

**CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL**

**P. MENGOZZI**

van 18 december 2014 (1)

**Zaak C-560/13**

**Finanzamt Ulm**

**tegen**

**Ingeborg Wagner-Raith, rechtsopvolgster van Maria Schweier**

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

„Niet-voorgelegde prejudiciële vraag – Vrij verkeer van kapitaal – Artikel 73 C EG-Verdrag – Artikel 57 EG – Standstillclausule – Derde landen – Landen en gebieden overzee (LGO) – Regeling van een lidstaat die voorziet in de forfaitaire belasting van de inkomsten uit buitenlandse beleggingsfondsen die geen nauwkeurige inlichtingen over de resultaten aan de beleggers verstrekken („zwarte” fondsen) – Verrichten van financiële diensten – Directe investeringen”

**I – Inleiding**

1. Met het onderhavige prejudiciële verzoek wenst het Bundesfinanzhof (Duitsland) duidelijkheid te verkrijgen over de formulering „kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen [...] [of] het verrichten van financiële diensten” in artikel 73 C EG-Verdrag en, sinds 1 mei 1999, in artikel 57, lid 1, EG.(2)
2. Aan dit verzoek ligt een geding ten grondslag tussen Ingeborg Wagner-Raith, als rechtsopvolgster van Maria Schweier, en het Finanzamt Ulm ter zake van de belasting van kapitaalinkomsten uit deelnemingen in op de Kaaimaneilanden gevestigde beleggingsfondsen uit hoofde van de fiscale jaren 1997 tot en met 2003.
3. Het staat vast dat de belastingverplichtingen van de deelnemers in beleggingsfondsen tijdens de gehele betrokken periode in Duitsland werden beheerst door het Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen(3) (Duitse wet inzake de verkoop van aandelen in buitenlandse beleggingsfondsen en inzake de belasting van de inkomsten uit deelnemingen in buitenlandse beleggingen; hierna: „AuslInvestmG”). Deze wet onderscheidde drie categorieën buitenlandse beleggingsfondsen die, naargelang de naleving van het AuslInvestmG door deze fondsen, gewoonlijk werden aangeduid als „witte”, „grijze” of „zwarte” fondsen.
4. Zo werd krachtens § 17, lid 3, AuslInvestmG een fonds geacht onder de eerste categorie te vallen wanneer de buitenlandse beleggingsmaatschappij hetzij haar voornemen om deelnemingen in buitenlandse beleggingsfondsen aan het Duitse publiek te verkopen bij de Duitse

toezichthoudende autoriteit had aangemeld, hetzij, in het geval van toelating van deze deelnemingen tot een officiële notering of tot de handel op een Duitse gereguleerde markt, een vertegenwoordiger met vestigingsplaats in Duitsland had benoemd en was voldaan aan onder andere bepaalde mededelings- en bekendmakingsverplichtingen. In dat geval werden de deelnemers in de fondsen in de regel belast volgens dezelfde beginselen inzake „transparantie” als de deelnemers in een Duitse beleggingsmaatschappij, dat wil zeggen alsof zij zelf rechtstreeks de inkomsten uit hun deelnemingen in het beleggingsfonds hadden behaald.(4) De heffingsgrondslag was gebaseerd op de feitelijke winstuitkeringen en bepaalde daarmee gelijkgestelde opbrengsten.(5)

5. Wanneer een buitenlandse beleggingsmaatschappij niet voldeed aan de vereisten van § 17, lid 3, AuslInvestmG, maar het bewijs leverde, door de overlegging van documenten, van de feitelijk uitgekeerde winst alsook van bepaalde „als uitgekeerd beschouwde opbrengsten” en bovendien, overeenkomstig § 18, lid 2, AuslInvestmG, een in Duitsland gevestigde vertegenwoordiger benoemde, dan viel het fonds onder de zogenoemde „grijze” fondsen. In dat geval werden de deelnemers in die beleggingsfondsen krachtens § 18, lid 1, AuslInvestmG in beginsel op dezelfde wijze belast als deelnemers in „witte” fondsen.

6. Voldeed een buitenlandse beleggingsmaatschappij noch aan de vereisten van § 17, lid 3, AuslInvestmG, noch aan die van § 18, lid 2, van deze wet, dan werd zij aangemerkt als een „zwart” fonds, waarvan de deelnemers werden belast overeenkomstig § 18, lid 3, AuslInvestmG. Volgens deze bepaling werd geacht een forfaitair bedrag aan de deelnemers te zijn uitgekeerd. Dit forfaitair bedrag bedroeg 90 % van het verschil tussen de eerste in het kalenderjaar vastgestelde wederinkoopprijs en de laatste in het kalenderjaar vastgestelde wederinkoopprijs van een beleggingsdeelneming, met een minimum van 10 % van de laatste in het kalenderjaar vastgestelde wederinkoopprijs. Was een dergelijke wederinkoopprijs niet vastgesteld, dan diende de op de beurs genoteerde prijs of de marktprijs te worden toegepast. Dit forfaitaire bedrag was bindend en het was niet mogelijk hiertegen op te komen door overlegging van tegenbewijs aan de hand van met name boekhoudbescheiden over de behaalde maar niet aan de beleggingsdeelnemers uitgekeerde opbrengsten.

7. Het is juist de toepassing van de regeling inzake de forfaitaire belasting van kapitaalinkomsten uit „zwarte” fondsen die tot het hoofdeding heeft geleid.

8. Schweier – houdster van een depot bij de LGT Bank in Liechtenstein AG (hierna: „LGT Bank”) met hierin ook deelnemingen in op de Kaaimaneilanden gevestigde beleggingsfondsen – deed bij de Duitse belastingautoriteiten aangifte van haar inkomsten over de jaren 1997 tot en met 2003 onder gelijktijdige overlegging – met toepassing van § 18, lid 3, AuslInvestmG – van documenten die de LGT aan haar ter beschikking had gesteld.

9. De Duitse belastingautoriteiten wijzigden de aanslagen inkomstenbelasting over de betrokken jaren en stelden, voor elk van deze jaren, voor Schweier kapitaalinkomsten uit het depot bij de LGT Bank vast van in totaal meer dan 623 000 EUR.

10. Schweier diende hiertegen een bezwaarschrift in, waarbij zij zich beriep op strijdigheid van de in § 18, lid 3, AuslInvestmG geregelde forfaitaire belasting met het vrije kapitaalverkeer. Zij verzocht de Duitse belastingautoriteiten om haar feitelijke inkomsten te schatten conform § 18, lid 1, AuslInvestmG. Hiertoe stelde zij aan deze autoriteiten de hiervoor noodzakelijke documenten en berekeningen ter beschikking.

11. Nadat dit bezwaar door de Duitse belastingautoriteiten was afgewezen, stelde Schweier beroep in bij het Finanzgericht Baden-Württemberg, dat het beroep grotendeels toewees wegens strijd van § 18, lid 3, AuslInvestmG met het vrije kapitaalverkeer. Bijgevolg wijzigde deze

rechterlijke instantie – uitgaande van de door Schweier berekende feitelijke winsten – voor elk van de betrokken belastingjaren de berekening van het bedrag van de door Schweier ontvangen kapitaalinkomsten. Het door het Finanzgericht berekende eindbedrag bedroeg ongeveer 285 000 EUR.

