

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

P. MENGOZZI

van 6 november 2013 (1)

Zaak C-190/12

Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company

tegen

Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy

[verzoek van de Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy (Polen) om een prejudiciële beslissing]

„Vrijheid van vestiging – Vrij verkeer van kapitaal – Artikelen 56 EG, 57 EG en 58 EG – Belasting op inkomsten van rechtspersonen – Dividenduitkeringen aan op grondgebied van derde landen gevestigde beleggingsfondsen – Vrijstelling”

I – Inleiding

1. Met dit prejudiciële verzoek vraagt de Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy (administratieve rechter van het wojewodschap te Bydgoszcz) (Polen) zich in wezen af of het verschil in fiscale behandeling tussen dividenduitkeringen aan in derde landen gevestigde beleggingsfondsen en in Polen gevestigde beleggingsfondsen verenigbaar is met het vrije verkeer van kapitaal.
2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen het beleggingsfonds Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (hierna: „verzoeker in het hoofdgeding”), gevestigd in de Verenigde Staten, en de Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy (directeur van de belastingkamer van Bydgoszcz) betreffende de weigering van deze overheidsinstantie om vast te stellen dat een forfaitair bedrag aan vennootschapsbelasting voor de jaren 2005 en 2006, voldaan uit hoofde van de belasting ter zake van dividenden die aan verzoeker in het hoofdgeding waren uitgekeerd door op het Poolse grondgebied gevestigde kapitaalvennootschappen, teveel was betaald en dat bedrag te restitueren.
3. Meer specifiek heeft verzoeker in het hoofdgeding in december 2010 de bevoegde belastingautoriteiten verzocht om restitutie van een teveel betaald forfaitair bedrag van 15 % aan vennootschapsbelasting die was geheven ter zake van aan hem uitgekeerde dividenden krachtens artikel 22, lid 1, van de Poolse wet op de vennootschapsbelasting (Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych, z późn. zm.; hierna: „wet op de vennootschapsbelasting” of „WVpb”) van 15 februari 1992, juncto artikel 11, lid 2, sub b, van de overeenkomst tussen de regering van de Volksrepubliek Polen en de regering van de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking

tot belastingen naar het inkomen (Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Rzeczpospolitą Stanów Zjednoczonych Ameryki o uniknięciu podwójnego opodatkowania i zapobieganiu uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu) gesloten te Washington op 8 oktober 1974 (hierna: „overeenkomst inzake dubbele belasting van 1974”).

4. Dit verzoek is afgewezen bij beschikking van 2 mei 2011 op de grond dat verzoeker in het hoofdgeding, als in de Verenigde Staten van Amerika gevestigd beleggingsfonds, niet voldeed aan de in artikel 6, lid 1, punt 10, van de Wvfb voorziene voorwaarden voor vrijstelling, op grond waarvan uitsluitend beleggingsfondsen die opereren overeenkomstig de bepalingen van de Poolse wet op de beleggingsfondsen van 27 mei 2004 (Ustawa o funduszach inwestycyjnych; hierna: „Poolse wet op de beleggingsfondsen”) van belasting zijn vrijgesteld.(2)

5. Nadat deze beschikking op 6 oktober 2011 door de Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy was bevestigd, heeft verzoeker in het hoofdgeding bij de verwijzende rechter beroep tot nietigverklaring ingesteld.

6. Na te hebben opgemerkt dat enerzijds de beleggingen van verzoeker in het hoofdgeding „portefeuillebeleggingen” zijn, waarbij hij met zijn aandelen in het vennootschapskapitaal geen invloed kan uitoefenen op het bestuur van deze ondernemingen, en anderzijds Poolse beleggingsfondsen niet automatisch onder de persoonlijke vrijstelling vallen, maar moeten voldoen aan de voorwaarden van de Poolse wet op de beleggingsfondsen, vraagt de verwijzende rechter zich af of het, vanwege het nauwe verband tussen de belastingvrijstelling en de bepalingen van deze wet, niet passend zou zijn de vrijheid van vestiging toe te passen in plaats van het vrije verkeer van kapitaal.

7. Als deze laatste vrijheid toch van toepassing zou zijn, stelt de verwijzende rechter vragen met betrekking tot de verenigbaarheid hiervan met de beperkte draagwijdte van de in de Wvfb neergelegde vrijstelling. De verwijzende rechter meent in het bijzonder dat een eventuele beperking zou kunnen worden gerechtvaardigd door de noodzaak de doeltreffendheid van belastingcontroles te waarborgen, nu de inlichtingen over de status en de regels voor de werking van beleggingsfondsen die nodig zijn voor de toekenning van belastingvrijstelling, niet binnen de werkingssfeer van de stelsels voor de uitwisseling van inlichtingen vallen.

8. Daarop heeft de Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet artikel 56, lid 1, EG (thans artikel 63 VWEU) worden betrokken bij de beoordeling of een lidstaat nationale bepalingen mag toepassen die onderscheid maken tussen de rechtspositie van belastingplichtigen doordat zij, in het kader van een algemene persoonlijke vrijstelling, beleggingsfondsen die in een lidstaat van de Europese Unie zijn gevestigd vrijstellen van de forfaitaire vennootschapsbelasting ter zake van ontvangen dividenden, terwijl zij niet voorzien in een dergelijke vrijstelling voor een beleggingsfonds dat fiscaal in de Verenigde Staten is gevestigd?

2) Kan het verschil in behandeling van fondsen die zijn gevestigd in een derde land en die welke in een lidstaat van de Europese Unie zijn gevestigd, waarin het nationale recht voorziet ten aanzien van de persoonlijke vrijstelling in de vennootschapsbelasting, in het licht van artikel 58, lid 1, sub a, EG juncto artikel 58, lid 3, EG (thans artikel 65, lid 1, sub a, VWEU juncto artikel 65, lid 3, VWEU) als gerechtvaardigd worden beschouwd?”

9. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door verzoeker in het hoofdgeding, de Poolse, de Duitse, de Spaanse, de Franse, de Italiaanse en de Finse regering en de Europese Commissie. Afgezien van de Italiaanse en de Finse regering zijn deze deelnemers aan de procedure ter

terechtzing van 5 september 2013 gehoord.

II – Analyse

A – *Eerste prejudiciële vraag: toepasselijkheid van het vrije verkeer van kapitaal*

10. Hoewel de bewoordingen van de eerste prejudiciële vraag slechts zien op artikel 56 EG, volgt uit de motivering van de verwijzingsbeslissing, zoals samengevat in punt 6 van deze conclusie, dat de verwijzende rechter twijfelt of het vrije verkeer van kapitaal van toepassing is of misschien toch de vrijheid van vestiging, vanwege het nauwe verband tussen de in de Wvpb neergelegde belastingvrijstelling voor dividenden en de in de Poolse wet inzake beleggingsfondsen gestelde voorwaarden voor toegang van deze fondsen tot de Poolse markt.
11. Verzoeker in het hoofdgeding, de Duitse en de Italiaanse regering en de Commissie zijn van mening dat het vrije verkeer van kapitaal wel degelijk van toepassing is(3), maar de Poolse regering stelt dat hooguit de vrijheid van vestiging of de vrijheid van dienstverrichting relevant is. Vanuit het oogpunt van deze laatste vrijheid brengt de Poolse regering, onder verwijzing naar het arrest Fidium Finanz(4), de opvatting naar voren dat, nu het aanbieden van aandelen in Poolse vennootschappen door beleggingsfondsen een financiële bemiddelingsdienst of het beheren van een activaportefeuille is, op het grondgebied van derde landen gevestigde fondsen niet kunnen profiteren van de fiscale stimulans van artikel 6, lid 1, punt 10, van de Wvpb.
12. Ik geloof niet dat de toepasselijkheid van het vrije verkeer van kapitaal in redelijkheid in twijfel getrokken kan worden.
13. Dienaangaande moet allereerst worden verwezen naar de doelstelling van de litigieuze regeling, die niet ziet op de voorwaarden voor toegang van beleggingsfondsen van een derde land tot de markt van een lidstaat, in casu de Republiek Polen, maar die de fiscale behandeling van inkomsten van deze fondsen regelt.
14. Alleen al door dit vast te stellen kan de toepasselijkheid van de vrijheid van dienstverrichting mijns inziens reeds worden uitgesloten.
15. Anders dan in de zaak die heeft geleid tot het arrest Fidium Finanz, reeds aangehaald, die betrekking had op het verbod dat de Duitse overheid een Zwitserse vennootschap had opgelegd om bedrijfsmatig kredieten te verstrekken aan Duitse cliënten op grond dat zij niet over de hiervoor vereiste vergunning beschikte, waarin het Hof heeft geoordeeld dat dit verbod viel onder de werkingssfeer van de vrijheid van dienstverrichting(5), heeft immers de in artikel 6, lid 1, punt 10, van de Wvpb neergelegde uitsluiting van de belastingvrijstelling voor beleggingsfondsen uit derde landen die door Poolse vennootschappen uitgekeerde dividenden ontvangen, niet tot gevolg dat de toegang van deze marktdeelnemers tot de Poolse markt wordt belemmerd.
16. Wat betreft de grens tussen de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal zij eraan herinnerd dat de fiscale behandeling van dividenden zowel onder artikel 43 EG betreffende de eerstgenoemde vrijheid als onder artikel 56 EG betreffende de laatstgenoemde vrijheid kan vallen.(6)
17. Bovendien heeft het Hof reeds geoordeeld dat een nationale wettelijke regeling als die in het hoofdgeding, waarvan de toepassing niet afhankelijk is van de grootte van de deelneming van de dividend ontvangende vennootschap in de uitkerende vennootschap, zowel onder artikel 43 EG als onder artikel 56 EG kan vallen.(7)
18. Aangaande de fiscale behandeling van „inkomende” dividenden afkomstig uit derde landen,

dat wil zeggen dividenden die door een vennootschap van een dergelijk land worden uitgekeerd aan een persoon die gevestigd is op het grondgebied van een lidstaat, heeft het Hof tot voor kort geoordeeld dat een dergelijke persoon zich niet kan beroepen op artikel 56 EG wanneer uit de feiten van het hoofdgeding bleek dat deze vennootschap deelnemingen had die haar een zekere invloed gaven op de besluitvorming van de vennootschap van het betrokken derde land.⁽⁸⁾ Met andere woorden, alleen de vrijheid van vestiging kon in een dergelijke context worden toegepast. Deze vrijheid kon echter niet worden ingeroepen door deze persoon, omdat het EG-Verdrag niet toestaat dat deze wordt verruimd tot betrekkingen met ingezetenen van derde landen.⁽⁹⁾ In de praktijk kon de houder van dergelijke deelnemingen zich dus noch op de vrijheid van vestiging, noch op het vrije verkeer van kapitaal beroepen.

