

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. WATHELET

van 21 december 2016 (1)

Zaak C-628/15

The Trustees of the BT Pension Scheme

tegen

Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs

[verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door de Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) [rechter in laatste aanleg (Engeland en Wales) in civiele zaken, Verenigd Koninkrijk]

„Prejudiciële verwijzing – Artikel 63 VWEU – Vrijheid van kapitaalverkeer – Belastingwetgeving – Vennootschapsbelasting – Terugbetaling van vooraf geheven belasting ingeval van dividenduitkeringen door in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen aan een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap – Weigering om de aandeelhouders een belastingkrediet toe te kennen”

I – Inleiding

1. Dit prejudiciële verzoek van 15 oktober 2015 van de Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) [rechter in laatste aanleg (Engeland en Wales) in civiele zaken, Verenigd Koninkrijk], ingekomen ter griffie van het Hof op 24 november 2015, betreft de uitlegging van artikel 49 VWEU en artikel 63 VWEU.
2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Trustees of the BT Pension Scheme en de Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (dienst belastingen en douane van het Verenigd Koninkrijk; hierna: „belastingdienst”) over de van 1 juli 1994 tot en met 5 april 1999 in het Verenigd Koninkrijk geldende regeling inzake dividenden uit buitenlands inkomen („foreign income dividend”: hierna: „FID”).
3. Ingevolge de FID-regeling mocht een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die dividenden ontving van een niet-ingezetene vennootschap, beslissen het dividend dat zij aan haar eigen aandeelhouders uitkeerde als FID aan te merken. Dit had fiscale gevolgen voor zowel de uitkerende vennootschap als de ontvangende aandeelhouders.
4. Dit prejudiciële verzoek betreft de situatie van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde aandeelhouder die van een in die lidstaat gevestigde vennootschap als FID aangemerkte

buitenlandse dividenden heeft ontvangen.(2)

5. Inzonderheid gaat het erom dat geen belastingkrediet wordt toegekend aan een van belasting over zijn inkomen uit dividenden vrijgestelde aandeelhouder, maar uitsluitend wanneer het buitenlandse dividenden betrof die hij had ontvangen in het kader van de FID-regeling(3), terwijl hij buiten het kader van die regeling recht zou hebben gehad op dat belastingkrediet.

6. De verwijzende rechter vraagt zich af of het Unierecht rechten toekent aan die aandeelhouder die in dezelfde lidstaat is gevestigd als de vennootschap die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden uitkeert en, zo ja, welke beroepsmogelijkheden hem ter beschikking staan.

7. Opgemerkt moet worden dat het Hof in het arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774), de FID-regeling heeft onderzocht in het kader van vorderingen die waren ingesteld door ingezeten vennootschappen die buitenlandse dividenden ontvingen en hadden geopteerd voor de FID-regeling.

II – Recht van het Verenigd Koninkrijk

8. Krachtens de belastingwetgeving van het Verenigd Koninkrijk wordt in die lidstaat vennootschapsbelasting geheven over de in een boekjaar gemaakte winst van elke in die lidstaat gevestigde vennootschap en van elke vennootschap die er niet is gevestigd maar er via een filiaal of agentschap handelsactiviteiten uitoefent. Sinds 1973 past het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland een stelsel van „gedeeltelijke toerekening” toe waarbij ter voorkoming van economische dubbele belasting wanneer een ingezeten vennootschap winst uitkeert, een deel van de door die vennootschap betaalde vennootschapsbelasting wordt toegerekend aan haar aandeelhouders. Tot 6 april 1999 was dit stelsel gebaseerd op de betaling van een voorheffing op de vennootschapsbelasting door de uitkerende vennootschap en op een belastingkrediet voor de aandeelhouders aan wie dividenden werden uitgekeerd. In het Verenigd Koninkrijk gevestigde ontvangende vennootschappen werden daarnaast vrijgesteld van vennootschapsbelasting over door eveneens in die lidstaat gevestigde vennootschappen uitgekeerde dividenden.

A – Voorheffing op de vennootschapsbelasting

9. Volgens section 14 van de *Income and Corporation Taxes Act 1988* (wet inkomsten- en vennootschapsbelasting; hierna: „ICTA”), zoals van toepassing ten tijde van de feiten van het hoofdgeding, was een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die dividenden uitkeerde aan haar aandeelhouders, verplicht tot betaling van een over het bedrag of de waarde van de winstuitkering berekende voorheffing op de vennootschapsbelasting („advance corporation tax” [ACT]).

10. Een vennootschap mocht, binnen bepaalde grenzen, de over een winstuitkering in een bepaald boekjaar betaalde ACT verrekenen met het bedrag aan vennootschapsbelasting dat zij voor dat boekjaar verschuldigd was.