12. De Duitse belastingautoriteiten hebben vervolgens beroep in „Revision” ingesteld bij het Bundesfinanzhof en hierbij aangevoerd dat, wat het kapitaalverkeer tussen de lidstaten en derde landen betreft, § 18, lid 3, AuslInvestmG onder de standstillclausule van artikel 57, lid 1, EG viel. Deze bepaling zou moeten worden toegepast op een situatie als die in het hoofdgeding, aangezien de situaties die worden beheerst door het AuslInvestmG betrekking hebben op hetzij het verrichten van financiële diensten, hetzij het begrip „directe investering” in de zin van artikel 57, lid 1, EG.

13. Volgens het Bundesfinanzhof voldoet het AuslInvestmG weliswaar aan de in artikel 57, lid 1, EG bepaalde temporele en personele voorwaarden, aangezien deze regeling sinds 31 december 1993 in wezen niet gewijzigd zou zijn en in casu betrekking heeft op deelnemingen in beleggingsfondsen waarvan de beheersmaatschappijen in een derde land gevestigd zijn, maar lijkt niet te zijn voldaan aan de materiële voorwaarde, hetgeen verwerping van het beroep in „Revision” van de belastingautoriteiten zou betekenen. Volgens de verwijzende rechter staat het namelijk buiten kijf dat, wanneer artikel 57, lid 1, EG niet van toepassing is op het hoofdgeding – hetgeen deze rechter geneigd is aan te nemen – de in § 18, lid 3, AuslInvestmG bedoelde forfaitaire belasting, gecombineerd met, in de eerste plaats, de algehele uitsluiting van de mogelijkheid van de belegger om bewijs van zijn daadwerkelijke inkomsten te leveren indien het beleggingsfonds niet voldoet aan de voorwaarden van § 17, lid 3, AuslInvestmG, alsmede, in de tweede plaats, het feit dat geen binnenlandse vertegenwoordiger overeenkomstig § 18, lid 2, AuslInvestmG is benoemd, duidelijk niet verenigbaar is met het in artikel 56 EG verankerde vrije kapitaalverkeer en noch uit hoofde van artikel 58 EG, noch om dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd is. Om die reden is het volgens de verwijzende rechter, onder verwijzing naar het arrest Cilfit e.a.(6), niet nodig om aan het Hof een prejudiciële vraag inzake de uitlegging van de artikelen 56 EG en 58 EG voor te leggen.

14. Aangezien het Bundesfinanzhof evenwel enkele twijfels bleef houden over de omvang van de materiële werkingssfeer van artikel 57, lid 1, EG, in het bijzonder na het arrest VBV – Vorsorgekasse(7) met betrekking tot de uitlegging van het begrip directe investering, heeft deze rechterlijke instantie de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Verzet het vrije kapitaalverkeer van artikel 56 EG zich, in geval van deelneming in fondsen uit derde landen, niet tegen een nationale regeling (hier: § 18, lid 3, AuslInvestmG) die bepaalt dat aan binnenlandse deelnemers in buitenlandse beleggingsfondsen onder bepaalde voorwaarden naast de uitkeringen fictieve inkomsten ten belope van 90 % van het verschil tussen de eerste en de laatste wederinkoopprijs van het jaar, maar ten minste 10 % van de laatste wederinkoopprijs (of van de beurs- of de marktwaarde) dienen te worden toegerekend, omdat de sinds 31 december 1993 in wezen ongewijzigde regeling in verband staat met het verrichten van financiële diensten in de zin van de standstillclausule van artikel 57, lid 1, EG?

Ingeval de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

2) Vormt de deelneming in een dergelijk beleggingsfonds dat gevestigd is in een derde land, steeds een directe investering in de zin van artikel 57, lid 1, EG of is zulks ervan afhankelijk of de deelneming volgens de nationale bepalingen van het land van vestiging van het fonds of op andere gronden aan de belegger de mogelijkheid biedt effectief deel te nemen aan het bestuur van of de zeggenschap over het beleggingsfonds?”

15. Er zijn met betrekking tot deze vragen schriftelijke opmerkingen ingediend door de Duitse en de Italiaanse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede de Europese Commissie. Wagner-Raith, de Duitse regering en de Commissie zijn voorts gehoord ter terechtzitting van 20 november 2014, waar de andere belanghebbende partijen niet vertegenwoordigd waren.

## II – Analyse

### A – *Reikwijdte van de prejudiciële verwijzing*

16. Zoals ondubbelzinnig blijkt uit de bewoordingen en de motivering van de prejudiciële verwijzing verzoekt de verwijzende rechter het Hof enkel om uitlegging van artikel 57, lid 1, EG, met uitsluiting van artikel 56 EG, dat – zoals bekend – alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verbiedt.

17. Het is voor de verwijzende rechter namelijk volstrekt helder dat dienaangaande geen vraag aan het Hof hoeft te worden voorgelegd, aangezien de belastingregeling waar het in het hoofdgeding om gaat naar zijn oordeel duidelijk niet verenigbaar is met het in voornoemd artikel verankerd vrije kapitaalverkeer.

18. Bij zijn antwoord dient het Hof dus ervan uit te gaan dat de betrokken belastingregeling – die van toepassing is op beleggers die deelnemen in zwarte beleggingsfondsen – in beginsel in strijd is met artikel 56 EG.

19. Zoals ik reeds heb kunnen constateren, veroorlooft het Hof zich weliswaar in sommige gevallen, teneinde de nationale rechter van een dienstig antwoord te voorzien en ondanks de door deze gehanteerde afbakening van de prejudiciële verwijzing, om hetzij op grond van de feiten en de in de procedure aangevoerde argumenten na te gaan of een bepaling van Unierecht die geen onderwerp is van het prejudiciële verzoek, niettemin op de zaak van toepassing kan zijn, hetzij de gestelde vragen te herformuleren om op verzoek van partijen of ambtshalve een of meer bepalingen te betrekken bij de uitlegging van het recht van de Unie.(8)

20. Hoe legitiem en lovenswaardig een dergelijke benadering ook moge zijn – volgens de Commissie verdient zij in casu zelfs de voorkeur –, zij moet niettemin enerzijds worden verzoend met de lijn in de rechtspraak die enkel aan de verwijzende rechter de bevoegdheid toekent om de aan het Hof voor te leggen vragen te bepalen en te formuleren.(9) Anderzijds moet deze benadering ook op één lijn worden gebracht met de – ook door de verwijzende rechter aangehaalde – rechtspraak volgens welke een nationale rechter waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, niet stelselmatig gehouden is het Hof een vraag te stellen over een Unierechtelijke bepaling die hij moet toepassen in een bij hem aanhangig geding, in het bijzonder wanneer er reeds vaste rechtspraak over de betrokken rechtsvraag is of de juiste toepassing van het Unierecht zo evident is, dat er redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan.(10)

21. In een situatie als in de onderhavige zaak waarin het Hof – ofschoon hem een prejudicieel verzoek overeenkomstig artikel 267 VWEU is voorgelegd – niet door de verwijzende rechter wordt

verzocht om een antwoord op alle voor de nationale rechter gerezen Unierechtelijke vragen, ben ik van mening dat het Hof zich terughoudend moet opstellen en enkel de aan hem gestelde vragen over de uitlegging van artikel 57 EG moet beantwoorden en niet het onderwerp van het prejudiciële verzoek mag uitbreiden tot de bewust niet voorgelegde vraag, te weten die inzake de uitlegging van artikel 56 EG.