19. In zijn arrest van 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, heeft de Grote kamer van het Hof dit standpunt bijgesteld en geoordeeld dat met het oog op een nationale wettelijke regeling inzake de fiscale behandeling van uit derde landen afkomstige dividenden, die los van de omvang van de participaties van toepassing is, een in een lidstaat gevestigde vennootschap die dividenden ontvangt van een vennootschap die in een derde land is gevestigd zich, ongeacht de omvang van de participatie die zij aanhoudt, op artikel 56 EG kan beroepen. In een dergelijk geval bestaat er immers geen enkel gevaar dat deze vennootschap onterecht profijt haalt uit de vrijheid van vestiging, omdat de betrokken fiscale wettelijke regeling niet ziet op de voorwaarden waaronder een dergelijke vennootschap in een derde land toegang tot de markt krijgt, maar enkel de fiscale behandeling van dividenden betreft die voortvloeien uit investeringen die deze vennootschap heeft gedaan.⁽¹⁰⁾

20. Deze nieuwe benadering heeft het voordeel dat de volle nuttige werking van artikel 56 EG wordt gegarandeerd in situaties waarin marktdeelnemers van derde landen, die zich per definitie niet kunnen beroepen op de vrijheid van vestiging, hoewel het gevaar van misbruik van een dergelijke vrijheid niet bestaat, volgens de tot dan toe geldende rechtspraak evenmin een beroep kunnen doen op het vrije verkeer van kapitaal.

21. De beoordeling van het Hof die in punt 19 van deze conclusie in essentie is weergegeven, kan mijns inziens worden uitgebreid naar de situatie van de „uitgaande” dividenden, dat wil zeggen dividenden die door een vennootschap in een lidstaat worden uitgekeerd aan haar in een derde land gevestigde aandeelhouders, zoals in het hoofdgeding, voor zover de uitlegging van artikel 56 EG niet kan neerkomen op het onterecht profijt halen uit de vrijheid van vestiging.

22. Een dergelijk gevaar kan mijns inziens in het hoofdgeding worden uitgesloten. Nog afgezien van het reeds genoemde feit dat de relevante bepalingen van de WVPb niet zien op de voorwaarden voor toegang van buitenlandse marktdeelnemers tot de Poolse markt, maar op de fiscale behandeling van dividenden, staat immers vast dat verzoeker in het hoofdgeding gedurende de twee fiscale jaren waarop het geschil betrekking heeft slechts één „portefeuillebelegging” heeft gedaan die duidelijk lager was dan 10 % van het kapitaal van de Poolse uitkerende vennootschappen, wat hem geen mogelijkheid biedt invloed uit te oefenen op het bestuur van en de zeggenschap over de Poolse vennootschappen waarvan hij aandelen houdt.⁽¹¹⁾

23. Artikel 56 EG dient mijns inziens dan ook aldus te worden uitgelegd dat deze bepaling kan worden ingeroepen tegen de toepassing van een belastingregeling van een lidstaat, zoals in het hoofdgeding, krachtens welke dividenden die zijn uitgekeerd door in die lidstaat gevestigde vennootschappen aan een beleggingsfonds in een derde land niet kunnen profiteren van een belastingvrijstelling.

B – Tweede prejudiciële vraag: verenigbaarheid van het verschil in behandeling met het vrije verkeer van kapitaal

1. Beperking van het vrije verkeer van kapitaal

24. 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.⁽¹²⁾ Het in artikel 56, lid 1, EG neergelegde verbod strekt zich zonder twijfel uit tot beperkingen van het uit derde landen afkomstige kapitaalverkeer.

25. In casu werden, overeenkomstig de op het hoofdgeding van toepassing zijnde WVPb, en wel in de versie die in 2005 en 2006 en tot januari 2011 van kracht was, door een ingezeten vennootschap aan een niet-ingezeten, in een derde land gevestigd beleggingsfonds uitgekeerde dividenden in beginsel aan de bron belast tegen een tarief van 19 %, tenzij in een overeenkomst inzake dubbele belasting een ander tarief is vastgesteld, terwijl dergelijke dividenden vrijgesteld waren wanneer ze werden uitgekeerd aan een ingezeten beleggingsfonds, voor zover een dergelijk fonds tevens voldeed aan de door de Poolse wet op de beleggingsfondsen gestelde voorwaarden.

26. Dit verschil in behandeling betrof ook de in andere lidstaten dan de Republiek Polen gevestigde beleggingsfondsen. Zoals reeds aangegeven heeft de Poolse wetgever de vrijstelling van de bronbelasting namelijk pas met ingang van 1 januari 2011 verruimd tot dividenden uitgekeerd aan beleggingsfondsen in lidstaten van de Unie en in andere staten die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 (PB 1994, L 1, blz. 3; hierna: „EER-Overeenkomst”) die vergelijkbaar zijn met de door de Poolse wet op de beleggingsfondsen beheerste fondsen. Daartoe is na een door de Commissie ingeleide inbreukprocedure een punt 10a aan artikel 6, lid 1, van de WVPb toegevoegd.

27. Dientengevolge waren, zoals de Commissie terecht stelt, alleen in Polen gevestigde beleggingsfondsen die hun activiteiten uitoefenen overeenkomstig de Poolse wet op de beleggingsfondsen vrijgesteld van belasting, en waren niet-ingezeten fondsen daarvan systematisch uitgesloten, ook wanneer de niet-ingezeten fondsen krachtens een overeenkomst inzake dubbele belasting profiteren van een verlaagd belastingtarief ter zake van dividenden, zoals in het hoofdgeding.

28. Met andere woorden, alleen aan Poolse beleggingsfondsen uitgekeerde dividenden konden profiteren van de in de WVPb neergelegde vrijstelling van de bronbelasting.

29. Dat dividenden fiscaal verschillend worden behandeld naargelang van, met name, de plaats waar de beleggingsfondsen zijn gevestigd, kan enerzijds de niet-ingezeten beleggingsfondsen ervan doen afzien te beleggen in vennootschappen die in Polen zijn gevestigd en kan anderzijds de in Polen wonende beleggers ervan doen afzien rechten van deelneming in niet-ingezeten beleggingsfondsen te verwerven.⁽¹³⁾

30. Een dergelijke nationale belastingregeling vormt dus een in beginsel bij artikel 56 EG verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal.

31. Deze beperking kan echter in het Unierecht worden toegestaan wanneer het verschil in behandeling waarop de beperking rust, situaties betreft die niet objectief vergelijkbaar zijn⁽¹⁴⁾, wat verschillende regeringen die in de onderhavige zaak opmerkingen hebben ingediend overigens ook hebben aangevoerd.

32. Het standpunt van deze regeringen ter ondersteuning van de afwijzing van het bestaan van objectief vergelijkbare situaties gaat uit van de vooronderstelling dat beleggingsfondsen van derde landen niet worden beheerst door de op de oprichting en de werking van Europese beleggingsfondsen toepasselijke regelgeving, te weten in het bijzonder richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's)(15), waarvan de vereisten in wezen zijn overgenomen in de Poolse wet op de beleggingsfondsen en waaraan de toekenning van de in de WVPb neergelegde vrijstelling ondergeschikt zou zijn.

33. Dit betoog moet mijns inziens om verschillende redenen worden afgewezen.

34. In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat bij de beoordeling van de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties volgens de rechtspraak rekening moet worden gehouden met uitsluitend de onderscheidingscriteria in de betrokken nationale regelgeving.(16)

35. In casu ging het ten tijde van de feiten van het hoofdgeding vooral om het ingezetenencriterium, omdat geen enkel niet in Polen gevestigd beleggingsfonds kon profiteren van de vrijstelling van bronbelasting voor uitgekeerde dividenden, zoals voorzien in de WVPb.

36. Dientengevolge berust het in punt 32 van deze conclusie weergegeven betoog van de regeringen op de onjuiste vooronderstelling dat voor het verkrijgen van de in de WVPb neergelegde vrijstelling van de bronbelasting *enkel* vereist is dat wordt voldaan aan de in de Poolse wet op de beleggingsfondsen opgenomen voorwaarden voor de oprichting en de werking van deze fondsen. Een dergelijk vereiste zou immers uiteindelijk slechts secundair gelden, uitsluitend ten aanzien van in Polen gevestigde beleggingsfondsen.

37. Evenzo is het mijns inziens in de tweede plaats onjuist – zoals de verwijzende rechter doet, wanneer hij in zijn vragen het stelsel van „beleggingsfondsen die in een lidstaat van de Europese Unie zijn gevestigd” noemt, en ook de meeste regeringen doen die in deze zaak opmerkingen hebben ingediend – bij de beantwoording van de vraag of de gevallen objectief vergelijkbaar zijn, twee grensoverschrijdende situaties met elkaar te vergelijken.

38. Bij deze benadering wordt immers voorbijgegaan aan de belangrijkste voorwaarde voor onderscheid in de WVPb die ten tijde van de feiten van het hoofdgeding van toepassing was, te weten dat het beleggingsfonds in Polen gevestigd is.

39. In de derde plaats zij er, met het oog op de belangrijkste voorwaarde van de vestigingsplaats in de WVPb, aan herinnerd dat het Hof in het arrest Santander Asset Management SGIIC e.a. heeft geoordeeld dat het verschil in behandeling tussen ingezeten instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), die geen belasting hoeven te betalen over de dividenden van nationale oorsprong die zij ontvangen, en niet-ingezeten icbe's (met inbegrip van de in derde landen gevestigde), ten aanzien waarvan op deze dividenden een bronheffing wordt ingehouden, niet kan worden gerechtvaardigd door een relevant verschil in situatie.(17)

40. Een dergelijke conclusie is getrokken na het onderzoek naar de vraag of, om de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties te beoordelen, niet alleen rekening moet worden gehouden met de situatie van de icbe's als collectieve beleggingsinstrumenten, maar ook met die van deelnemers daarin.