B – De situatie van ingezeten aandeelhouders die dividenden ontvingen van ingezeten vennootschappen

11. Ingevolge section 208 ICTA was een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap geen vennootschapsbelasting verschuldigd over dividenden die zij ontving van een eveneens in die lidstaat gevestigde vennootschap.

12. Krachtens section 231, lid 1, ICTA leidde elke aan de ACT onderworpen uitkering van

dividenden door een ingezeten vennootschap aan een andere ingezeten vennootschap voor deze laatste vennootschap bovendien tot een belastingkrediet ter grootte van het deel van het bedrag aan ACT dat door de eerste vennootschap was betaald.(4)

13. Een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die van een andere ingezeten vennootschap dividend had ontvangen waardoor een recht op een belastingkrediet was ontstaan, kon de door deze andere vennootschap betaalde ACT overnemen en deze in aftrek brengen op de ACT die zij zelf moest betalen wanneer zij aan haar eigen aandeelhouders dividend uitkeerde, zodat zij alleen het overschot aan ACT voldeed.

14. Volgens de verwijzende rechter kon „[i]ndien het belastingkrediet meer bedroeg dan de inkomstenbelasting die door de ontvanger verschuldigd was over de som van het bedrag van de uitkering en van het belastingkrediet (zoals bij een van belasting vrijgestelde aandeelhouder), hij om uitbetaling van het overschot verzoeken” krachtens section 231, lid 3, ICTA.

15. Ingevolge section 592, lid 2, ICTA waren erkende pensioenregelingen vrijgesteld van belasting over inkomsten uit binnenlandse en buitenlandse dividenden.

16. Volgens section 231, lid 3, ICTA hadden de pensioenfondsen die recht hadden op het belastingkrediet van section 231, lid 1, ICTA voor de dividenden die zij ontvingen van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen, recht op uitbetaling van dat belastingkrediet, aangezien zij waren vrijgesteld van belasting over inkomsten uit dividenden.

17. Die uitbetaling van het belastingkrediet krachtens section 231, lid 3, ICTA, was daarentegen uitgesloten wanneer de FID-regeling van toepassing was(5)

.

C – De situatie van ingezeten aandeelhouders die dividenden ontvingen van niet-ingezeten vennootschappen

18. Wanneer een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap dividenden ontving van een buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap, was zij over die dividenden vennootschapsbelasting verschuldigd. Zij had krachtens section 788 ICTA en section 790 ICTA evenwel recht op aftrek voor de belasting die de uitkerende vennootschap had betaald in haar staat van vestiging.

19. In dat geval had de vennootschap die deze dividenden ontving geen recht op een belastingkrediet.

20. Bovendien was een ingezeten vennootschap die zelf dividenden uitkeerde aan haar eigen aandeelhouders, ACT verschuldigd.

21. Het feit dat een ingezeten vennootschap dividenden ontving van een niet-ingezeten vennootschap, kon dus leiden tot een ACT-overschot, met name doordat de uitkering van dividenden door een niet-ingezeten vennootschap geen aanleiding gaf tot een belastingkrediet dat kon worden afgetrokken van de ACT die de ingezeten vennootschap moest betalen wanneer zij dividenden uitkeerde aan haar eigen aandeelhouders.

22. Vanaf 1 juli 1994 droeg de FID-regeling een oplossing aan voor dit probleem, teneinde vennootschappen in staat te stellen de gevolgen van ACT-overschotten af te zwakken.

D – De FID-regeling

23. Krachtens de FID-regeling kon een ingezeten vennootschap die dividenden ontving van

een niet-ingezeten vennootschap, ervoor kiezen het dividend dat zij aan haar eigen aandeelhouders uitkeerde, waarover ACT verschuldigd was, aan te merken als FID waardoor, wanneer de FID het niveau van de ontvangen buitenlandse dividenden bereikte, de ingezeten vennootschap om terugbetaling van de te veel betaalde ACT kon verzoeken.

24. Een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die buitenlandse dividenden ontving had er belang bij om voor toepassing van de FID-regeling te kiezen. Er bestond immers een kans dat die vennootschap onvoldoende vennootschapsbelasting verschuldigd was om de ACT mee te verrekenen die zij verschuldigd was over de door haar uitgekeerde dividenden. Door ervoor te kiezen een dividend als FID aan te merken kon zij de ACT terugvorderen bij de belastingdienst en aldus een ACT-overschot voorkomen.

25. De aandeelhouder die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden ontving, had echter geen recht op belastingkrediet. Section 246 C ICTA bepaalde namelijk uitdrukkelijk:

„Section 231, lid 1, is niet van toepassing indien de betrokken uitkering een uit buitenlands inkomen afkomstig dividend is.”