22. Zoals ik namelijk in punt 19 van mijn conclusie in de zaak Fonnship en Svenska Transportarbetareförbundet(11) heb uiteengezet, weigert het Hof, zoals blijkt uit zijn rechtspraak, tot op heden stelselmatig om het onderwerp van een prejudicieel verzoek te wijzigen of uit te breiden tot buiten het kader dat door de nationale rechter is bepaald, wanneer de verwijzende rechter expliciet of impliciet heeft geweigerd een (aanvullende) vraag aan het Hof voor te leggen over de uitlegging van het Unierecht, die uitdrukkelijk door een van de partijen in het hoofdgeding is opgeworpen.

23. Hieraan wordt niet afgedaan door het arrest Fonnship en Svenska Transportarbetareförbundet(12), aangezien het Hof, zitting houdend in grote kamer, zich hierin heeft beperkt tot de beantwoording van de vraag die door de in laatste aanleg rechtsprekende nationale rechter was voorgelegd.

24. Hoewel de procedurele problematiek in de onderhavige zaak in een andere samenhang is gerezen dan in de zaak Fonnship en Svenska Transportarbetareförbundet, wijkt zij ook weer niet zo sterk hiervan af dat het Hof in overweging zou moeten worden gegeven om de niet aan hem voorgelegde vraag te beantwoorden.

25. Mijns inziens hoeven geen bijzondere gevolgen te worden verbonden aan de omstandigheid dat het bij de vraag die niet is voorgelegd door deze rechter, in beginsel en logischerwijs gaat om een vraag die voorafgaat aan die welke hij wel aan het Hof heeft gesteld, terwijl in de zaak Fonnship en Svenska Transportarbetareförbundet juist sprake was van de tegenovergestelde situatie.

26. Zoals gezegd – en door de Italiaanse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk blijkens hun schriftelijke opmerkingen uitstekend is begrepen –, kan het Hof zich namelijk bij de beantwoording van de voorgelegde vraag zeer wel ertoe beperken als uitgangspunt te nemen dat de litigieuze belastingregeling onverenigbaar is met artikel 56 EG, waarbij het dan aan de verwijzende rechter staat om, wanneer het Hof de voorgelegde vraag heeft beantwoord, in zijn eindbeslissing zo nodig de zienswijze te bevestigen die hem in zijn prejudiciële verzoek met betrekking tot de toepassing van artikel 56 EG voor ogen stond.

27. Zo gezien komt deze situatie overigens in de buurt van die waarover het Hof zich in het arrest Pedro IV Servicios(13) diende te buigen. In die zaak werd het Hof namelijk verzocht om uitlegging van overeenkomstig artikel 81, lid 3, EG vastgestelde groepsvrijstellingsverordeningen inzake exclusieve-afnameovereenkomsten en verticale overeenkomsten tussen ondernemingen, terwijl de verwijzende rechter niet de noodzakelijkerwijs prealabele vraag had gesteld of de overeenkomsten waar het in die zaak om ging ook werkelijk strijdig waren met artikel 81, lid 1, EG.

28. Na in wezen te hebben geconstateerd dat er geen beletsel was om de met betrekking tot de groepsvrijstellingsverordeningen voorgelegde vragen te beantwoorden zonder een voorafgaand ingewikkeld economisch en juridisch onderzoek naar de vervulling van de voorwaarden voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG, besloot het Hof in het licht van het arrest Cilfit e.a. (EU:C:1982:335)(14) om enkel de voorgelegde vragen te beantwoorden.

29. Anders weliswaar dan in de situaties die ten grondslag lagen aan de zaken Fonnship en Svenska Transportarbetareförbundet, enerzijds, en Pedro IV Servicios, anderzijds, waarin de

nationale rechterlijke instanties geen mededelingen deden omtrent de hun voor ogen staande richting van het antwoord op de niet aan het Hof voorgelegde vragen, geeft de verwijzende rechter in de motivering van zijn verwijzingsbeslissing ondubbelzinnig blijk van zijn voornemen tot afwijzing van het standpunt van de belastingautoriteiten en de Duitse regering dat § 18, lid 3, AuslInvestmG verenigbaar is met artikel 56 EG dan wel om dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd is.

30. Mijns inziens kan hieruit niet worden afgeleid dat de verwijzende rechter een uitdrukkelijke bevestiging door het Hof wenst van de door hem voorgestelde beantwoording van de niet voorgelegde vraag, aangezien hij onder specifieke verwijzing naar de beoordelingsmarge die sinds het arrest Cilfit e.a., is toegekend aan de nationale rechter, inclusief die in laatste aanleg, ronduit van mening is dat het, gelet op de rechtspraak van het Hof, zonneklaar is dat § 18, lid 3, AuslInvestmG het in artikel 56 EG verankerde vrije kapitaalverkeer belemmert.

31. Mijns inziens spreekt uit deze houding van openhartige loyale samenwerking veeleer de wil om, in de eerste plaats, de regeringen van de lidstaten en de betrokken partijen bedoeld in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie aan wie kennis wordt gegeven van de verwijzingsbeslissing, en voorts ook het Hof zelf de mogelijkheid te bieden om stelling te nemen tegen de door de verwijzende rechter verdedigde uitlegging, wanneer de beantwoording van de niet door hem voorgelegde vraag op een kennelijk onjuiste uitlegging van het Unierecht of duidelijk onjuiste juridische uitgangspunten zou berusten.

32. In een dergelijk geval is het mijns inziens namelijk van wezenlijk belang dat, met het oog op de waarborging van de uniforme uitlegging van het Unierecht en de bescherming van de rechten van particulieren, het Hof dergelijke door de rechter in laatste aanleg gemaakte fouten kan rechtzetten ook al houden zij verband met een vraag die door de verwijzende rechter bewust niet als prejudiciële vraag is voorgelegd.<sup>(15)</sup>

33. Dit is echter niet het geval in de onderhavige zaak.

34. De beoordeling van de verwijzende rechter is namelijk in het geheel niet kennelijk verkeerd maar verdient juist, gelet op het ontegenzeggelijk afschrikkende karakter van de betrokken belastingregeling – zoals ook door de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen is betoogd – bijval.

35. Zo worden in het onderhavige geval deelnemingen in buitenlandse fondsen, in tegenstelling tot deelnemingen in nationale fondsen, forfaitair belast en in het geval van „zwarte” fondsen zelfs dwingend, zonder de minste mogelijkheid voor de deelnemers in deze fondsen om bewijs te leveren van de feitelijke hoogte van de ontvangen inkomsten. Zoals uit het voorbeeld van de door Wagner-Raith in het hoofdgeding ontvangen kapitaalinkomsten blijkt, is de grondslag waarop de forfaitaire heffing plaatsvindt – zowel voor het gehele tijdvak van 1997 tot en met 2003 als voor elk belastingjaar op zichzelf genomen – aanzienlijk hoger dan die welke uitgaat van de feitelijke inkomsten in het geval van „witte” of „grijze” fondsen.