41. Het Hof heeft echter juist uitgesloten dat rekening zou moeten worden gehouden met de fiscale situatie van de deelnemers om vast te stellen of de betrokken belastingregeling al dan niet

discriminerend is vanwege het onderscheidingscriterium in die regeling, te weten de vestigingsplaats van de icbe's.(18)

42. Zoals ik al herhaaldelijk heb gezegd, is de vestigingsplaats van beleggingsfondsen het belangrijkste criterium in de WVPb die van kracht was ten tijde van de feiten van het hoofdgeding. Deze situatie is mijns inziens dus vergelijkbaar met die van de Franse wettelijke regeling die heeft geleid tot het arrest Santander Asset Management SGIIC e.a.

43. Voor het overige laat de bijzonder gedetailleerde redenering in de punten 24 tot en met 44 van dit arrest over de objectieve vergelijkbaarheid van de situatie van ingezeten icbe's en niet-ingezeten icbe's, met inbegrip van die in derde landen, niet de minste twijfel over de relevantie van een dergelijke vergelijkbaarheid die berust op de algemene grond dat in derde landen gevestigde beleggingsfondsen worden beheerst door een andere regeling inzake hun activiteiten dan de regeling die van toepassing is op icbe's die op het grondgebied van de Unie zijn gevestigd.

44. Uiteindelijk bevestigt het arrest Santander Asset Management SGIIC e.a. zoals uit punt 42 ervan volgt, ook ten aanzien van in derde landen (buiten de EER) gevestigde instellingen, een geconsolideerde opvatting in de rechtspraak volgens welke, wanneer een lidstaat zijn fiscale bevoegdheid uitoefent aangaande dividenden uitgekeerd aan vennootschappen die zijn gevestigd in andere lidstaten of in andere staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst, niet-ingezetenen die deze dividenden ontvangen zich, wat het risico betreft dat de door ingezeten vennootschappen uitgekeerde dividenden economisch dubbel worden belast of aan opeenvolgende belastingheffingen worden onderworpen, in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van ingezetenen.(19)

45. Zoals de Commissie in wezen ter terechtzitting voor het Hof heeft verdedigd, dient deze redenering, wanneer het gaat om de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties, ook te worden gevolgd in de onderhavige zaak. Met het aangevoerde verschil in de wettelijke context die van toepassing is op Poolse beleggingsfondsen in verhouding tot vergelijkbare, in derde landen gevestigde fondsen kan immers op adequatere wijze rekening worden gehouden bij het onderzoek van de gronden van algemeen belang die de fiscale beperking kunnen rechtvaardigen.

46. In de vierde plaats dient tot slot te worden opgemerkt dat in de onderhavige procedure geen enkel argument is aangevoerd op grond waarvan het verschil in behandeling dat voortvloeit uit de bepalingen van de WVPb of van de overeenkomst inzake dubbele belasting van 1974, waardoor het tarief van de bronbelasting wordt verlaagd, door toepassing van de bepalingen van deze overeenkomst in alle gevallen in de zin van de rechtspraak van het Hof kan worden gecompenseerd.(20)

47. Vanuit het oogpunt van een wettelijke belastingregeling van een lidstaat, zoals de WVPb, waarin de vestigingsplaats van het beleggingsfonds als belangrijkste onderscheidingscriterium is opgenomen op grond waarvan wordt bepaald of bronbelasting wordt geheven ter zake van de dividenden die door Poolse vennootschappen aan in derde landen gevestigde beleggingsfondsen zijn uitgekeerd, bevinden deze in derde landen gevestigde beleggingsfondsen zich derhalve in een situatie die objectief gezien vergelijkbaar is met die van op het Poolse grondgebied gevestigde fondsen.

48. Tot slot moet nog worden onderzocht of, zoals de Poolse, de Duitse, de Spaanse en de Franse regering hebben gesteld, het verschil in behandeling ofwel kan vallen onder de zogeheten „standstill”-bepaling van artikel 57, lid 1, EG, ofwel kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.

2. Toepasselijkheid van artikel 57, lid 1, EG

49. De verwijzende rechter heeft artikel 57, lid 1, EG in zijn prejudiciële verzoek niet genoemd en er evenmin naar heeft verwezen. Enkel deze grond is voor het Hof soms voldoende geweest, in zijn antwoord geen overwegingen op te nemen die de uitlegging van deze bepaling betreffen.(21)

50. De Poolse regering en de Commissie hebben artikel 57, lid 1, EG niettemin in hun schriftelijke opmerkingen aan de orde gesteld en de procespartijen zijn ter terechtzitting voor het Hof op diens verzoek op deze bepaling ingegaan.

51. Hoewel ik, om redenen die ik hieronder uiteen zal zetten, van mening ben dat artikel 57, lid 1, EG in de onderhavige zaak niet van toepassing is – en dat het dus uiteindelijk terecht is dat de verwijzende rechter deze bepaling in zijn verzoek niet heeft genoemd – lijkt het mij toch raadzaam enige overwegingen te wijden aan de toepasselijkheid van artikel 57, lid 1, EG, met name omdat verschillende regeringen, in het voetspoor van de Poolse regering, tijdens de mondelinge behandeling voor het Hof het standpunt hebben verdedigd – dat met dat van de Commissie in tegenspraak is – dat de WVPb onder de werkingssfeer van dit artikel valt, wat zou betekenen dat de beperkingen van het vrije verkeer van kapitaal die deze wet ten aanzien van derde landen meebrengt, in stand gehouden kunnen worden.

52. Zoals bekend is het op grond van artikel 57, lid 1, EG toegestaan, de beperkingen die op 31 december 1993 krachtens het nationale recht bestonden in stand te houden, voor zover het betrokken kapitaalverkeer „directe investeringen — met inbegrip van investeringen in onroerende goederen —, vestiging, het verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot de kapitaalmarkten” omvat, onder de voorwaarden die in dat artikel zijn opgesomd en ondanks het in artikel 56, lid 1, EG neergelegde verbod op beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten en derde landen.

53. Een regeling van een lidstaat valt dan ook onder de werkingssfeer van artikel 57, lid 1, EG wanneer zij niet alleen van toepassing is op een derde land, waarover bij de Verenigde Staten geen enkele twijfel bestaat, maar ook voldoet aan het temporele en het materiële criterium van dit artikel.

54. Alle procespartijen die zich hierover ter terechtzitting hebben uitgesproken, met uitzondering van verzoeker in het hoofdgeding, waren het erover eens dat aan het eerste criterium in casu is voldaan. De bronheffing waaraan de aan verzoeker in het hoofdgeding uitgekeerde dividenden onderworpen zijn, zou het gevolg zijn van een combinatie van de WVPb van 15 februari 1992 en de overeenkomst inzake dubbele belasting van 1974, die beide van vóór 31 december 1993 dateren.

55. Hoewel de nationale rechter in beginsel de inhoud dient te bepalen van de wetgeving die bestond op een bij het Unierecht bepaalde datum(22), zoals verzoeker in het hoofdgeding en de Commissie in hun opmerkingen hebben aangegeven, is het wel van belang eraan te herinneren dat de vrijstelling ten gunste van Poolse beleggingsfondsen pas in 1997 is ingevoerd.(23)

56. Ik erken dat de heffing van belasting ter zake van dividenden die zijn uitgekeerd aan in derde landen gevestigde beleggingsfondsen door deze wijziging van de WVPb niet in het geding is gebracht.

57. Er kan echter niet gezegd worden dat er vóór 31 december 1993 een „beperking” bestond, in de zin van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal, die na die datum in stand zou zijn gehouden. Op 31 december 1993 gold voor door Poolse vennootschappen aan

buitenlandse instellingen uitgekeerde dividenden immers ofwel dezelfde bronbelasting als voor dividenden uitgekeerd aan in Polen gevestigde instellingen, ofwel een lagere belasting krachtens een door de Republiek Polen en de betrokken staat gesloten overeenkomst inzake dubbele belasting. Door een verschil in fiscale behandeling tussen door Poolse vennootschappen uitgekeerde dividenden in te voeren naargelang de begunstigten al dan niet in Polen gevestigd zijn, heeft de wijziging in 1997 van de WVpb het op 31 december 1993 bestaande belastingstelsel dus op substantiële wijze veranderd. Deze wijziging berust dus op een andere logica, in de zin van de rechtspraak(24), dan de eerdere regeling die op 31 december 1993 van kracht was, omdat hiermee een voorheen onbekend verschil in behandeling tussen Poolse instellingen en niet-Poolse instellingen wordt ingevoerd, waarbij eerstgenoemden worden vrijgesteld van bronbelasting en aan de forfaitaire belasting over ontvangen dividenden verbonden administratieve procedures. Deze wijziging kan mijns inziens niet worden gelijkgesteld met een op 31 december 1993 bestaande regeling.

58. Deze vaststelling volstaat om de toepassing van artikel 57, lid 1, EG in deze zaak uit te sluiten.

59. Volledigheidshalve ben ik in ieder geval van mening dat de litigieuze regeling niet voldoet aan de materiële voorwaarde in artikel 57, lid 1, EG, te weten dat het betreffende kapitaalverkeer „directe investeringen of „het verrichten van financiële diensten” omvat.

60. Het begrip directe investeringen wordt overigens, evenals het begrip kapitaalverkeer, in het Verdrag niet omschreven.