26. Volgens de verwijzende rechter bepaalde section 246 D ICTA evenwel dat de belastingplichtige aandeelhouders werden behandeld alsof zij een inkomen hadden ontvangen dat in het betreffende belastingjaar reeds was belast tegen een lager tarief (20 %). Voor een aldus belaste aandeelhouder was het effect van section 246 D hetzelfde als wanneer hem krachtens section 231 ICTA een belastingkrediet was verleend. Bijgevolg werden voor een dergelijke aandeelhouder met of zonder toepassing van de FID-regeling uitgekeerde dividenden op dezelfde wijze belast.

27. Voor aandeelhouders die geen belasting verschuldigd waren over ontvangen dividenden (zoals met name de erkende pensioenregelingen)(6), resulteerde de FID-regeling echter in een verschil in behandeling: voor dividenden die zonder toepassing van de FID-regeling werden uitgekeerd had die aandeelhouder recht op een contante uitbetaling van het belastingkrediet, terwijl hij dat recht niet had voor uitkeringen van dividenden die als FID waren aangemerkt.

28. Zoals gezegd hadden de vrijgestelde erkende pensioenregelingen immers, krachtens section 246 C ICTA, voor de dividenden die zij hadden ontvangen van vennootschappen die hadden gekozen voor toepassing van de FID-regeling, geen recht op het belastingkrediet van section 231, lid 1, ICTA (en, a fortiori, op uitbetaling ervan volgens section 231, lid 3, ICTA).

29. Het ACT-stelsel, met inbegrip van de FID-regeling, is afgeschaft voor dividenduitkeringen die zijn verricht vanaf 6 april 1999.

III – Hoofdgeding en prejudiciële vragen

30. Het BT Pension Scheme (hierna: „pensioenfonds”) is het grootste op vaste uitkeringen gebaseerde pensioenfonds van het Verenigd Koninkrijk. De leden ervan zijn werknemers of voormalige werknemers van British Telecommunications plc (hierna: „BT”). Het pensioenfonds wordt in trust beheerd door BT Pension Scheme Trustees Limited. Op fiscaal vlak vormen de trustbeheerders (trustees) van het pensioenfonds (hierna: „Trustees”) de relevante belastbare entiteit en is het pensioenfonds de uiteindelijke rechthebbende van de relevante activa.

31. Het pensioenfonds is een erkend pensioenfonds dat in het Verenigd Koninkrijk is, en altijd was, vrijgesteld van belasting over zijn beleggingsinkomsten.

32. In de in casu relevante periode bestonden de investeringen van het pensioenfonds voor ongeveer 70 tot 75 % (beoordeeld naar de marktwaarde) uit aandelen van vennootschappen. Sommige van die deelnemingen waren investeringen in vennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk waren gevestigd, andere waren investeringen in vennootschappen die in andere lidstaten of elders waren gevestigd. Het overgrote deel (ongeveer 97 %) van de aandelenportefeuille van het pensioenfonds was geïnvesteerd in grote beursgenoteerde vennootschappen in het Verenigd Koninkrijk en daarbuiten. Het pensioenfonds bezat in de regel minder dan 2 % van het aandelenkapitaal van de vennootschap en altijd minder dan 5 %. Het pensioenfonds was slechts een gewone aandeelhouder van de vennootschappen waarin het had geïnvesteerd.

33. In de investeringsportefeuille van het pensioenfonds bevonden zich aandelen van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen die hadden gekozen voor toepassing van de FID-regeling. Het pensioenfonds heeft derhalve als FID aangemerkte buitenlandse dividenden ontvangen. Overeenkomstig de FID-regeling hadden de Trustees, krachtens section 246 C ICTA, geen recht op belastingkrediet voor die dividenden.

34. De Trustees, die van mening waren dat het feit dat geen belastingkrediet werd toegekend voor als FID aangemerkte buitenlandse dividenden onverenigbaar was met het Unierecht, hebben een vordering ingesteld tot verkrijging van een belastingkrediet of, subsidiair, terugbetaling van de teveel betaalde belasting of betaling van een schadevergoeding voor het niet-toekennen van een belastingkrediet. Zij hebben bij de verwijzende rechter aangevoerd dat, aangezien section 246 C ICTA een verschil in behandeling tussen als FID aangemerkte buitenlandse dividenden en binnenlandse dividenden meebracht, waartegen het Unierecht en in het bijzonder artikel 63 VWEU zich verzetten, zij als gelaedeerden op grond van het Unierecht section 246 C ICTA in hun situatie buiten toepassing kunnen laten, waardoor zij aanspraak kunnen maken op een belastingkrediet voor de door hen ontvangen FID.

