 47-57).

29 – Zie arresten *Lenz* (aangehaald in voetnoot 17, punt 27), *Manninen* (aangehaald in voetnoot 16, punt 29) en *A* (aangehaald in voetnoot 3, punt 56).

30 – Zie arresten van 3 oktober 2002, *Danner* (C-136/00, Jurispr. blz. I-8147, punt 50), en 27 januari 2009, *Persche* (C-318/07, Jurispr. blz. I-359, punt 54). Zie ook mijn conclusie in de zaak *Manninen* (aangehaald in voetnoot 16, punten 77 e.v.).

31 – Richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen en de heffingen op verzekeringspremies (PB L 336, blz. 15), gewijzigd bij richtlijn 2004/106/EG van de Raad van 16 november 2004 (PB L 359, blz. 30).

32 – Arrest van 27 september 2007, *Twoh International* (C-184/05, Jurispr. blz. I-7897, punt 32), en arrest *Persche* (aangehaald in voetnoot 30, punt 65).

33 – Onder verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi van 14 oktober 2008 in de zaak *Persche* (C-318/07, aangehaald in voetnoot 30, punten 110 en 111).

34 – Aangehaald in voetnoot 31.

35 – Zie ook mijn conclusie in de zaak *Manninen* (aangehaald in voetnoot 16, punt 78).

36 – Zie arrest *Persche* (aangehaald in voetnoot 30, punt 59).

37 – Punten 33 e.v.

38 – Arresten *Hartlauer* (aangehaald in voetnoot 4, punt 55), *Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International* (aangehaald in voetnoot 4, punt 61), *Commissie/Spanje* (aangehaald in voetnoot 4, punt 38), *Stoß e.a.* (aangehaald in voetnoot 4, punt 106) en *Carmen Media Group* (aangehaald in voetnoot 4, punt 68).

39 – 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), gewijzigd bij richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003 (PB L 7, blz. 41).

40 – Arresten van 16 december 2008, *Cartesio* (C-210/06, Jurispr. blz. I-9641, punt 67), en 22 oktober 2009, *Zurita García* (C-261/08 en C-348/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 34-36).

41 – BMF-010216/0090-VI/6/2008.

42 – Zie de in voetnoot 14 aangehaalde rechtspraak.

43 – Hier en in het navolgende wordt EER alleen gebruikt voor de drie EER-staten die niet tot de Europese Unie behoren, thans dus Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.

44 – Zie in die zin arrest A (aangehaald in voetnoot 3, punt 42 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 – Zie de in voetnoot 16 aangehaalde rechtspraak.

46 – Zie boven, punten 32 e.v.

47 – Zie de in voetnoot 29 aangehaalde rechtspraak.

48 – Zie de in voetnoot 38 aangehaalde rechtspraak.

49 – Aangehaald in voetnoot 3, punt 67.

50 – Aangehaald in voetnoot 17, punten 57 e.v. en 68 e.v.

51 – Conclusie van 29 april 2010, *Établissements Rimbaud* (C-72/09, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 53 e.v.).

52 – Arrest van 28 oktober 2010, *Établissements Rimbaud* (C-72/09, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 40 e.v.).

53 – Zie boven, punten 63 e.v.

54 – Zie arrest van 11 juni 2009, *Commissie/Nederland* (C-521/07, Jurispr. blz. I-4873, punt 49).

55 – Zie arresten van 16 juli 1998, *ICI* (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 26), en 11 oktober 2007, *ELISA* (C-451/05, Jurispr. blz. I-8251, punt 91), en arrest *Commissie/Italië* (aangehaald in voetnoot 17, punt 58).

56 – Zie de in voetnoot 14 aangehaalde rechtspraak.

57 – Arrest A (aangehaald in voetnoot 3, punten 28-39).

58 – Zie boven, punt 62.

59 – Arresten *Test Claimants in the FII Group Litigation* (aangehaald in voetnoot 2, punten 170 e.v.) en A (aangehaald in voetnoot 3, punt 37).

60 – Arrest A (aangehaald in voetnoot 3, punt 31) en arrest van 20 mei 2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, Jurispr. blz. I-3747, punt 87).

- 61 – Arresten A (aangehaald in voetnoot 3, punten 32 en 60), Orange European Smallcap Fund (aangehaald in voetnoot 60, punt 89) en Commissie/Italië (aangehaald in voetnoot 17, punt 69).
- 62 – Arrest A (aangehaald in voetnoot 3, punt 36).
- 63 – Arresten Test Claimants in the FII Group Litigation (aangehaald in voetnoot 2, punt 170), A (aangehaald in voetnoot 3, punt 37) en Orange European Smallcap Fund (aangehaald in voetnoot 60, punt 89).
- 64 – Arresten Test Claimants in the FII Group Litigation (aangehaald in voetnoot 2, punt 171) en A (aangehaald in voetnoot 3, punt 37).
- 65 – Arrest A (aangehaald in voetnoot 3, punten 32 e.v.).
- 66 – Arresten van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punten 43-51); 18 juli 2007, Oy AA (C-231/05, Jurispr. blz. I-6373, punt 51); 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Jurispr. blz. I-3601, punt 42), en 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 33).
- 67 – Arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 66, punt 54), en arresten van 17 september 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, Jurispr. blz. I-8591, punt 82), en 21 januari 2010, SGI (C-311/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 60).
- 68 – Arresten Manninen (aangehaald in voetnoot 16, punt 49) en Glaxo Wellcome (aangehaald in voetnoot 67, punt 82) en arrest van 14 september 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Jurispr. blz. I-8203, punt 59).
- 69 – Arrest Orange European Smallcap Fund (aangehaald in voetnoot 60, punt 95).
- 70 – Zie boven, punten 92 e.v.
- 71 – Zie boven, punten 63 e.v.
- 72 – Zie boven, punten 89 e.v.
- 73 – Arresten van 14 november 2006, Kerckhaert en Morres (C-513/04, Jurispr. blz. I-10967, punten 20-24), en 16 juli 2009, Damseaux (C-128/08, Jurispr. blz. I-6823, punten 25 e.v.), en arrest Commissie/Spanje (aangehaald in voetnoot 16, punt 56). Zie over de heffing van bronbelasting bij gekwalificeerde deelnemingen echter artikel 5, lid 1, van richtlijn 90/435 (aangehaald in voetnoot 39).
- 74 – Zie arrest Damseaux (aangehaald in voetnoot 73, punten 32 e.v.).
- 75 – Aangehaald in voetnoot 2.
- 76 – Aangehaald in voetnoot 73.
- 77 – Arrest van 12 februari 2009, C-138/07 (Jurispr. blz. I-731, punten 37-45).
- 78 – Arrest van 4 juni 2009, C-439/07 en C-499/07 (Jurispr. blz. I-4409, punten 39 e.v.).
- 79 – Aangehaald in voetnoot 67.