61. Gezien deze constatering heeft het Hof zich tot nu toe, voor de uitlegging van zowel artikel 56 EG als artikel 57 EG, stelselmatig gebaseerd op de omschrijvingen van de nomenclatuur van bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het EEG-Verdrag(25) en de verklarende aantekeningen daarbij.(26)

62. De directe investeringen vallen onder rubriek I van deze nomenclatuur en omvatten, in punt 2, „[d]eelneming in nieuwe of bestaande ondernemingen teneinde duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven”. Volgens de verklarende aantekeningen moet onder directe investeringen worden verstaan „[a]lle investeringen [...] welke gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer enerzijds en de ondernemer of de onderneming anderzijds, voor wie de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit”. In deze verklarende aantekeningen wordt over dat punt 2, dat van toepassing is op vennootschappen op aandelen, gezegd dat er „sprake [is] van een directe investering, indien het aandelenpakket dat in het bezit is [...] van [...] enigerlei [...] houder, [deze persoon [...] de mogelijkheid biedt daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de controle over de betrokken vennootschap”.

63. Juist op basis van deze omschrijvingen maakt het Hof in het kapitaalverkeer een onderscheid tussen „directe” investeringen in de vorm van deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap dat de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over een vennootschap en „portefeuillebeleggingen”, die inhouden de verwerving van effecten op de kapitaalmarkt met het uitsluitende doel te beleggen zonder invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming te willen uitoefenen.(27)

64. Ook al vallen beide soorten investeringen onder het begrip kapitaalverkeer, toch mogen op grond van artikel 57, lid 1, EG alleen „directe investeringen”, met inbegrip van de uitkering van daaruit voortvloeiende dividenden(28) worden uitgezonderd.

65. Men zou dus, vooral in het belang van de rechtszekerheid, een denkbeeldige algemene

scheidslijn kunnen trekken tussen deze twee soorten investeringen.

66. Dit zou echter vergeefs zijn, omdat die grens sterk afhangt van de specifieke omstandigheden van de zaak.

67. In het hoofdgeding is de WVPb inderdaad zonder onderscheid van toepassing op de uitkering van dividenden door Poolse vennootschappen, ongeacht de omvang van de participatie in deze vennootschappen.(29) Toch staat vast dat het uitsluitend gaat om bronbelasting ter zake van de vergoeding van participaties die door de verwijzende rechter enkel beschreven worden als zogenoemde „portefeuillebeleggingen”.

68. In het hoofdgeding zou dus geen beroep moeten kunnen worden gedaan op artikel 57, lid 1, EG.

69. Aan dit oordeel wordt niet afgedaan door de twee aanvullende argumenten die de Poolse regering ter terechtzitting voor het Hof heeft aangevoerd, namelijk enerzijds een ruimere opvatting van het begrip „directe investeringen” die door het Hof zou zijn gehanteerd in punt 21 van het arrest VBV – Vorsorgkasse(30), en anderzijds het feit dat het betalingsverkeer waarvan in de onderhavige zaak sprake is, ingeval het niet om „directe investeringen” gaat, „het verrichten van financiële diensten” omvat, dat eveneens wordt genoemd in artikel 57, lid 1, EG.

70. Betreffende het eerste punt dient te worden opgemerkt dat het arrest VBV – Vorsorgkasse, reeds aangehaald, dat uitsluitend de uitlegging van artikel 63 VWEU (het oude artikel 56 EG) betrof, betrekking had op een nationale wettelijke regeling waarin beperkingen werden opgelegd aan de verwerving door een onderdaan van een lidstaat van rechten van deelneming in een in een andere lidstaat gevestigd beleggingsfonds, en niet, zoals in het hoofdgeding, op de belasting van dividenden uitgekeerd door een vennootschap in een lidstaat aan een niet-ingezetene beleggingsfonds. In punt 21 van dit arrest heeft het Hof inderdaad geoordeeld dat een dergelijke verwerving een „directe belegging” was en, bijgevolg, kapitaalverkeer in de zin van artikel 63 VWEU. Het Hof heeft hierbij echter (weliswaar niet geheel ondubbelzinnig) verwezen naar rubriek IV van de nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361, getiteld „Verrichtingen betreffende rechten van deelneming in instellingen voor collectieve belegging”, en niet naar rubriek I van deze nomenclatuur, die betrekking heeft op „directe investeringen”, alsmede op de punten van de twee voorgaande arresten(31) die een uitlegging gaven van deze rubriek I en eraan herinnerden dat een directe investering wordt gekenmerkt door de mogelijkheid om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de controle over een vennootschap.

71. Het lijkt mij dus dat het Hof in punt 21 van het arrest VBV – Vorsorgkasse niet heeft bedoeld een onderscheid te maken tussen „directe beleggingen” en „portefeuillebeleggingen” of de reikwijdte van het eerste begrip heeft willen verruimen, maar veeleer heeft willen aangeven dat de verwerving van rechten van deelneming in een beleggingsfonds een belegging vormt die valt onder het begrip kapitaalverkeer in de zin van artikel 63 VWEU en de nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG.

72. Voor het overige geldt dat, ook al kunnen we tolereren dat de benamingen ter aanduiding van de verschillende soorten kapitaalverkeer die onder artikel 63 VWEU vallen, vanwege de zeer ruime reikwijdte ervan wat „vloeiend” gebruikt worden, dit niet het geval kan zijn bij de „directe investeringen” die zijn opgesomd in artikel 64, lid 1, VWEU (het oude artikel 57, lid 1, EG), dat als uitzondering op de in het Unierecht voorziene vrijheden, die bovendien bijzonder ruim zijn, strikt moet worden uitgelegd.(32)

73. In zijn tweede argument stelt de Poolse regering dat het kapitaalverkeer dat door de Poolse wet op de vennootschapsbelasting wordt beperkt, ingeval het niet om „directe beleggingen” gaat,

„het verrichten van financiële diensten” omvat, namelijk door een beleggingsfonds aan zijn deelnemers geleverde diensten.

74. Allereerst zij opgemerkt dat het begrip „verrichten van financiële diensten” noch in het EG-Verdrag, noch in de rechtspraak, noch in de nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361 wordt omschreven. De verklarende aantekeningen van de nomenclatuur sommen uitsluitend een aantal financiële verrichtingen op, zoals verrichtingen in rekeningen-courant, depositorekeningen, financiële leningen en kredieten, overmakingen ter uitvoering van verzekeringsovereenkomsten, en noemen de „financiële instellingen” die onder deze richtlijn vallen, zoals banken, verzekeringsmaatschappijen, beleggingsmaatschappijen en soortgelijke instellingen. Het is mijns inziens echter juist te veronderstellen dat het diensten betreft die deze instellingen aan hun cliënten verlenen.

75. Verder volgt uit de bewoordingen van artikel 57, lid 1, EG dat de werkingssfeer van deze bepaling uitsluitend de situaties omvat die vallen onder het vrije verkeer van kapitaal dat verband houdt met het verrichten van financiële diensten, en niet, omgekeerd, het verrichten van financiële diensten die verband houden met kapitaalverkeer. Derhalve ben ik van mening dat het voorwerp van de nationale maatregelen die vallen onder artikel 57, lid 1, EG in de eerste plaats kapitaalverkeer is en niet het verrichten van een financiële dienst. Wanneer dit niet zo zou zijn, zouden deze maatregelen vallen onder de werkingssfeer van de bepalingen van het EG-Verdrag inzake het vrije verkeer van diensten. Deze bepalingen strekken zich echter niet uit tot betrekkingen met derde landen.

76. Tot slot, en dit is ongetwijfeld de gevoeligste vraag, dient te worden bepaald wat de aard is van het verband tussen het betrokken kapitaalverkeer en het verrichten van de financiële diensten. Gaat het erom in de materiële werkingssfeer van artikel 57, lid 1, EG iedere beperking van het kapitaalverkeer ten aanzien van derde landen op te nemen die verband houdt met het verrichten van een financiële dienst, wat tot gevolg zou hebben dat vrijwel alle financiële verrichtingen hierin zouden zijn inbegrepen, of dient deze bepaling strikter te worden uitgelegd?

77. Deze laatste optie heeft volgens mij om verschillende redenen de voorkeur. Enerzijds ziet artikel 57, lid 1, EG, volgens de bewoordingen ervan, op kapitaalverkeer in verband met (33) het verrichten van financiële diensten, dat wil zeggen: voor zover dat verkeer die meebrengt. Anderzijds maakt een restrictieve uitlegging van het voorbehoud in artikel 57, lid 1, EG het ook mogelijk het nuttig effect van de vrijheid erga omnes van artikel 56 EG te behouden.

78. In casu dient eraan te worden herinnerd dat de WVpb ziet op belasting ter zake van dividenden die zijn ontvangen door in derde landen gevestigde beleggingsfondsen, zonder dat dienaangaande de betrekking tussen de deelnemers in dat fonds en het fonds zelf op enigerlei wijze van invloed is op de grondslag of het tarief van de belasting. De nationale maatregel heeft dus geen betrekking op kapitaalverkeer in verband met financiële diensten die door beleggingsfondsen voor hun deelnemers worden verricht, of deze deelnemers nu gevestigd zijn op het grondgebied van een lidstaat of van een derde land. Voor het overige vloeit uit de deelneming van een beleggingsfonds van een derde land in het kapitaal van vennootschappen van een lidstaat in zichzelf geen verrichting van een financiële dienst voort.

79. Ik meen dan ook dat het betrokken kapitaalverkeer, dat wil zeggen de verwerving door het beleggingsfonds van deelnemingen in het kapitaal van Poolse vennootschappen die aan dit fonds dividenden hebben uitgekeerd, die conform de WVpb zijn belast, geen verband houdt met het verrichten van de financiële diensten in de zin van artikel 57, lid 1, EG.

80. In tegenstelling tot wat de Poolse regering in haar opmerkingen voor het Hof heeft verdedigd, meen ik dan ook dat een beperking van het vrije verkeer van kapitaal zoals in het

hoofddeding niet binnen de werkingssfeer van artikel 57, lid 1, EG valt.

81. Tot slot moet nog worden onderzocht of deze beperking kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.

3. Rechtvaardiging van de beperking

82. De regeringen die in deze zaak opmerkingen hebben ingediend, hebben een aantal redenen genoemd die volgens hen de beperking in de WVpb zouden rechtvaardigen. De belangrijkste reden heeft te maken met de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen, die ook de Commissie onderschrijft. Voor het overige stellen deze regeringen dat het verschil in behandeling ook in stand zou kunnen blijven vanwege de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te bewaren of de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te waarborgen. De Duitse regering voegt hieraan toe dat het behouden van belastingopbrengsten een geldige rechtvaardiging zou kunnen zijn voor een beperking ten aanzien van derde landen.