35. De verwijzende rechter merkt op dat, volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk, de FID-regeling in strijd was met het Unierecht, voor zover zij de rechten beperkte van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen die FID uitkeerden. Die regering heeft bij de verwijzende rechter echter aangevoerd dat hieruit niet volgde dat de ingezeten aandeelhouders van die vennootschappen aan het Unierecht rechten konden ontlelen die de FID-regeling had beperkt en op grond waarvan section 246 C ICTA in hun situatie buiten toepassing kon worden gelaten. Die regering is van mening dat de Trustees zich niet kunnen beroepen op het Unierecht om section 246 C ICTA buiten toepassing te laten, aangezien zij door te investeren in in het Verenigd Koninkrijk gevestigde, aan de FID-regeling onderworpen vennootschappen geen enkel rechtstreeks afdwingbaar Unierecht hebben uitgeoefend. De Trustees vertegenwoordigen een in het Verenigd Koninkrijk gevestigd pensioenfonds dat investeert in in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen.

36. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een bij de Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) ingestelde hogere voorziening tegen een beslissing van het Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber) [rechter in tweede aanleg in belastingzaken, Verenigd Koninkrijk], dat de hogere beroepen en incidentele hogere beroepen tegen een beslissing van het First-tier Tribunal (Tax Chamber) [rechter in eerste aanleg in belastingzaken, Verenigd Koninkrijk] had verworpen.

37. Het First-tier Tribunal (Tax Chamber) en het Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber) waren beiden van oordeel dat de Trustees in beginsel aanspraak konden maken op uitbetaling van belastingkredieten voor de als FID aangemerkte buitenlandse dividenden die zij hadden ontvangen in het belastingjaar 1997-1998, maar dat de vorderingen met betrekking tot andere

jaren krachtens het nationale recht waren verjaard.

38. De verwijzende rechter is van oordeel dat de vraag of de Trustees recht hebben op een belastingkrediet voor de als FID aangemerkte buitenlandse dividenden vragen van Unierecht opwerpt over de werkingssfeer van artikel 63 VWEU. Hij meent dat, tenzij de Trustees rechtstreeks toepasselijke rechten ontlelen aan het Unierecht met betrekking tot section 246 C ICTA, de nationale wetgeving niet gebiedt dat artikel in de situatie van de Trustees buiten toepassing te laten en dat, bijgevolg, de vorderingen van de Trustees inzake belastingkredieten moeten worden afgewezen.

39. In die omstandigheden heeft de Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Gelet op het antwoord dat het Hof in zijn arrest van 12 december 2006 in de zaak *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774) heeft gegeven op de vierde prejudiciële vraag in die zaak, namelijk dat artikel 43 EG en artikel 56 EG – thans artikel 49 VWEU en artikel 63 VWEU – in de weg staan aan een wettelijke regeling van een lidstaat die ingezeten vennootschappen die aan hun aandeelhouders dividenden uitkeren die voortvloeien uit door hen ontvangen buitenlandse dividenden de mogelijkheid biedt te opteren voor een regeling op grond waarvan zij de betaalde voorheffing op de vennootschapsbelasting kunnen terugkrijgen, maar die vennootschappen enerzijds verplicht die voorheffing te betalen en vervolgens terugbetaling daarvan te vorderen, en anderzijds niet voorziet in een belastingkrediet voor hun aandeelhouders, die dat wel zouden hebben gekregen in geval van een uitkering door een ingezeten vennootschap op basis van binnenlandse dividenden: kunnen deze aandeelhouders zelf rechten ontlelen aan het Unierecht, hetzij aan artikel 63 VWEU, hetzij aan andere bepalingen, wanneer zij dividenden ontvangen die ingevolge de keuze van de uitkerende vennootschap onder de voornoemde regeling vallen, in het bijzonder wanneer de aandeelhouder in dezelfde lidstaat is gevestigd als de uitkerende vennootschap?

2) Indien de in de eerste vraag bedoelde aandeelhouder zelf geen rechten kan ontlelen aan artikel 63 VWEU, kan hij zich dan beroepen op schending van de rechten die artikel 49 VWEU of artikel 63 VWEU toekent aan de onderneming die het dividend uitkeert?

3) Indien op de eerste of de tweede vraag wordt geantwoord dat de aandeelhouder rechten kan ontlelen aan het Unierecht of zich op het Unierecht kan beroepen, stelt het Unierecht dan bepaalde eisen aan de beroepsmogelijkheden die de aandeelhouder krachtens het nationale recht ter beschikking moeten worden gesteld?