36. Bovendien wijs ik erop dat het Hof in zijn recente arrest van Caster<sup>(16)</sup> de Duitse wetgeving die is vastgesteld ter vervanging, vanaf 2003, van de belastingregeling waar het in het hoofdgeding om gaat, als niet verenigbaar met het vrije kapitaalverkeer heeft aangemerkt.

37. Verwijzend naar zijn eigen rechtspraak heeft het Hof in die zin verklaard dat het vrije kapitaalverkeer zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als die welke ten grondslag lag aan voornoemd arrest, volgens welke de niet-nakoming door een niet-ingezeten beleggingsfonds van de verplichtingen tot mededeling en bekendmaking van bepaalde informatie uit hoofde van die wettelijke regeling, die zonder onderscheid voor ingezeten en niet-ingezeten fondsen gelden, tot

de forfaitaire belasting van de inkomsten van de belastingplichtige uit dat beleggingsfonds leidt, voor zover die wettelijke regeling die belastingplichtige niet de mogelijkheid biedt om gegevens of informatie te verstrekken waaruit de werkelijke hoogte van die inkomsten kan blijken.(17)

38. Een dergelijke uitspraak kan ontegenzegglijk op zijn minst toepassing vinden op de regeling van § 18, lid 3, AuslInvestmG.

39. Tot slot lijkt hieraan niet af te doen de omstandigheid, waarvan in het hoofdgeding sprake is, dat Schweizer deelnemingen heeft verworven in beleggingsfondsen die zijn gevestigd in een van de tot het Verenigd Koninkrijk behorende landen en gebieden overzee (hierna: „LGO”), te weten de Kaaimaneilanden(18), aanvankelijk opgenomen in bijlage IV bij het EEG-Verdrag na de akte van toetreding van het Verenigd Koninkrijk(19), daarna in bijlage II bij het EG-Verdrag.

40. Ik herinner eraan dat sinds de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap de grondslagen van de juridische status van de LGO in essentie ongewijzigd zijn gebleven.(20) Hoewel deze entiteiten constitutioneel of wettelijk verbonden zijn met een lidstaat, zijn zij uitgesloten van de territoriale werkingssfeer van de Verdragen, zoals blijkt uit, ten tijde van het EEG-Verdrag, artikel 227, lid 3, en, onder het EG-Verdrag, artikel 299, lid 3, waarbij zij wel „het onderwerp [vormen] van de bijzondere associatieregeling omschreven in het vierde deel” van de respectieve Verdragen. Het VWEU heeft hierin geen verandering gebracht.(21)

41. Het doel van deze bijzondere regeling is het bevorderen van de economische en sociale ontwikkeling van de LGO en de totstandbrenging van nauwe economische betrekkingen tussen hen en de Gemeenschap (de Europese Unie) in haar geheel.(22)

42. Het bestaan van een dergelijke bijzondere associatieregeling van de landen en gebieden die weliswaar zijn verbonden met bepaalde lidstaten maar zelf niet Europees zijn, werpt een aantal problemen op met betrekking tot de gelijkstelling ervan met de lidstaten of derde landen wanneer het erom gaat of de algemene bepalingen van de Verdragen op de LGO van toepassing zijn. Op deze vragen heeft het Hof, vermoedelijk vanwege de hybride aard van de LGO en het sui-generiskarakter van het associatieverband van deze gebieden met de Unie(23), nog geen ondubbelzinnig antwoord gegeven.

43. Op zijn minst wat de toepassing van de door het recht van de Unie erkende fundamentele vrijheden van verkeer betreft neemt het Hof als uitgangspunt dat vanwege de voor de LGO geldende bijzondere associatieregeling de algemene bepalingen van het Unierecht zonder uitdrukkelijke verwijzing niet op hen van toepassing zijn.(24)

44. Hoewel het vierde deel van de opeenvolgende Verdragen geen enkele verwijzing naar de bepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer bevat, heeft het Hof hieruit niet afgeleid dat deze bepalingen dus ook niet van toepassing zijn op de LGO. Aangezien dit vrije verkeer zich namelijk ook uitstrekt tot derde landen zou het op zijn minst incongruent zijn dat gebieden, waarvoor een bijzondere associatieregeling geldt die de totstandbrenging van nauwe economische betrekkingen met de Unie beoogt, niet zouden vallen onder een vrijmakingsregeling die zich specifiek tot alle derde landen uitstrekt. Bijgevolg heeft het Hof in zijn arrest *Prunus en Polonium* – over de belasting van directe investeringen die in Frankrijk waren verricht door een op de Britse Maagdeneilanden gevestigde vennootschap – verklaard dat voor de LGO als derde staten de in artikel 63 VWEU voorziene vrijmaking van het kapitaalverkeer geldt(25), zij het dat het, in mijn ogen, juist zou zijn geweest om te verklaren dat gelet op het sui-generiskarakter van de LGO, voor deze gebieden een *gelijkwaardige* vrijmaking van het kapitaalverkeer geldt als die welke aan derde landen is toegekend.

45. Aangaande namelijk de kwalificatie van een nationale maatregel als belemmering van het

vrije verkeer van kapitaal tussen de lidstaten en de LGO snijdt de zienswijze van het Hof in het arrest *Prunus en Polonium* (EU:C:2011:276) – die de toepassing van artikel 63 VWEU tot de LGO uitbreidt – hout voor zover geen specifieke bepaling die op zijn minst gelijkwaardig is aan de reikwijdte van artikel 63 VWEU, op dit verkeer van toepassing is.

46. Dit was niet het geval gedurende het tijdvak tussen de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht, dat wil zeggen vanaf de krachtens artikel 73 B EG-Verdrag ook voor derde landen geldende vrijmaking van het kapitaalverkeer, tot 2 december 2001, aangezien geen enkel krachtens het vierde deel van het EG-Verdrag vastgesteld besluit van de Raad een regeling inzake het vrije verkeer van kapitaal tussen de lidstaten en de LGO voorschreef die gelijkwaardig was met de voor de derde landen geldende vrijmakingsregeling. Op 2 december 2001 is evenwel besluit 2001/822/EG van de Raad van 27 november 2001 betreffende de associatie van de LGO met de Europese Gemeenschap („Zevende LGO-besluit”)(26) in werking getreden, over artikel 47, lid 1, waarvan het Hof onlangs in het arrest *X en TBG*(27) heeft aangegeven dat het een bijzonder ruime draagwijdte heeft, die nauw aansluit bij die van artikel 56 EG in de verhoudingen tussen de lidstaten en derde landen.

47. Dat de in het hoofdgeding door *Schweier* verrichte investeringen – die, zoals gezegd, het tijdvak 1997 tot en met 2003 betreffen – deels onder artikel 73 B EG-Verdrag en deels onder artikel 47, lid 1, van het Zevende LGO-besluit vallen, doet niet af aan het beperkende karakter van de regeling van § 18, lid 3, *AuslInvestmG* ten opzichte van deze bepalingen.

48. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging zich te onthouden van een onderzoek van de niet door de verwijzende rechter voorgelegde vraag over de uitlegging van artikel 56 EG.

#### *B – Voorgelegde vragen en uitlegging van artikel 57, lid 1, EG*

49. Met zijn twee vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de in artikel 57, lid 1, EG opgenomen standstillclausule, die specifiek betrekking heeft op beperkingen van het vrije kapitaalverkeer naar of uit derde landen, van toepassing is op een belastingregeling als die waar het in het hoofdgeding om gaat.

50. Ingevolge de eerste volzin van deze bepaling „doet artikel 56 EG [...] geen afbreuk aan de toepassing op derde landen van beperkingen die op 31 december 1993 bestaan uit hoofde van nationaal [...] recht inzake het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen [of] het verrichten van financiële diensten [...]”.

51. Voor de toepassing van deze bepaling, die de lidstaten machtigt om beperkingen van het kapitaalverkeer in stand te houden, gelden dus drie cumulatieve criteria: een criterium van personele aard, dat wil zeggen dat de betrokken nationale maatregel een of verschillende derde landen betreft of hierop van toepassing is; een temporeel criterium, te weten dat de betrokken beperkingen op 31 december 1993 bestonden, en een materieel criterium, namelijk dat het betrokken kapitaalverkeer verband houdt met een van de in artikel 57, lid 1, eerste volzin, EG limitatief opgesomde handelingen.(28)

52. Deze bepaling is, ook na 2 december 2001, tevens van toepassing op het kapitaalverkeer tussen de lidstaten en de LGO. Artikel 47, lid 2, van het Zevende LGO-besluit bepaalt immers dat de lidstaten en de LGO onder meer de in artikel 57 EG bedoelde maatregelen *mutatis mutandis* kunnen treffen overeenkomstig de daarin bepaalde voorwaarden.(29)

1. Temporele en personele criteria van artikel 57, lid 1, EG

53. Noch de verwijzende rechter, noch de belanghebbende partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, geven blijk van enige twijfel met betrekking tot de vervulling van de eerste twee criteria.

54. Er hoeft dus niet lang te worden stilgestaan bij de vraag of het temporele criterium is vervuld, aangezien – zoals door de verwijzende rechter en de Commissie in herinnering is gebracht – de in § 18, lid 3, AuslInvestmG opgenomen belastingregeling reeds in 1969 bestond en sindsdien niet wezenlijk is gewijzigd.(30)

55. Het personele criterium is eveneens vervuld. Zoals gezegd voldoen de LGO – of zij nu als derde landen worden beschouwd dan wel eenvoudigweg hiermee worden gelijkgesteld –, hetzij rechtstreeks, hetzij via artikel 47, lid 2, van het Zevende LGO-besluit, aan de in artikel 57, lid 1, EG opgenomen voorwaarden.

56. Aan de vervulling van het personele criterium van artikel 57, lid 1, EG wordt mijns inziens voorts niet afgedaan door de omstandigheid dat de deelnemingen van Schweier in de betrokken beleggingsfondsen alsook de desbetreffende opbrengsten waren gedeponneerd bij een financiële instelling die, naar alle waarschijnlijkheid, is gevestigd op het grondgebied van een verdragsluitende partij bij de op 2 mei 1992 ondertekende Overeenkomst over de Europese Economische Ruimte(31) (hierna: „EER-Overeenkomst”), in casu het Vorstendom Liechtenstein, ten aanzien waarvan, zoals bekend, de lidstaten zich sinds 1 mei 1995 – de datum waarop de EER-overeenkomst voor het Vorstendom Liechtenstein in werking trad – niet langer op artikel 57, lid 1, EG kunnen beroepen.(32)

57. Wanneer namelijk, los van de door de nationale regeling gehanteerde criteria, telkens wanneer het kapitaalverkeer uit of naar een derde land via het grondgebied van een andere staat of een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst plaatsvindt, de lidstaten zich niet zouden kunnen beroepen op artikel 57, lid 1, EG, dan zou deze bepaling het grootste deel van haar nuttig effect verliezen. Geen van de partijen in het hoofdgeding of de andere belanghebbenden hebben overigens een tegenovergesteld standpunt ingenomen.

58. Bovendien hangt de toepassing van § 18, lid 3, AuslInvestmG in de eerste plaats af, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, van de zetel van de beheersmaatschappij van de beleggingsfondsen, in casu de Kaaimaneilanden, en niet van de plaats van het depot van de deelnemingen.(33)

59. Zoals gezegd gaat het de verwijzende rechter evenwel in hoofdzaak om de strekking van het materiële criterium van artikel 57, lid 1, EG.

2. Materieel criterium van artikel 57, lid 1, EG

60. De verwijzende rechter wenst meer in het bijzonder van het Hof te vernemen wat moet worden verstaan onder „kapitaalverkeer” dat „directe investeringen [...] [of] het verrichten van financiële diensten inhoudt”, zodat hij kan bepalen of, met het oog op de situatie in het hoofdgeding, de in § 18, lid 3, AuslInvestmG opgenomen belastingregeling krachtens artikel 57, lid 1, EG rechtsgeldig in stand kan blijven.

61. Mijns inziens moet de eerste vraag, die betrekking heeft op het begrip „verrichten van financiële diensten”, bevestigend worden beantwoord, hetgeen, indien het Hof mijn opvatting deelt, de beantwoording van de tweede vraag, die het begrip “directe investeringen” betreft, overbodig zou maken. Hoe dan ook kunnen wat dit laatste punt betreft de twijfels van de verwijzende rechter snel uit de weg worden geruimd.

a) Begrip „verrichten van financiële diensten” in de zin van artikel 57, lid 1, EG

62. In de eerste vraag gaat het erom of de in § 18, lid 3, AuslInvestmG opgenomen belastingregeling in stand kan blijven in een situatie als die in het hoofdgeding op grond dat zij van toepassing zou zijn op kapitaalverkeer in verband met het verrichten van financiële diensten in de zin van artikel 57, lid 1, EG.

63. Na te hebben opgemerkt dat het Hof dit begrip tot dusver niet heeft verduidelijkt, zet de verwijzende rechter uiteen dat volgens hem, gelet op de noodzaak om artikel 57, lid 1, EG strikt uit te leggen, alleen die bepalingen in verband staan met het verrichten van financiële diensten welke gericht zijn tot de verlener van financiële diensten van de derde landen zelf en die de voorwaarden of de wijze van de dienstverlening regelen. Hoe dan ook zouden geen nationale bepalingen bedoeld kunnen zijn die betrekking hebben op de belastingheffing bij de belegger.