83. Het lijkt mij niet noodzakelijk de gronden één voor één te onderzoeken, omdat mijns inziens de eerste grond reeds volstaat om de litigieuze beperking te rechtvaardigen. Ik zal dan ook primair de rechtvaardiging vanwege de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen onderzoeken, en de andere redenen, die overigens duidelijk minder overtuigend zijn, slechts subsidiair bekijken.

a) Noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen

84. De regeringen die hebben deelgenomen aan de procedure in deze zaak stellen dat wanneer de litigieuze beperking niet zou bestaan, de nationale belastingdiensten niet bij de bevoegde autoriteiten van de Verenigde Staten zouden kunnen nagaan of een in dat land gevestigd beleggingsfonds zijn activiteiten uitoefent onder voorwaarden die vergelijkbaar zijn met die in de Poolse wet op de beleggingsfondsen, waarnaar wordt verwezen in artikel 6, lid 1, punt 10, van de WVpb, waarbij richtlijn 85/611 is omgezet. De noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen, waarvan vaststaat dat het een dwingende reden van algemeen belang is⁽³⁴⁾, zou dus de weigering rechtvaardigen, de litigieuze belastingvrijstelling toe te kennen aan in de Verenigde Staten gevestigde beleggingsfondsen, omdat de belastingverdragen tussen de Republiek Polen en de Verenigde Staten van Amerika voor het overige niet bijdragen aan het verkrijgen van de vereiste informatie.

85. De Commissie deelt in wezen dit standpunt. Zij meent namelijk dat artikel 6, lid 1, punten 10 en 10a, van de WVpb behouden kan blijven. Door het ontbreken van een juridisch instrument waarmee de Poolse belastingdiensten en de verwijzende rechter het bewijs en de door het Amerikaanse beleggingsfonds verschaft informatie kunnen verifiëren om te beoordelen of dat fonds vergelijkbaar is met in Polen, in de Unie of in de EER gevestigde beleggingsfondsen, kan het Amerikaanse fonds immers niet aan laatstgenoemden gelijk worden gesteld.

86. Op enkele nuances na onderschrijf ik in wezen dit betoog.

87. Beleggingsfondsen uit derde landen zijn inderdaad, zoals de Poolse regering ter terechtzitting voor het Hof heeft erkend, hoe dan ook uitgesloten van de in de WVpb neergelegde vrijstelling van bronbelasting, zelfs wanneer zij zouden kunnen voldoen aan de vereisten voor deze vrijstelling.

88. Aangaande de betrekkingen tussen de lidstaten van de Unie heeft het Hof reeds geoordeeld dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat de belastingplichtige in staat is

relevante bewijsstukken over te leggen aan de hand waarvan de belastingautoriteiten van de lidstaat van heffing duidelijk en nauwkeurig kunnen controleren of hij niet probeert de betaling van de belastingen te vermijden of te omzeilen.(35)

89. Derhalve kan binnen de Unie de absolute weigering door een lidstaat om een belastingvoordeel toe te kennen aan een niet-ingezetene belastingplichtige, door hem te verbieden het bewijs te leveren dat hij kan voldoen aan de vereisten voor het verkrijgen van een dergelijk voordeel, in beginsel niet gerechtvaardigd worden door de noodzaak de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen, omdat een dergelijke weigering disproportioneel zou zijn.(36)

90. Deze rechtspraak, die betrekking heeft op beperkingen van de uitoefening van de vrijheden van verkeer binnen de Unie, kan evenwel niet integraal en automatisch worden getransponeerd naar de betrekkingen met derde landen, omdat het Hof van mening is dat de uitoefening van het vrije verkeer van kapitaal met deze landen, met inbegrip van de staten die door de EER-Overeenkomst zijn gebonden, in een andere juridische context valt.(37)

91. Om een dergelijk verschil in juridische context duidelijk te maken, benadrukt het Hof in het algemeen dat binnen de Europese Unie de bevoegde autoriteiten van de lidstaten beschikken over regelingen inzake wederzijdse bijstand, te weten richtlijn 77/799/EEG(38), waardoor ze met name de door niet-ingezetene belastingplichtigen verstrekte inlichtingen kunnen verifiëren met het oog op de juiste vaststelling van de belasting, maar dat deze regelingen zich niet als zodanig uitstrekken tot derde landen, omdat het kader voor samenwerking met de bevoegde autoriteiten van deze landen afhangt van multilaterale of bilaterale verbintenissen.(39)

92. In haar schriftelijke opmerkingen heeft de Commissie voorgesteld deze lijn in de rechtspraak te volgen. Voor zover in casu, volgens de verwijzende rechter en haar eigen analyse, noch de bepalingen (artikel 23) van de overeenkomst inzake dubbele belasting van 1974(40), noch de bepalingen (artikel 4) van het op 25 januari 1988 in Straatsburg ondertekende verdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) en de Raad van Europa inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken(41), waarbij de Verenigde Staten van Amerika partij zijn(42), het mogelijk maken de benodigde inlichtingen te verkrijgen met betrekking tot de oprichting en de werking van de beleggingsfondsen die krachtens de Wvpb vereist is voor de toekenning van de geëiste vrijstelling, is het litigieuze verschil in behandeling volgens haar gerechtvaardigd.

93. Een dergelijk betoog lijkt me echter niet relevant in deze zaak, zoals de Commissie overigens uiteindelijk ter terechtzitting heeft erkend.

94. Het verschil in juridische context tussen de samenwerking binnen de Unie enerzijds en de betrekkingen met derde landen anderzijds heeft in casu niet te maken met de regelingen voor samenwerking op fiscaal gebied, want net zo min als de verdragsbepalingen die de Republiek Polen en de Verenigde Staten van Amerika verbinden, voorziet richtlijn 77/799 in een regeling voor informatie-uitwisseling tussen de belastingdiensten van de lidstaten over de voorwaarden voor toelating, toezicht en werking van de beleggingsfondsen. Met andere woorden, zoals de verwijzende rechter terecht heeft benadrukt, blijft dit soort informatie, die krachtens de Wvpb vereist is voor de toekenning van de litigieuze vrijstelling, buiten de werkingssfeer van de regeling voor informatie-uitwisseling van richtlijn 77/799.

95. Mijns inziens berust het verschil in juridische context daarentegen vooral op het bestaan van een regeling op grond van richtlijn 85/611, waarvan derde landen uitgesloten zijn.

96. Zoals immers is opgemerkt in de vierde overweging van de considerans van ervan, stelt deze richtlijn gemeenschappelijke minimumregels vast met betrekking tot toelating van in de

lidstaten gevestigde icbe's (toelating die geldt voor elk van deze lidstaten), toezicht, inrichting, werkzaamheid en door hen te publiceren informatie. Icbe's kunnen niet worden toegelaten wanneer de beheermaatschappij (bij een instelling die rechtens geregeld is bij overeenkomst) of de beleggingsmaatschappij (bij een instelling die rechtens geregeld is bij statuten) niet voldoet aan de voorwaarden die vooraf zijn omschreven in de afdelingen III en IV van deze richtlijn, waarin de voorwaarden voor toegang en uitoefening van de activiteiten zijn opgenomen. Over het toezicht op de icbe's bepaalt richtlijn 85/611, in afdeling IX, dat de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, die over alle nodige bevoegdheden en controlemogelijkheden dienen te beschikken, nauw samenwerken bij de vervulling van hun taak en elkaar met het oog daarop alle vereiste inlichtingen verstrekken. De richtlijn geeft ook aan dat deze bepalingen inzake informatie-uitwisseling, zowel binnen een lidstaat als tussen lidstaten, onder bepaalde voorwaarden geen belemmering vormen voor de uitwisseling van gegevens tussen bevoegde autoriteiten en de autoriteiten waaraan van overheidswege het toezicht op de financiële instellingen en de financiële markten is opgedragen, de instanties die betrokken zijn bij de liquidatie, het faillissement of soortgelijke procedures van icbe's of ondernemingen die bij hun bedrijf betrokken zijn en de personen die met de controle van de jaarrekening van financiële instellingen belast zijn. Bovendien voorziet richtlijn 85/611, onder de voorwaarden van artikel 50 bis, in een systeem om in ieder geval aan de bevoegde autoriteiten snel melding te doen van elk feit of besluit dat een inbreuk ten gronde kan zijn op de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen inzake de vergunning of de voorschriften betreffende de uitoefening van de werkzaamheden van icbe's of ondernemingen die bij haar bedrijf betrokken zijn, dat een aantasting kan vormen van de bedrijfscontinuïteit van de icbe of een onderneming die bij haar bedrijf betrokken is, of leidt tot weigering van de goedkeuring van de jaarrekening of tot het uiten van voorbehouden.

97. Zelfs wanneer we ervan uitgaan dat een in een derde land gevestigd beleggingsfonds een reeks inlichtingen kan verstrekken op grond waarvan de autoriteiten van een lidstaat kunnen vaststellen dat het fonds beheerst wordt door regels die vergelijkbaar zijn met die welke van kracht zijn op het grondgebied van de lidstaat en waarbij de bepalingen van richtlijn 85/611 zijn omgezet, kunnen deze autoriteiten, bij gebrek aan een gemeenschappelijk kader dat overeenkomt met het kader dat van toepassing is binnen de Unie, zich noch vergewissen van de juistheid van de aan hen verstrekte informatie door zich te wenden tot de bevoegde autoriteiten van het betrokken derde land, noch van deze bevoegde autoriteiten inlichtingen krijgen over eventuele veranderingen in de status of de exploitatie van het beleggingsfonds. Dit is des te meer van belang omdat artikel 1, lid 5, van richtlijn 85/611 binnen de Unie de duurzaamheid van de status van de icbe's die onder deze richtlijn vallen, garandeert door van de lidstaten te eisen dat zij deze instellingen verbieden zich om te zetten in een instelling die niet onder deze richtlijn valt, iets wat in derde landen op geen enkele wijze gegarandeerd is.