4) Maakt het voor de beantwoording van de vorige vragen enig verschil uit dat:

a) de aandeelhouder in de lidstaat geen inkomstenbelasting verschuldigd is over de dividenden die hij ontvangt, zodat in het geval van een uitkering door een ingezeten vennootschap buiten het kader van de hierboven bedoelde regeling, het belastingkrediet waarop hij krachtens de nationale wettelijke regeling aanspraak kan maken kan leiden tot de uitbetaling van dat belastingkrediet door de lidstaat;

b) de nationale rechter van oordeel is dat de inbreuk die de betrokken nationale wettelijke regeling op het Unierecht maakt niet voldoende gekwalificeerd is om die lidstaat te verplichten om, overeenkomstig de in het arrest van 5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur en Factortame* (C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79) ontwikkelde beginselen, de schade te vergoeden die de dividenduitkerende vennootschap heeft geleden, of

c) slechts in bepaalde gevallen, de vennootschap die onder de hierboven bedoelde regeling

dividenden uitkeert het bedrag van die uitkering aan al zijn aandeelhouders kan hebben verhoogd door het bedrag dat een vrijgestelde aandeelhouder zou hebben ontvangen bij een buiten het kader van die regeling vallende dividenduitkering contant uit te betalen?”

IV – Procedure bij het Hof

40. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Trustees, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Europese Commissie. Ter terechtzitting van 9 november 2016 hebben zij pleidooi gehouden.

V – Analyse

A – Eerste prejudiciële vraag

41. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of aandeelhouders die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden ontvangen, rechten kunnen ontleen aan het Unierecht, en in het bijzonder aan artikel 63 VWEU, indien de aandeelhouder in dezelfde lidstaat is gevestigd als de uitkerende vennootschap.

1. Toepasselijke bepaling van het VWEU

42. In de punten 89 tot en met 92 van het arrest van 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707), heeft het Hof geoordeeld dat de fiscale behandeling van dividenden zowel onder artikel 49 VWEU betreffende de vrijheid van vestiging als onder artikel 63 VWEU betreffende de vrijheid van kapitaalverkeer kan vallen. Volgens het Hof dient voor de vraag of een nationale wettelijke regeling onder de ene of de andere vrijheid van verkeer valt, rekening te worden gehouden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie. Een nationale wettelijke regeling die alleen van toepassing is op deelnemingen waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, valt onder artikel 49 VWEU inzake de vrijheid van vestiging. Daarentegen moeten nationale bepalingen die van toepassing zijn op deelnemingen die enkel als belegging worden genomen zonder dat het de bedoeling is invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming uit te oefenen, uitsluitend worden onderzocht uit het oogpunt van de vrijheid van kapitaalverkeer.(7)

43. In datzelfde arrest van 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707), was het Hof van oordeel dat het voorwerp van de betrokken nationale wettelijke regeling, hetzelfde als in casu, het niet mogelijk maakte uit te maken of deze regeling overwegend onder artikel 49 VWEU of artikel 63 VWEU viel. In die omstandigheden houdt het Hof rekening met de feitelijke gegevens van het concrete geval om uit te maken of de situatie waarop het hoofdgeding betrekking heeft, onder de ene of de andere van die bepalingen valt.(8)

44. Aangezien het pensioenfonds in de regel minder dan 2 % en altijd minder dan 5 % bezat van het aandelenkapitaal van de vennootschappen waarin het investeerde en slechts een gewone aandeelhouder van die vennootschappen was, ben ik – net als de Trustees, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie – van mening dat de betrokken investeringen vallen onder de vrijheid van kapitaalverkeer van artikel 63 VWEU. Die investeringen stelden de Trustees immers niet in staat, een zekere invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de vennootschap uit te oefenen.

2. De situatie van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die dividenden uitkeert die voortvloeien uit als FID aangemerkte buitenlandse dividenden(9)

45. In het arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774), heeft het Hof geoordeeld „dat de fiscale behandeling van *ingezeten vennootschappen* die buitenlandse dividenden [ontvingen] en voor de FID-regeling [kozen], in twee opzichten ongunstiger [was] dan die van ingezeten vennootschappen die binnenlandse dividenden [ontvingen]”.(10)

46. Met betrekking tot het feit dat geen belastingkrediet werd toegekend – de in casu relevante vraag –, heeft het Hof immers geoordeeld dat, aangezien „de aandeelhouder die dividenden ontvangt van een ingezeten vennootschap op grond van als FID aangemerkte buitenlandse dividenden geen recht [heeft] op een belastingkrediet” en „geen recht [heeft] op terugbetaling wanneer hij geen inkomstenbelasting verschuldigd is of wanneer de verschuldigde inkomstenbelasting lager is dan de belasting over het dividend tegen het laagste tarief”, „een vennootschap die voor de FID-regeling heeft gekozen, ertoe [wordt gebracht] het bedrag van haar uitkeringen te verhogen indien zij haar aandeelhouders een opbrengst wil garanderen die overeenstemt met die van een uitkering van binnenlandse dividenden”.(11)

47. Het is van belang eraan te herinneren dat verzoeksters in het hoofdgeding in die zaak in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen waren die deelnemingen bezaten in vennootschappen die waren gevestigd in een andere lidstaat of een derde land. De onderhavige zaak betreft de situatie van de aandeelhouders van die vennootschappen die, net als zij, zijn gevestigd in het Verenigd Koninkrijk.