64. Terwijl de Commissie deze zienswijze deelt, wordt zij door de Duitse en de Italiaanse regering alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk van de hand gewezen. Deze drie belanghebbende partijen betogen in wezen dat, in de eerste plaats, het begrip „verrichten van financiële diensten” maatregelen kan omvatten die de ontvanger van deze diensten betreffen en dat, in de tweede plaats, in casu sprake zou zijn van een nauwe band tussen het voorwerp van de nationale maatregel, te weten de belasting van deelnemers in buitenlandse beleggingsfondsen, en het gedrag van fondsen die niet voldoen aan de vereisten van de §§ 17, lid 3, en 18, lid 2, AuslInvestmG. Anders gezegd, de nationale belastingregeling zou betrekking hebben op het verrichten van financiële diensten, aangezien de beleggingsfondsen op zijn minst indirect ertoe worden aangezet de door deze regeling in het leven geroepen nationale transparantievereisten na te leven.

65. Ik ben zelf reeds in de gelegenheid geweest om een aantal overwegingen te wijden aan het in artikel 57, lid 1, EG opgenomen begrip „verrichten van financiële diensten” in mijn conclusie in de zaak *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*.<sup>(34)</sup>

66. Zoals ik in voornoemde conclusie heb uiteengezet, is het correct om bij gebreke van een definitie van het begrip „verrichten van financiële diensten” ervan uit te gaan dat met deze diensten worden bedoeld de diensten die worden verricht door financiële instellingen zoals banken, verzekeringsmaatschappijen, beleggingsmaatschappijen en soortgelijke instellingen. Een beleggingsfonds (of, preciezer gezegd, een maatschappij die deze beheert) maakt ongetwijfeld deel uit van deze categorie instellingen.

67. Voorts ben ik van mening dat uit de bewoordingen van artikel 57, lid 1, EG volgt dat de werkingssfeer van deze bepaling uitsluitend de situaties omvat die vallen onder het vrije verkeer van kapitaal „in verband met” het verrichten van financiële diensten, en niet omgekeerd, het verrichten van financiële diensten in verband met kapitaalverkeer of die kapitaalverkeer met zich brengen. Dit is een cruciaal onderscheid. Enkel nationale maatregelen waarvan het voorwerp op zijn minst in hoofdzaak kapitaalverkeer is, vallen namelijk onder artikel 57, lid 1, EG. Nationale maatregelen die in hoofdzaak het verrichten van een financiële dienst betreffen, vallen hier niet onder, want deze moeten worden onderzocht vanuit het oogpunt van de bepalingen van het Verdrag inzake het vrije verkeer van diensten, welke zich, zoals bekend, noch tot betrekkingen

met derde landen, noch tot betrekkingen met de LGO uitstrekken.(35)

68. Wanneer dus artikel 57, lid 1, EG volgens de bewoordingen ervan, kapitaalverkeer in verband met het verrichten van financiële diensten betreft, kunnen mijns inziens geen nationale maatregelen onder de werkingssfeer ervan worden gebracht die de voorwaarden of de wijze van de dienstverlening regelen. Zou dit namelijk wél het geval zijn, dan zou een dergelijke maatregel eenvoudigweg niet onder de werkingssfeer van de bepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer vallen, en bijgevolg onder artikel 57, lid 1, EG, maar onder die met betrekking tot het verrichten van diensten.

69. Artikel 57, lid 1, EG kan niet aldus worden uitgelegd dat deze bepaling zich beperkt tot het herhalen van de door het Verdrag gehanteerde algemene scheiding tussen de werkingssfeer van de bepalingen met betrekking tot het verrichten van diensten – ook al zijn die enkel „financieel” van aard – en de bepalingen inzake het kapitaalverkeer. Het in dit artikel opgenomen voorbehoud – hoewel dat, met alle respect voor de Duitse regering, strikt moet worden uitgelegd(36) –, moet nog wel een nuttig effect kunnen behouden.

70. Dit is de reden waarom artikel 57, lid 1, EG ziet op kapitaalverkeer „in verband met” het verrichten van financiële diensten, dat wil zeggen verkeer dat deze diensten meebrengt.(37)

71. In de zaak *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (EU:C:2013:710), waarin het ging om de belasting, in Polen, van deelnemingen van een op het grondgebied van een derde land gevestigd beleggingsfonds in het maatschappelijk kapitaal van Poolse vennootschappen, hield het betrokken kapitaalverkeer geen verband met het verrichten van financiële diensten door de beleggingsfondsen ten voordele van de betrokken vennootschappen. Ik heb in mijn conclusie overigens uiteengezet dat de litigieuze nationale maatregel ook geen betrekking had op kapitaalverkeer in verband met financiële diensten die door beleggingsfondsen voor hun deelnemers worden verricht, of deze deelnemers nu gevestigd waren op het grondgebied van een lidstaat of van een derde land. Bijgevolg kon geen beroep worden gedaan op de toepassing van artikel 57, lid 1, EG.(38)

72. Het Hof heeft zich niet hoeven buigen over deze problematiek, aangezien de toepassing van de in artikel 57, lid 1, EG opgenomen standstillclausule terecht reeds was uitgesloten omdat de litigieuze Poolse regeling niet voldeed aan het temporele criterium van dit artikel.(39)

73. In de onderhavige zaak houdt het betrokken kapitaalverkeer – te weten de verwerving van deelnemingen in beleggingsfondsen die zijn gevestigd in een land en gebied overzee, waaruit de deelnemers dividenden ontvangen die aan de litigieuze forfaitaire belasting worden onderworpen – mijns inziens noodzakelijkerwijs in dat de betrokken beleggingsfondsen ten behoeve van de deelnemers financiële diensten verrichten. Zonder deze diensten zou de verwerving van deze deelnemingen namelijk eenvoudigweg geen zin hebben, in het bijzonder in het geval van een niet-institutionele belegger die op deze wijze –afhankelijk van verschillende relevante parameters – gebruik kan maken van een waaier aan beleggingsmogelijkheden die hij in het algemeen niet zou hebben, wanneer hij zou besluiten om rechtstreeks op de kapitaalmarkt te beleggen. Bovendien zijn het juist deze financiële diensten die zorgen voor een zo hoog mogelijke opbrengst op basis waarvan de nationale belasting zou kunnen worden geheven.

74. Hieraan wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat de betrokken nationale maatregel in de eerste plaats betrekking heeft op de deelnemer en niet op de dienstverrichter als zodanig, aangezien het doorslaggevende criterium van artikel 57, lid 1, EG betrekking heeft op het oorzakelijke verband tussen het kapitaalverkeer en het *verrichten* van financiële diensten en niet op de personele werkingssfeer van de litigieuze nationale maatregel of zijn verband met de *verrichter*, en niet de ontvanger, van dergelijke diensten. Houdt dit verkeer noodzakelijkerwijs

verband met een dergelijke dienstverrichting, dan moet artikel 57, lid 1, EG toepassing vinden, mits de andere in deze bepaling opgenomen voorwaarden vervuld zijn.

75. Anders dan de Commissie ter terechtzitting heeft betoogd, wijst bovendien niets erop dat de belastingregelingen van de lidstaten zouden moeten worden uitgesloten van de werkingssfeer van artikel 57, lid 1, EG of, thans, artikel 64, lid 1, VWEU. Dit blijkt uit het feit dat het Hof zich in de arresten *Holböck*(40), *Welte*, *Prunus* en *Polonium* (EU:C:2011:276), *Welte* (EU:C:2013:662) alsook *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (EU:C:2014:249), wel degelijk heeft gebogen over de toepasselijkheid van deze bepaling in samenhang met nationale belastingregelingen.