98. Gezien deze omstandigheden is het mijns inziens legitiem om, in het licht van de criteria in de WVPb voor de toekenning van de litigieuze vrijstelling, een dergelijke vrijstelling voor een in een derde land gevestigd beleggingsfonds te weigeren wanneer er geen enkele verplichting tot informatie-uitwisseling met de bevoegde autoriteiten van dat land bestaat die overeenkomt met die tussen lidstaten van de Unie en de staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst, waarop de bepalingen van richtlijn 85/611 van toepassing zijn.

99. Aan deze conclusie wordt mijns inziens niet afgedaan door het feit dat de Poolse wetgever pas sinds 1 januari 2011 het voordeel van de litigieuze vrijstelling, na een door de Commissie ingeleide inbreukprocedure, ondubbelzinnig heeft uitgebreid naar op het grondgebied van een lidstaat van de Europese Unie of een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst gevestigde icbe's door aan artikel 6, lid 1, van de Wvpb een punt 10a toe te voegen, en evenmin door het feit dat richtlijn 85/611 zwijgt over de mogelijkheid van informatie-uitwisseling tussen de bevoegde autoriteiten in de zin van deze richtlijn en de belastingdiensten van een lidstaat.

100. Betreffende het eerste punt volstaat het op te merken dat de afwijkende regeling die van toepassing was op icbe's die zijn gevestigd op het grondgebied van een lidstaat van de Europese Unie of een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst, voorafgaand aan de wijziging van de Wvpb weliswaar terecht als schending van het in het EG-Verdrag opgenomen vrije verkeer van kapitaal kon worden gezien, zoals de Commissie overigens ook meende, maar dat een dergelijke vaststelling mijns inziens niet kon worden uitgebreid tot de afwijkende behandeling van in derde landen gevestigde beleggingsfondsen, juist vanwege het ontbreken van een verplichting tot informatie-uitwisseling voor de bevoegde autoriteiten van die landen die overeenkomt met die tussen lidstaten van de Europese Unie en de staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst, waarop de bepalingen van richtlijn 85/611 van toepassing zijn.

101. Met andere woorden, het feit dat de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen een beperking in de betrekkingen tussen de lidstaten van de Europese Unie en de staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst, zoals in artikel 6, lid 1, punt 10, van de Wvpb, niet kan rechtvaardigen, betekent niet dat deze beperking niet aan een in een derde land gevestigd beleggingsfonds kan worden tegengeworpen.

102. Evenzo betekent, wat het tweede punt betreft, het zwijgen van richtlijn 85/611 over de mogelijkheid van informatie-uitwisseling tussen autoriteiten die, in de zin van deze richtlijn, bevoegd zijn toezicht uit te oefenen op icbe's en belastingdiensten van de lidstaten niet dat het ook binnen de Unie niet mogelijk is toereikende inlichtingen aan deze autoriteiten over te dragen teneinde een persoonlijk belastingvoordeel als de litigieuze vrijstelling toe te kunnen kennen.

103. Om een dergelijk voordeel toe te kennen, kunnen de belastingdiensten van een lidstaat, ervan uitgaande dat zij bepaalde inlichtingen die hun worden verstrekt op basis van nationale bepalingen ter omzetting van richtlijn 85/611, niet rechtstreeks kunnen verkrijgen of verifiëren, immers genoeg nemen met de bevestiging door de bevoegde autoriteiten, in de zin van richtlijn 85/611, van hun lidstaat dat de door de icbe verstrekte inlichtingen juist zijn, eventueel nadat deze autoriteiten bepaalde inlichtingen hebben geverifieerd bij of gekregen van hun tegenhangers in andere lidstaten of in staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst. In de betrekkingen met derde landen bestaat een dergelijke mogelijkheid daarentegen niet.

104. Tot slot doet het feit dat het Hof in het arrest Santander Asset Management SGIIC e.a., reeds aangehaald, de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen met het oog op de Franse belastingwetgeving als rechtvaardiging heeft afgewezen, ook in de betrekkingen met derde staten, evenmin afbreuk aan de in deze conclusie voorgestelde uitgangspunten. Die afwijzing berustte immers op de omstandigheid dat de Franse regering geen gegevens had verstrekt die aantonen op welke wijze dit doel een belasting kan rechtvaardigen die niet-ingezeten icbe's treft.⁽⁴³⁾

105. Met het oog hierop, en in het licht van de juridische context die voor de betrekkingen tussen de lidstaten en de staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst anders is dan voor betrekkingen met derde landen, ben ik van mening dat de betrokken lidstaat een in de Wvpb opgenomen verschil in fiscale behandeling van dividenden uitgekeerd aan een beleggingsfonds in een derde

land kan rechtvaardigen met de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen.

106. Ik geef het Hof derhalve in overweging om op de tweede vraag van de verwijzende rechter te antwoorden dat artikel 56 EG en artikel 58 EG zich niet verzetten tegen de toepassing van een belastingregeling van een lidstaat, zoals in het hoofdgeding, krachtens welke geen belastingvrijstelling kan worden verleend voor dividenden die zijn uitgekeerd door in die lidstaat gevestigde vennootschappen aan een in een derde land gevestigd beleggingsfonds daar de autoriteiten van die lidstaat de eventueel door het beleggingsfonds verstrekte inlichtingen, in het bijzonder over de toelating en de werking van het beleggingsfonds, niet kunnen verifiëren bij gebreke van een juridisch kader en bestuurlijke samenwerking die overeenkomt met de samenwerking in de Unie en de EER.

107. Gelet op dit voorstel is het, zoals ik reeds heb benadrukt, niet strikt noodzakelijk de andere rechtvaardigingsgronden te beoordelen die zijn aangevoerd door de regeringen die hebben deelgenomen aan de onderhavige procedure. Uitsluitend voor het geval dat het Hof het voorstel dat ik zojuist gedaan heb niet volgt, zal ik dan ook kort ingaan op deze andere gronden.

b) Bewaren van de samenhang van het belastingstelsel

108. Volgens de Poolse regering is de vrijstelling waar het in casu om gaat nauw verbonden met de belasting over de betalingen die de beleggingsfondsen hebben gedaan aan de deelnemers van deze fondsen. De samenhang van het belastingstelsel wordt gewaarborgd door de garantie dat er een daadwerkelijke uniforme belasting op inkomsten van een bepaalde belastingplichtige is, ongeacht de lidstaat waarin deze inkomsten zijn ontvangen, waarbij rekening wordt gehouden met het bedrag van de belasting die in andere lidstaten betaald is.

109. De Duitse regering voegt hieraan in wezen toe dat het begrip fiscale samenhang in situaties waarbij derde landen betrokken zijn, met name wanneer het beleggingsfondsen betreft, zou moeten worden verbreed en de verschillende fasen van heffing in samenhang beoordeeld moeten worden, waarbij ervan wordt uitgegaan dat de dividenden worden uitgekeerd aan in het buitenland gevestigde deelnemers. Een dergelijke benadering zou een aanvulling zijn op de doelstelling de verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten te handhaven en zou des te meer gerechtvaardigd zijn daar het nationale stelsel waarop het hoofdgeding betrekking heeft, beoogt de investeringen in fondsen gelijk te stellen aan directe investeringen. Door het begrip samenhang dusdanig te verruimen dat heffingen ten aanzien van verschillende belastingplichtigen in samenhang worden bekeken, maar deze verruiming te beperken tot derde landen, kan buitensporig gebruik van deze rechtvaardigheidsgrond worden voorkomen.

110. Dit betoog, dat in wezen gelijk is aan dat van de Franse regering in de zaak Santander Asset Management SGIIC e.a. en in die zaak door het Hof is verworpen, zou mijns inziens eenzelfde lot moeten treffen.

111. Het is inmiddels vaste rechtspraak dat een beperking van het vrije verkeer alleen kan worden gerechtvaardigd met een beroep op het bewaren van de samenhang van het belastingstelsel indien wordt aangetoond dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken belastingvoordeel en de compensatie van dat voordeel door een bepaalde belastingheffing. Of het verband rechtstreeks is, moet aan de hand van het doel van de betrokken regeling worden beoordeeld.(44)

112. Evenmin als bij de Franse belastingregeling die aan het arrest Santander Asset Management SGIIC e.a. ten grondslag lag, is de vrijstelling van de dividenden van bronheffing in de Wvpb afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat de door een beleggingsfonds ontvangen dividenden

opnieuw door het fonds worden uitgekeerd en dat de vrijstelling van bronheffing kan worden gecompenseerd door de heffing van belasting over deze dividenden bij de deelnemers van dit beleggingsfonds.(45)

113. Bovendien zie ik geen enkele objectieve reden waarom deze uitlegging in de betrekkingen met derde landen zou moeten worden versoepeld of in twijfel getrokken, zoals de Duitse regering beweert. Voor het overige is dit standpunt gebaseerd op de onbewezen premisse dat de deelnemers van beleggingsfondsen in derde landen eveneens in die landen, of in ieder geval buiten het nationale grondgebied, gevestigd zijn, wat meebrengt dat de samenhang van een dergelijke belastingregeling van een lidstaat ongeacht het doel dat deze wetgeving nastreeft, in alle gevallen afhankelijk is van het onderzoek van het belastingstelsel dat op deze deelnemers in hun lidstaat van fiscale vestiging van toepassing is. Vanuit dit oogpunt zou dit betoog leiden tot een ontarding van het onderzoek naar de grond van samenhang van het belastingstelsel van een lidstaat, omdat dit onderzoek in beginsel moet worden gedaan met het oog op een en hetzelfde belastingstelsel.

114. Derhalve ben ik van mening dat de betrokken lidstaat zich niet kan beroepen op de doelstelling van algemeen belang van het bewaren van de samenhang van het belastingstelsel.

c) Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en behoud van belastingopbrengsten

115. Alleen de Duitse regering heeft de noodzaak van het waarborgen van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de Republiek Polen en de Verenigde Staten van Amerika en het behoud van belastingopbrengsten aangevoerd als gronden ter rechtvaardiging van de beperking waarvan in casu sprake is. Mijns inziens grijpen deze gronden in het betoog van deze regering zozeer in elkaar dat zij gezamenlijk dienen te worden onderzocht.