3. De situatie van de ingezeten aandeelhouder die van een ingezeten vennootschap dividenden ontvangt die voortvloeien uit als FID aangemerkte buitenlandse dividenden: ongelijke behandeling

48. Niettegenstaande het feit dat verzoeksters in het hoofdgeding in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774), in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen waren met deelnemingen in vennootschappen die waren gevestigd in een andere lidstaat of een derde land, heeft het Hof in punt 173 van dat arrest ten aanzien van *aandeelhouders van ingezeten vennootschappen die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden ontvingen* geoordeeld dat „de artikelen 43 EG en 56 EG in de weg staan aan een wettelijke regeling van een lidstaat die, terwijl zij ingezeten vennootschappen die aan hun aandeelhouders dividenden uitkeren die voortvloeien uit door hen ontvangen binnenlandse dividenden vrijstelt van de voorheffing op de vennootschapsbelasting, ingezeten vennootschappen die aan hun aandeelhouders dividenden uitkeren die voortvloeien uit door hen ontvangen buitenlandse dividenden, de mogelijkheid biedt te opteren voor een regeling op grond waarvan zij de betaalde voorheffing op de vennootschapsbelasting kunnen recupereren, maar [...] *niet voorziet in een belastingkrediet voor hun aandeelhouders, die dat wel zouden hebben gekregen in geval van een uitkering door een ingezeten vennootschap op grond van binnenlandse dividenden*”.(12)

49. Mijns inziens blijkt uit dit punt van dat arrest(13) dat het Hof van oordeel was dat aandeelhouders aan wie als FID aangemerkte buitenlandse dividenden werden uitgekeerd, zoals het pensioenfonds in casu, rechtstreeks werden benadeeld door de discriminerende bepalingen(14) van de FID-regeling en, meer in het bijzonder, door het ontbreken van een recht op belastingkrediet.(15)

4. Zuiver interne situatie?

50. Ondanks die discriminatoire behandeling, waartegen artikel 49 VWEU en artikel 63 VWEU

zich verzetten, is de regering van het Verenigd Koninkrijk van mening dat die aandeelhouders geen enkel recht ontleen aan artikel 63 VWEU.

51. Weliswaar betwist de regering van het Verenigd Koninkrijk niet rechtstreeks punt 173 van het arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774), noch punt 4 van het dictum ervan, maar zij meent niettemin dat de verwerving van aandelen van een in een lidstaat gevestigde vennootschap door een in dezelfde lidstaat gevestigde investeerder een zuiver interne situatie uitmaakt die niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt.(16)

Die verwerving impliceert derhalve geen kapitaalverkeer in de zin van artikel 63 VWEU en die investeerder oefent geen door die bepaling toegekend recht uit.

52. Bovendien blijkt met name uit de in bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag(17) opgenomen nomenclatuur dat de grensoverschrijdende component van de in die bijlage opgesomde transacties een essentieel kenmerk vormt van de indeling.

53. Mijns inziens kan niet worden ingestemd met het betoog van de regering van het Verenigd Koninkrijk dat het hoofdgeding, dat betrekking heeft op de rechten van aandeelhouders aan wie door een ingezeten vennootschap dividenden werden uitgekeerd die voortvloeiden uit als FID aangemerkte buitenlandse dividenden, een zuiver interne situatie betreft.

54. Deze stelling van de regering van het Verenigd Koninkrijk lijkt mij namelijk gegrond op een selectieve en formalistische(18) uitlegging van de FID-regeling en de feitelijke omstandigheden van het hoofdgeding. Die regering heeft uitsluitend oog voor één enkel aspect van die FID-regeling en die omstandigheden, namelijk het feit dat de uitkerende vennootschap en de aandeelhouder in dezelfde lidstaat zijn gevestigd, en negeert de andere aspecten, met name het doel en de economische betekenis van die regeling.(19)

De FID-regeling en de nadelige behandeling van de betrokken aandeelhouders moeten echter in hun geheel worden beoordeeld en niet gefragmenteerd en gedeeltelijk, zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk doet.