76. Bijgevolg ben ik van mening dat de eerste prejudiciële vraag aldus moet worden beantwoord dat een nationale regeling als § 18, lid 3, *AuslInvestmG* die sinds 31 december 1993 geen wezenlijke wijziging heeft ondergaan en die, onder bepaalde voorwaarden, voorziet in een forfaitaire belasting van nationale deelnemers in beleggingsfondsen die zijn gevestigd in een derde land of een hiermee gelijkgesteld land of gebied overzee, betrekking heeft op kapitaalverkeer in verband met het verrichten van financiële diensten in de zin van artikel 73 C, lid 1, EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 57, lid 1, EG).

77. Bijgevolg hoef ik mij niet te buigen over de tweede vraag die slechts wordt gesteld voor zover de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord.

78. Ik zal dan ook slechts subsidiair – voor het geval het Hof niet de zojuist door mij voorgestelde aanpak deelt – stilstaan bij de tweede door de verwijzende rechter voorgelegde vraag.

b) Begrip „directe investeringen” in de zin van artikel 57, lid 1, EG

79. Zoals ik reeds heb uiteengezet in mijn conclusie in de zaak *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*(41) heeft het Hof – aangezien het begrip „directe investeringen” niet in het Verdrag wordt omschreven – zich tot nu toe 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(42) en de verklarende aantekeningen daarbij.(43)

80. Volgens deze omschrijvingen zijn directe investeringen alle door natuurlijke of rechtspersonen gedane investeringen die 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.(44)

81. Juist op basis van deze omschrijvingen maakt het Hof wat het kapitaalverkeer betreft 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 de verwerving van effecten op de kapitaalmarkt inhouden met het uitsluitende doel te beleggen zonder invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming te willen uitoefenen.(45)

82. 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 worden uitgezonderd.(46)

83. Hoewel de verwijzende rechter zich, met zijn overweging dat in casu de situatie van deelnemers in beleggingsfondsen in beginsel niet tot de eerste categorie behoort, wat de

toepassing van artikel 57, lid 1, EG betreft a priori genegen toont om deze gehanteerde scheiding tussen directe investeringen en portefeuillebeleggingen te volgen, vraag hij zich niettemin af of het Hof in zijn op 7 juni 2012 gewezen arrest VBV – Vorsorgekasse(47) deze aanpak niet heeft bijgesteld of zelfs helemaal verlaten.

84. Een dergelijk argument, dat door de Poolse regering was aangevoerd maar waarop het Hof niet behoefde te antwoorden, is door mij reeds in mijn conclusie in de zaak Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company(48) onderzocht en verworpen.

85. Bijgevolg volsta ik, in hoofdzaak, met een verwijzing naar mijn overwegingen dienaangaande in voornoemde conclusie. Er zij met name aan herinnerd dat, hoewel het in het arrest VBV – Vorsorgekasse (EU:C:2012:327) ging om beperkingen die werden opgelegd aan de verwerving door een rechtspersoon (een bedrijfsvoorzieningskas), te weten een in Oostenrijk gevestigde institutionele belegger, van deelnemingen in een in een andere lidstaat gevestigd beleggingsfonds, welke verwerving door het Hof, voorafgaand aan zijn nadere analyse, als "directe investering" werd gekwalificeerd, het Hof niet werd verzocht zich uit te spreken over artikel 64, lid 1, VWEU, dat in de plaats is gekomen van artikel 57, lid 1, EG, maar enkel over artikel 63 VWEU. Terwijl echter artikel 63 VWEU een zeer ruime werkingssfeer heeft en een zekere mate van flexibiliteit in het gebruik van de begrippen ter aanduiding van de verschillende categorieën kapitaalverkeer toelaat, is dit niet het geval bij de categorieën die worden opgesomd in artikel 64, lid 1, VWEU, welke bepaling, zoals gezegd, volgens de rechtspraak als afwijking van het grondbeginsel van het vrije verkeer van kapitaal, strikt moet worden uitgelegd.(49) Gelet op het feit dat aan hem geen vraag inzake de uitlegging van artikel 64, lid 1, VWEU was voorgelegd, had het Hof duidelijk niet het oogmerk de draagwijdte van het begrip directe investering in de zin van deze bepaling te verruimen.

86. Weliswaar kan, zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen betoogt, nooit volledig worden uitgesloten dat een deelnemer in een beleggingsfonds de mogelijkheid wordt geboden om effectief deel te hebben in het bestuur van of de controle over dit fonds, hetgeen, afhankelijk van de specifieke omstandigheden van elke zaak, de slotsom zou toelaten dat het gaat om een directe investering.

87. De in het arrest VBV – Vorsorgekasse (EU:C:2012:327) weergegeven feitelijke en juridische elementen maken het helaas niet mogelijk om na te gaan of dit het geval was met betrekking tot de verwerving door de Oostenrijkse bedrijfsvoorzieningskas van deelnemingen in een in Luxemburg gevestigd beleggingsfonds.

88. Hoe dan ook zou het echter op zijn minst gewaagd zijn om, gelet op de aard en de omvang van de deelnemingen van Schweier, de conclusie te trekken dat zij deelnemingen heeft verworven die haar het recht geven zeggenschap uit te oefenen over de beleggingsfondsen, waarvan de beheersmaatschappijen zijn gevestigd op de Kaaimaneilanden. Gezien de inhoud van het dossier is het juist vele malen waarschijnlijker dat Schweier, als particuliere belegger, slechts heeft deelgenomen in een collectieve portefeuille met het uitsluitend doel om te beleggen. Het staat vast dat in geval van dergelijke portefeuillebeleggingen § 18, lid 3, AuslInvestmG van toepassing is.

89. Bijgevolg ben ik van mening dat, gelet op alle in het dossier opgenomen juridische en feitelijke elementen, het arrest VBV – Vorsorgekasse (EU:C:2012:327) geen gevolgen heeft voor de uitlegging van het in artikel 57, lid 1, EG bedoelde begrip „directe investering” en dat op de door deze bepaling in het leven geroepen uitzondering geen beroep kan worden gedaan, aangezien de situatie in het hoofdgeding geen betrekking heeft op „kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen”.

### III – Conclusie

90. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Bundesfinanzhof te beantwoorden als volgt:

„Een nationale regeling als § 18, lid 3, van het Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen (Duitse wet inzake de verkoop van aandelen in buitenlandse beleggingsfondsen en inzake de belasting van de inkomsten uit deelnemingen in buitenlandse beleggingen), die sinds 31 december 1993 geen wezenlijke wijziging heeft ondergaan en die, onder bepaalde voorwaarden, voorziet in een forfaitaire belasting van nationale deelnemers in beleggingsfondsen die zijn gevestigd in een derde land of een hiermee gelijkgesteld land of gebied overzee, heeft betrekking op kapitaalverkeer in verband met het verrichten van financiële diensten in de zin van artikel 73 C, lid 1, EG-Verdrag (sinds 1 mei 1999 artikel 57, lid 1, EG).”

1 – Oorspronkelijke taal: Frans.