116. Ook al valt het betoog van de Duitse regering in wezen samen met de overwegingen die betrekking hebben op een verschil in juridische context tussen de betrekkingen binnen de Unie en de betrekkingen die de lidstaten onderhouden met derde landen, dat ik reeds heb besproken in het kader van het onderzoek naar de rechtvaardiging op grond van de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen, deze regering is meer algemeen van mening dat de betrokken personen zich bij kapitaalverkeer naar en uit derde landen uitsluitend kunnen beroepen op internemarktregels wanneer de wederzijdse openstelling van de markten in een internationale overeenkomst wordt gegarandeerd, omdat een beperking van de fiscale soevereiniteit van een lidstaat langs de weg van het vrije verkeer van kapitaal automatisch tot gevolg zou hebben dat belastbare materie naar een derde land wordt verplaatst.

117. De Duitse regering voegt hieraan toe dat de door het Hof geformuleerde argumenten voor situaties binnen de Unie, te weten dat een lidstaat die ervoor heeft gekozen om over dit soort inkomsten geen belasting te heffen van op zijn grondgebied gevestigde ontvangende vennootschappen, zich ter rechtvaardiging van het heffen van belasting van ontvangende vennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, niet kan beroepen op de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen, of dat de Republiek Polen niet moet afzien van zijn recht om belasting te heffen over inkomsten die door een economische activiteit op zijn grondgebied worden gegenereerd omdat de door ingezeten vennootschappen uitgekeerde dividenden immers reeds belast zijn als winst van de uitkerende vennootschappen, niet van toepassing zijn op een situatie waarbij derde landen betrokken zijn.

118. In dat kader stelt de Duitse regering ook dat het behoud van nationale belastingopbrengsten moet worden erkend als autonome rechtvaardigingsgrond ten aanzien van derde landen. De interne markt is immers gericht op het waarborgen van een efficiënte toewijzing van middelen binnen de Unie en verbiedt daarom een specifieke heffing voor grensoverschrijdende situaties ten

opzichte van interne situaties, om de fiscale neutraliteit van deze markt te waarborgen. Derde landen, die geen deel uitmaken van deze markt, zijn dus tegenover lidstaten niet gehouden een vergelijkbaar verlies aan belastingopbrengsten te aanvaarden. Het vrije verkeer van kapitaal kan lidstaten dus niet dwingen ten gunste van derde landen af te zien van belastingopbrengsten. Bovendien ontbreekt in de betrekkingen met derde landen ook het institutionele tegenwicht van het nader tot elkaar brengen van de wetgeving van de lidstaten (artikelen 114 VWEU en 115 VWEU), dat kan bijdragen aan de coördinatie binnen de interne markt van de fiscale belangen van de verschillende lidstaten ten opzichte van de marktdeelnemers.

119. Dit standpunt overtuigt mij niet.

120. In de eerste plaats: voor zover dit betoog beoogt het vrije verkeer van kapitaal naar en uit derde landen in het algemeen afhankelijk te stellen van een voorwaarde van wederkerigheid, moet worden vastgesteld dat in het EG-Verdrag (evenals, tegenwoordig, het VWEU) niet in een dergelijk vereiste is voorzien. Daaraan is overigens, in algemene bewoordingen, door het Hof uitdrukkelijk herinnerd in de punten 127 en 128 van het arrest Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen.

121. Bovendien voorziet het EG-Verdrag (en inmiddels het VWEU) in de vaststelling van verschillende maatregelen in de Unie, zoals die welke zijn voorzien in de artikelen 57, lid 3, EG en 59 EG, die specifiek van toepassing zijn op kapitaalverkeer naar of uit derde landen en die juist zijn ingesteld om te voldoen aan de wens van de Hoge Verdragsluitende Partijen om deze vrijheid in te perken, doordat maatregelen zijn toegestaan die wat betreft de liberalisatie van dit verkeer in de betrekkingen met derde landen een teruggang in het Unierecht betekenen of door tijdelijke beschermingsmaatregelen toe te staan.(46)

122. Het bestaan van dergelijke bepalingen, die specifiek en uitputtend het in artikel 56 EG neergelegde vrije verkeer van kapitaal ten aanzien van derde landen beperken, toont eveneens aan dat het vrije verkeer van kapitaal niet kan worden onderworpen aan een extra wederkerigheidsvoorwaarde die niet in het EG-Verdrag is opgenomen.

123. In de tweede plaats dient te worden opgemerkt dat het Hof in het arrest Santander Asset Management SGIC e.a. op basis van inmiddels vaste rechtspraak heeft geoordeeld dat een lidstaat die ervoor heeft gekozen om bij ingezetenen icbe's geen belasting te heffen over de dividenden van nationale oorsprong die zij ontvangen, zich niet kan beroepen op de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen om te rechtvaardigen dat niet-ingezetenen vennootschappen die dergelijke inkomsten ontvangen, wel worden belast.(47) Wanneer een lidstaat immers eenzijdig, en met name om economische dubbele belasting te vermijden, besluit om af te zien van het uitoefenen van zijn belastingbevoegdheid ten aanzien van inkomsten die door zijn ingezetenen zijn ontvangen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden, is het niet logisch dat hij de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te waarborgen, aanvoert om te rechtvaardigen dat hij deze bevoegdheid in identieke omstandigheden enkel ten aanzien van door niet-ingezetenen inkomsten ontvangen wel uitoefent.

124. Afgezien van de vraag naar de lagere belastingopbrengsten, die overigens door de Duitse regering is opgeworpen en die ik meteen hierna zal onderzoeken, zie ik niet hoe dit gebrek aan samenhang van een door een lidstaat ten aanzien van andere lidstaten aangevoerd argument geen probleem meer zou zijn wanneer het wordt ingeroepen tegen derde landen. Nu de Duitse regering zich over dit punt niet verder heeft uitgesproken, denk ik niet dat het aan het Hof is hier meer tijd aan te besteden.

125. Tot slot heeft het Hof, met betrekking tot de vermindering van de belastingopbrengsten,

inderdaad al geoordeeld dat het niet uitgesloten is dat een lidstaat kan aantonen dat een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen om een bepaalde reden gerechtvaardigd is in omstandigheden waarin die reden geen geldige rechtvaardiging zou opleveren voor een beperking van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten.(48)

126. Tot nu toe heeft het Hof, ook in de betrekkingen met andere derde landen dan staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst, geweigerd te erkennen dat een vermindering van de belastingopbrengsten een dwingende reden van algemeen belang kan vormen die een maatregel kan rechtvaardigen die het vrije verkeer van kapitaal beperkt.(49)

127. Mijns inziens hoeft deze benadering niet te worden weerlegd. Niet alleen blijven de Poolse vennootschappen onderworpen aan winstbelasting, maar op langere termijn kan de betrokken lidstaat er, om enerzijds te garanderen dat alle beleggingsfondsen waaraan dividenden worden uitgekeerd, gelijk worden behandeld, en anderzijds een vermindering van de belastingopbrengsten te voorkomen, heel goed van afzien dubbele belasting te voorkomen, aangezien het Unierecht momenteel niet vereist maatregelen vast te stellen of in stand te houden die gericht zijn op afschaffing van dubbele belasting.(50)

128. Ik ben dan ook van mening dat de aan de orde zijnde beperking niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te waarborgen en de belastingopbrengsten van de betrokken lidstaat te behouden.

129. Gezien het door mij voorgestelde antwoord op de tweede vraag van de verwijzende rechter, dat in wezen inhoudt dat de aan de orde zijnde beperking gerechtvaardigd wordt door de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen, behoeft geen uitspraak te worden gedaan op het subsidiaire verzoek van de Poolse regering de gevolgen van het te wijzen arrest in de tijd te beperken.

III – Conclusie

130. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door de Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy gestelde prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„1) Artikel 56 EG moet aldus worden uitgelegd dat deze bepaling kan worden ingeroepen tegen de toepassing van een belastingregeling van een lidstaat, zoals in het hoofdgeding, krachtens welke dividenden die zijn uitgekeerd door in die lidstaat gevestigde vennootschappen aan een beleggingsfonds in een derde land niet kunnen profiteren van een belastingvrijstelling.

2) De artikelen 56 EG en 58 EG verzetten zich niet tegen de toepassing van een belastingregeling van een lidstaat, zoals in het hoofdgeding, krachtens welke geen belastingvrijstelling kan worden verleend voor dividenden die zijn uitgekeerd door in die lidstaat gevestigde vennootschappen aan een in een derde land gevestigd beleggingsfonds daar de autoriteiten van die lidstaat de eventueel door het beleggingsfonds verstrekte inlichtingen, in het bijzonder over de toelating en de werking van het beleggingsfonds, niet kunnen verifiëren bij gebreke van een juridisch kader en bestuurlijke samenwerking die overeenkomt met de samenwerking in de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte.”

1 – Oorspronkelijke taal: Frans.

2 – Na de vaststelling van de wet van 25 november 2010, die in werking is getreden op 1 januari 2011, vallen in een lidstaat van de Europese Unie of in een andere staat van de Europese Economische Ruimte gevestigde beleggingsfondsen eveneens onder de vrijstelling indien zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 6, lid 1, punt 10a, van de Wvfb.

3 – De Spaanse, de Finse en de Franse regering hebben over deze eerste vraag geen uitdrukkelijk standpunt ingenomen, maar zij hebben uitsluitend geantwoord op de tweede vraag, vanuit het oogpunt van het vrije verkeer van kapitaal.

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

5 – Arrest Fidium Finanz, reeds aangehaald (punten 2 en 45-47). Het spreekt voor zich dat het Hof heeft uitgesloten dat de vennootschap naar Zwitsers recht als een in een derde land gevestigde rechtspersoon de vrijheid van dienstverrichting kan invoeren.

6 – Zie in die zin arresten van 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen (C-436/08 en C-437/08, Jurispr. blz. I-305, punt 33); 15 september 2011, Accor (C-310/09, Jurispr. blz. I-8115, punt 30), en 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, punt 89).