55. De FID-regeling is vastgesteld om ingezeten vennootschappen die dividenden ontvingen van niet-ingezeten vennootschappen, de mogelijkheid te bieden de gevolgen van ACT-overschotten af te zwakken. De mogelijkheid voor de vennootschappen om te opteren voor de FID-regeling had evenwel rechtstreekse en belangrijke consequenties, niet alleen voor de ingezeten vennootschappen die dividenden uitkeerden die voortvloeiden uit als FID aangemerkte buitenlandse dividenden, maar ook voor de ontvangende aandeelhouders(20) die op fiscaal vlak werden benadeeld ten opzichte van zuiver binnenlandse uitkeringen. Het volstaat eraan te herinneren dat section 246 C ICTA uitdrukkelijk bepaalde dat section 231, lid 1, ICTA, en dus het recht op belastingkrediet, niet van toepassing was indien de betrokken uitkering een *dividend uit buitenlands inkomen* was.

56. De tekst zelf van section 246 C ICTA geeft duidelijk aan dat het belastingkrediet verband houdt met de nationale of internationale herkomst van de inkomsten die tot het dividend hebben geleid.

57. Het lijkt derhalve geen twijfel dat de FID-regeling specifiek de uitkeringen van dividenden tussen verschillende staten betrof en dat geen van de relevante aspecten van dat stelsel zich beperkte tot één enkele lidstaat. Ik ben net als de Commissie van mening dat de in het hoofdgeding betrokken aandeelhouders kennelijk op discriminatoire wijze zijn behandeld ten opzichte van aandeelhouders van ingezeten vennootschappen die binnenlandse dividenden

ontvingen.

58. Bijzonder leerzaam is in dit verband het arrest van 23 februari 2006, Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143), dat de verenigbaarheid met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer betreft van een nationale regeling die de aftrekbaarheid uitsloot van financieringskosten voor deelnemingen in een dochteronderneming die verband hielden met dividenden die afkomstig waren van een in een andere lidstaat gevestigde indirecte dochteronderneming(21)

59. Het Hof heeft van meet af aan de redenering van met name de Duitse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk afgewezen dat het geding een zuiver nationale situatie van een lidstaat betrof zodat de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer niet hoefden te worden uitgelegd. Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat wanneer een moedermaatschappij met zetel in Duitsland *opkomt tegen* de beslissing van de Duitse belastingadministratie waarbij haar de aftrekbaarheid wordt geweigerd van kosten die zijn gemaakt voor het verwerven van een deelneming in een eveneens in Duitsland gevestigde dochteronderneming omdat die kosten worden geacht in rechtstreeks economisch verband te staan met dividenden die zijn uitgekeerd door een in Oostenrijk gevestigde indirecte dochteronderneming(22)

, de regeling waarop die beslissing is gebaseerd moet worden geacht van toepassing te zijn op situaties die een verband vertonen met het handelsverkeer binnen de Unie, hetgeen ertoe kan leiden dat de verdragsbepalingen inzake de fundamentele vrijheden van toepassing zijn.(23)

60. De op de nomenclatuur van bijlage I bij richtlijn 88/361 gegronde opmerking van de regering van het Verenigd Koninkrijk moet voorts eveneens worden afgewezen, aangezien er bij het betrokken financiële verkeer duidelijk sprake is van een grensoverschrijdende component.

61. Daaruit volgt dat artikel 63 VWEU rechten toekent aan een aandeelhouder die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden ontvangt, ook al is die aandeelhouder gevestigd in dezelfde lidstaat als de uitkerende vennootschap, en dat hij zich daarop in rechte kan beroepen.

5. Rechtvaardiging

62. Vastgesteld moet nog worden of de ongelijke behandeling die de FID-regeling inhoudt, kan worden gerechtvaardigd in het licht van de bepalingen van het VWEU over de vrijheid van kapitaalverkeer.

63. Mocht het Hof niet akkoord gaan met haar stelling over de niet-toepasselijkheid van het Unierecht, dan is de regering van het Verenigd Koninkrijk van mening dat indien – ten eerste – de aandeelhouder relevante rechten kan ontlenen aan het Unierecht en – ten tweede – aan die rechten afbreuk wordt gedaan doordat geen opeisbaar belastingkrediet wordt toegekend voor een uitkering van een als FID aangemerkt buitenlands dividenden aan een van belasting vrijgestelde aandeelhouder, die beperking van diens rechten wordt gerechtvaardigd door de samenhang van het belastingstelsel.

64. Volgens deze regering bestond er binnen het verrekeningsstelsel dat in het Verenigd Koninkrijk gold, een rechtstreeks verband tussen het aan de aandeelhouder toegekende fiscale voordeel, namelijk het belastingkrediet voor een dividend, en de door de vennootschap over dat dividend betaalde ACT. Die regering stelt dat de logica van dat stelsel meebracht dat, omdat de over als FID aangemerkte buitenlandse dividenden betaalde ACT terugbetaalbaar was aan de vennootschap, het belastingkrediet aan de aandeelhouder werd geweigerd.