2 – Tenzij noodzakelijk om reden van de toepasselijkheid in de tijd van de Verdragen, verwijs ik hierna in deze conclusie gemakshalve uitsluitend naar artikel 57, lid 1, EG, aangezien de in de twee artikelen opgenomen voorwaarden niet gewijzigd zijn.

3 – BGBl. 1998 I, blz. 2820.

4 – Krachtens de Duitse wet betreffende beleggingsmaatschappijen (Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften; hierna: „KAGG”) in de tot en met 31 december 2013 toepasselijke versie.

5 – Zie § 38b KAGG.

6 – 283/81, EU:C:1982:335, punt 21.

7 – C-39/11, EU:C:2012:327.

8 – Zie mijn conclusie in de zaak Fonnship en Svenska Transportarbetareförbundet (C-83/13, EU:C:2014:201, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

9 – Zie onder andere arresten Kerafina/Keramische und Finanz-Holding en Vioktimatiki (C-134/91 en C-135/91, EU:C:1992:434, punt 16), Belgian Electronic Sorting Technology (C-657/11, EU:C:2013:516, punt 28) en Consiglio nazionale dei geologi et Autorità garante della concorrenza e del mercato (C-136/12, EU:C:2013:489, punt 29).

10 – Zie onder andere arresten Cilfit e.a. (EU:C:1982:335, punt 21), Pedro IV Servicios (C-260/07, EU:C:2009:215, punt 36) en Boxus e.a. (C-128/09–C-131/09, C-134/09 en C-135/09, EU:C:2011:667, punt 31).

11 – C-83/13, EU:C:2014:201.

12 – C-83/13, EU:C:2014:2053.

13 – Arrest Pedro IV Servicios (C-260/07, EU:C:2009:215).

14 – Idem (punt 36).

15 – Zie in die zin mijn conclusie in de zaak Fonnship en Svenska Transportarbetareförbundet

(EU:C:2014:201, punt 22).

16 – C-326/12, EU:C:2014:2269.

17 – Ibidem (punt 58 en dictum).

18 – Tot 2002 hadden de Kaaimaneilanden krachtens de British Nationality Act 1981 (zie bijlage 6 bij deze wet) de status van „British dependent territory”. Deze status werd in 2002 krachtens de British Overseas Territories Act van 26 februari 2002 gewijzigd in „British overseas territory”.

19 – De lijst van de in bijlage IV bij het EG-Verdrag genoemde LGO is namelijk gewijzigd bij artikel 24 van het Verdrag betreffende de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot de Europese Gemeenschappen (PB 1972, L 73, blz. 5) door hierin in het bijzonder de Kaaimaneilanden op te nemen.

20 – Zie de uiteenzettingen dienaangaande in de conclusie de advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak Prunus en Polonium (C-384/09, EU:C:2010:759, punten 24-29).

21 – Zie artikel 355, lid 2, VWEU.

22 – Zie artikelen 131, tweede alinea, EEG-Verdrag en 182, tweede alinea, EG-Verdrag, alsmede, thans, artikel 198, tweede alinea, VWEU.

23 – Zie conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak Prunus en Polonium (EU:C:2010:759, punten 31-39).

24 – Arresten Prunus en Polonium (EU:C:2011:276, punt 29) en X en TBG (C-24/12 en C-27/12, EU:C:2014:1385, punt 45).

25 – Arrest Prunus en Polonium (EU:C:2011:276, punt 31). Het Hof heeft het in dit arrest over „derde staten”, maar het zou juist zijn te spreken van derde landen gelet op het feit dat vanuit internationaalrechtelijk oogpunt bezien deze gebieden niet soeverein zijn, hetgeen overigens strookt met de bewoordingen van de artikelen 73 B en 73 C EG-Verdrag, de artikelen 56 en 57 EG en de artikelen 63 en 64 VWEU.

26 – PB L 314, blz. 1. Ingevolge artikel 63 ervan was dit besluit van toepassing tot en met 31 december 2011.

27 – EU:C:2014:1385, punt 48.

28 – Zie onder andere in die zin mijn conclusie in de zaak Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2013:710, punt 53).

29 – Zie ook in die zin arrest Prunus en Polonium (EU:C:2011:276, punt 32).

30 – Zie meest recentelijk met betrekking tot het in artikel 57, lid 1, EG opgenomen temporele criterium arrest Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punten 47-52).

31 – PB 1994, L 1, blz. 3.

32 – Zie dienaangaande al arrest Ospelt en Schlössle Weissenberg (C-452/01, EU:C:2003:493, punt 31) met betrekking tot artikel 73 C EG-Verdrag.

33 – De door de advocaat van Wagner-Raith ter terechtzitting gemaakte opmerking dat het depot

van de deelnemingen enkel door de LGT Bank werd beheerd, vindt geen steun in de verwijzingsbeslissing en doet niet af aan de omstandigheid, waarop de verwijzende rechter heeft gewezen, dat de beleggingsfondsen werden beheerd door een op de Kaaimaneilanden gevestigde maatschappij, welke omstandigheid onder andere tot de toepassing van de litigieuze nationale regeling heeft geleid.

34 – EU:C:2013:710, punten 73-79.

35 – Zie met betrekking tot het buiten toepassing laten van verdragsbepalingen inzake het vrije dienstenverkeer met derde landen arrest *Fidium Finanz* (C-452/04, EU:C:2006:631, punten 25 en 47). Wat de LGO betreft zij erop gewezen dat het vierde deel van het Verdrag niet het vrij verrichten van diensten vermeldt en dat het Zevende LGO-besluit enkel verwijst naar een langetermijndoelstelling, inhoudende de geleidelijke liberalisatie van het dienstenverkeer, die is gebaseerd op de in het kader van de Algemene Overeenkomst betreffende de handel in diensten („GATS”) aangegane verplichtingen.

36 – Zie arrest *Welte* (C-181/12, EU:C:2013:662, punt 29).

37 – Conclusie in de zaak *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (EU:C:2013:710, punt 77).

38 – *Idem* (punten 78 en 79).

39 – Zie arrest *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (EU:C:2014:249, punt 53).

40 – C-157/05, EU:C:2007:297, punten 37-45.

41 – EU:C:2013:710, punten 60 en 61.

42 – PB L 178, blz. 5.

43 – Zie onder andere arresten *Holböck* (EU:C:2007:297, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en *Welte* (EU:C:2013:662, punt 32).

44 – Zie onder andere arrest *Welte* (EU:C:2013:662, punt 32).

45 – Zie in het bijzonder met betrekking tot dit onderscheid arresten *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, punten 98-102), *Glaxo Wellcome* (C-182/08, EU:C:2009:559, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en *Commissie/Portugal* (C-212/09, EU:C:2011:717, punt 47).

46 – Zie in die zin arrest *Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen* (C-436/08 en C-437/08, EU:C:2011:61, punten 137 en 138), alsook mijn conclusie in de zaak *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (EU:C:2013:710, punt 64).

47 – EU:C:2012:327.

48 – EU:C:2013:710, punten 69-72. Deze conclusie is genomen enkele dagen nadat het onderhavige prejudiciële verzoek aan het Hof werd betekend.

49 – Zie arrest *Welte* (EU:C:2013:662, punt 29).