7 – Zie in die zin arresten van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punt 36), en 26 juni 2008, Burda (C-284/06, Jurispr. blz. I-4571, punt 71) en beschikking van 4 juni 2009, KBC Bank en Beleggen, Risicokapitaal, Beheer (C-439/07 en C-499/07, Jurispr. blz. I-4409, punt 69).

8 – Zie onder meer, zij het ambigu, arrest van 24 mei 2007, Holböck (C-157/05, Jurispr. blz. I-4051, punten 23-29), en beschikking KBC Bank en Beleggen, Risicokapitaal, Beheer, reeds aangehaald (punten 70 en 71). Zie over de fiscale behandeling van een overname tussen twee Duitse ingezetenen die de overdracht van 100 % van de aandelen in het maatschappelijk kapitaal van een Canada gevestigde vennootschap behelsde ook arrest van 19 juli 2012, Scheunemann (C-31/11, punten 31-34).

9 – Zie in die zin arrest Holböck, reeds aangehaald (punt 28), en arrest van 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald (punt 97).

10 – Zie in die zin arrest van 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald (punten 99 en 100).

11 – Zie voor het onderscheid tussen „directe investeringen” en „portefeuillebeleggingen” onder meer arrest van 17 september 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, Jurispr. blz. I-8591, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Pro memorie, de toepassing, in casu, van het percentage van 15 % van het brutobedrag van de dividenden vloeit voort uit de bepaling van artikel 11, lid 2, sub b, van de overeenkomst inzake dubbele belasting van 1974, die van toepassing is in gevallen waarin de investeerder niet ten minste 10 % van het kapitaal van de Poolse uitkerende vennootschap bezit.

12 – Zie in die zin arrest Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen, reeds aangehaald (punt 50), en arrest van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11–C-347/11, punt 15).

13 – Zie in die zin arrest Santander Asset Management SGIIC e.a., reeds aangehaald (punt 17).

14 – Zie onder meer arrest van 10 februari 2011, Missionswerk Werner Heukelbach (C-25/10,

Jurispr. blz. I?497, punt 29), en arrest Santander Asset Management SGIIC e.a., reeds aangehaald (punt 23).

15 – PB L 375, blz. 3. Deze richtlijn is met ingang van 1 juli 2011 ingetrokken en vervangen door richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) (PB L 302, blz. 32).

16 – Zie arrest Santander Asset Management SGIIC e.a., reeds aangehaald (punten 27 en 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en arrest van 25 oktober 2012, Commissie/België (C?387/11, punt 65).

17 – Punten 44 en 16. Bij derde landen ging het in casu om in de Verenigde Staten gevestigde icbe's, zoals blijkt uit punt 6 van dit arrest.

18 – Arrest Santander Asset Management SGIIC e.a. (punten 39 en 41). Zoals het Hof in punt 40 van dit arrest heeft geoordeeld, onderscheidde de situatie in de zaak van dit arrest zich dus van die in het arrest van 20 mei 2008, Orange European Smallcap Fund (C?194/06, Jurispr. blz. I?3747), waarin sprake was van een belastingregeling waarin de fiscale vrijstelling van de icbe's afhankelijk was van de voorwaarde dat alle winst van deze instellingen aan de deelnemers ervan werd uitgekeerd.

19 – Zie met name arresten van 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C?303/07, Jurispr. blz. I?5145, punten 43 en 44); 19 november 2009, Commissie/Italië (C?540/07, Jurispr. blz. I?10983, punten 53 en 54); 3 juni 2010, Commissie/Spanje (C?487/08, Jurispr. blz. I?4843, punt 53), en 20 oktober 2011, Commissie/Duitsland (C?284/09, Jurispr. blz. I?9879, punt 58).

20 – Zie in die zin in het bijzonder arresten Commissie/Italië, reeds aangehaald (punt 39) en Commissie/Duitsland, reeds aangehaald (punt 70).

21 – Zie in die zin arrest Santander Asset Management SGIIC e.a., reeds aangehaald (punt 54).

22 – Zie in die zin arrest Holböck, reeds aangehaald (punt 40).

23 – Zie punt 6 van de schriftelijke opmerkingen van de Commissie, die zij ter terechtzitting heeft herhaald. Punt 10 van artikel 6, lid 1, WVpb is ingevoerd bij wet van 28 augustus 1997.

24 – Zie in het bijzonder arrest Holböck, reeds aangehaald (punt 41) en arresten van 18 december 2007, A (C?101/05, Jurispr. blz. I?11531, punt 49), en 11 februari 2010, Fokus Invest (C?541/08, Jurispr. blz. I?1025, punt 42).

25 – PB L 178, blz. 5. Dit artikel is bij het Verdrag van Amsterdam ingetrokken.

26 – Zie in het bijzonder arrest Holböck, reeds aangehaald (punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 – Zie in die zin onder meer reeds aangehaalde arresten Orange European Smallcap Fund (punten 98?102) en Glaxo Wellcome (punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arrest van 10 november 2011, Commissie/Portugal (C?212/09, blz. I?10889, punt 47).

28 – Zie onder meer arrest van 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald (punt 103 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29 – In het arrest Holböck heeft het Hof erkend dat artikel 57, lid 1, EG betrekking kon hebben op

de beperkingen van het vrije kapitaalverkeer die in een wettelijke regeling zijn opgenomen die zonder onderscheid van toepassing is op lidstaten en op derde landen en die de uitkering van dividenden betrof. In de zaak die heeft geleid tot dat arrest ging het echter om deelnemingen tussen de aandeelhouder en de betrokken vennootschap die de aandeelhouder de mogelijkheid boden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap.

30 – Arrest van 7 juni 2012 (C-39/11).

31 – Te weten punt 37 van het arrest van 4 juni 2002, Commissie/Frankrijk (C-483/99, Jurispr. blz. I-4781), en punt 38, met dezelfde bewoordingen, van het arrest van dezelfde datum, Commissie/België (C-503/99, Jurispr. blz. I-4809).

32 – Zie hiervoor arrest van 17 oktober 2013, Welte (C-181/12, punt 29) en punt 51 van mijn conclusie in de zaak die heeft geleid tot dat arrest.

33 – Ook al lijken sommige taalversies van dit artikel, zoals de Duitse en de Poolse, nogal neutraal, de Spaanse („supongan”), Engelse („involving”), Italiaanse („implichino”) en Portugese versie („envolva”) lijken mij te bevestigen dat er een zeker oorzakelijk verband bestaat tussen het betreffende kapitaalverkeer en het verrichten van financiële diensten. De „neutrale” versies verzetten zich in ieder geval niet tegen een strikte uitlegging van artikel 57, lid 1, EG, vanwege de noodzaak het nuttig effect van de vrijheid van artikel 56 EG te behouden.

34 – Zie in het bijzonder arrest van 6 oktober 2011, Commissie/Portugal (C-493/09, Jurispr. blz. I-9247, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 – Zie onder meer arrest A, reeds aangehaald (punt 59), en arrest van 6 oktober 2011, Commissie/Portugal, reeds aangehaald (punt 46).

36 – Zie in die zin onder meer arrest van 6 oktober 2011, Commissie/Portugal, reeds aangehaald (punt 46).

37 – Zie in die zin reeds aangehaalde arresten A (punt 60) en Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen (punt 65).

38 – 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, bepaalde accijnzen en heffingen op verzekeringspremies (PB L 336, blz. 15), zoals gewijzigd bij richtlijn 2004/106/EG van de Raad van 16 november 2004 (PB L 359, blz. 30; hierna: „richtlijn 77/799”), in de versie zoals deze van toepassing was ten tijde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingjaren.

39 – Zie in die zin onder meer reeds aangehaalde arresten Commissie/Italië (punten 70 en 71) en Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen (punten 66 en 67).

40 – Artikel 23 van deze overeenkomst bepaalt onder meer dat de bevoegde autoriteiten overgaan tot de uitwisseling van informatie die noodzakelijk is voor de uitvoering van de bepalingen van deze overeenkomst of tot het vermijden van fraude of voor het beheer van de uitvoering van de belangrijkste bepalingen inzake belastingen waarop de overeenkomst van toepassing is, op voorwaarde dat de aard van de informatie toestaat dat deze wordt overgedragen overeenkomstig het recht en de bestuurlijke praktijk van iedere staat die partij is bij het verdrag ten aanzien van zijn eigen belastingen.

41 – Dit verdrag is op 1 april 1995 in werking getreden. Artikel 4 van dit verdrag geeft aan dat de

verdragsluitende partijen informatie uitwisselen die met name relevant lijkt om te kunnen overgaan tot de vaststelling en het innen van de belastingen, de invordering van belastingvorderingen of uitvoeringsmaatregelen die hierop betrekking hebben. De tekst van de overeenkomst is beschikbaar op <http://conventions.coe.int>.

42 – De Verenigde Staten van Amerika hebben dit verdrag ondertekend op 26 augustus 1989 en het geratificeerd op 13 februari 1991.

43 – Zie arrest Santander Asset Management SGIIC e.a., reeds aangehaald (punt 54).

44 – Zie arrest Santander Asset Management SGIIC e.a., reeds aangehaald (punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 – Zie naar analogie arrest Santander Asset Management SGIIC e.a., reeds aangehaald (punt 52). Zie in die zin ook arrest van 6 oktober 2011, Commissie/Portugal, reeds aangehaald (punten 37-39).

46 – Deze uitlegging wordt ook bevestigd door de bewoordingen van artikel 57, lid 1, EG, waarin, in tegenstelling tot artikel 7, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 88/361, dat daaraan voorafgaat, het behouden van de betrokken nationale bepalingen tegenover derde landen niet afhankelijk is gesteld van „eventuele wederkerigheidsvoorwaarden”.

47 – Punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

48 – Zie onder meer arrest Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen, reeds aangehaald (punt 120 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

49 – Ibidem (punten 125 en 126).

50 – Zie in die zin onder meer arresten van 6 december 2007, Columbus Container Services (C-298/05, Jurispr. blz. I-10451, punt 45), en 8 december 2011, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, Jurispr. blz. I-13023, punt 31). Zie ook beschikking van 19 september 2012, Levy en Sebbag (C-540/11, punten 24-29).