65. Mijns inziens kan de door de regering van het Verenigd Koninkrijk opgeworpen rechtvaardiging niet worden aanvaard.

66. Zij is slechts een herhaling van vergelijkbare argumenten die deze regering reeds heeft aangevoerd – en die het Hof heeft afgewezen – in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774).

67. Uit de punten 93 en 163 van dat arrest blijkt duidelijk dat het Hof heeft geoordeeld dat de in het licht van de bepalingen van het VWEU over de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer geconstateerde ongelijke behandeling niet werd gerechtvaardigd door de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel van het Verenigd Koninkrijk in stand te houden.

68. Vastgesteld moet worden dat uit punt 173 van het arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774), blijkt dat de daarin aan de orde zijnde ongelijke behandeling met name lag in het feit dat geen belastingkrediet werd toegekend aan een aandeelhouder die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden ontving. Het betrof derhalve dezelfde situatie als in de onderhavige zaak aan de orde is.

69. Het Hof heeft in dat arrest bovendien het argument van de regering van het Verenigd Koninkrijk afgewezen dat een belastingkrediet slechts aan een dividendontvangende aandeelhouder wordt verleend wanneer er sprake is van economische dubbele belasting van de uitgekeerde winst die moet worden vermeden of verminderd.⁽²⁴⁾ Het Hof heeft voor recht verklaard dat „het gevaar [voor een economische dubbele belasting] bestaat in het geval van dividenden die worden betaald door een niet-ingezeten vennootschap waarvan de winst in haar staat van vestiging ook is onderworpen aan de vennootschapsbelasting, volgens de aldaar geldende tarieven en regels”.⁽²⁵⁾

B – *Tweede prejudiciële vraag*

70. De tweede vraag van de verwijzende rechter hoeft slechts te worden beantwoord indien de aandeelhouder die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden ontving, zich niet zelf kon beroepen op aan artikel 63 VWEU ontleende rechten.

71. Gelet op mijn antwoord op de eerste vraag van de verwijzende rechter ben ik van mening dat de tweede vraag niet beantwoord hoeft te worden.

C – *Derde en vierde prejudiciële vraag*

72. Met zijn derde en vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen welke consequenties de rechterlijke autoriteiten van een lidstaat moeten trekken uit de vaststelling dat nationale bepalingen onverenigbaar zijn met het Unierecht en, meer in het bijzonder, welke beroepsmogelijkheden zij moeten bieden aan aandeelhouders die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden ontvangen (derde vraag), en of bepaalde omstandigheden daarbij mogelijk verschil uitmaken (vierde vraag).

1. Consequenties van de vaststelling dat bepaalde nationale bepalingen onverenigbaar zijn met het Unierecht

73. De rechterlijke instanties van de lidstaten dienen krachtens het in artikel 4, lid 3, VEU geformuleerde beginsel van loyale samenwerking de rechterlijke bescherming te verzekeren van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontlelen. Volgens artikel 19, lid 1, VEU moeten de lidstaten bovendien voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende gebieden te verzekeren.(26)

74. De Trustees zijn van mening dat een doeltreffende voorziening in rechte moet leiden tot terugbetaling van het economische voordeel dat de lidstaat uit de schending van artikel 63 VWEU heeft gehaald, omdat anders de schending van dat artikel zou voortduren. Zij menen dat er sprake is van een recht op terugbetaling dat, overeenkomstig de in de arresten van 9 november 1983, *San Giorgio* (199/82, EU:C:1983:318), en 8 maart 2001, *Metallgesellschaft e.a.* (C?397/98 en C?410/98, EU:C:2001:134) ontwikkelde beginselen, het gevolg en het complement is van de rechten die worden toegekend door de bepalingen van Unierecht, zoals uitgelegd door het Hof.

75. Volgens de Trustees bestaat er geen enkel juridisch beginsel dat de terugbetaling door een lidstaat beperkt tot het bedrag van de aan de betrokken persoon opgelegde belasting. Zij zijn van mening dat de aandeelhouders recht hebben op terugbetaling van de bedragen die zouden zijn teruggegeven indien het nationale belastingstelsel het Unierecht had geëerbiedigd en die de lidstaat niet heeft betaald, waardoor hij aldus voordeel heeft gehaald uit de ingehouden bedragen. Een doeltreffende voorziening in rechte vereist betaling niet alleen van de betrokken bedragen, maar ook van de rente als gevolg van de eerdere niet-beschikbaarheid van die bedragen voor de aandeelhouders.

76. De regering van het Verenigd Koninkrijk is van mening dat een lidstaat krachtens het Unierecht weliswaar verplicht is om de in strijd met dat recht ontvangen belasting terug te betalen, maar dat dit beginsel niet van toepassing is op de Trustees. Volgens deze regering waren de Trustees, krachtens het nationale recht, vrijgesteld van belasting over inkomsten uit dividenden en, bijgevolg, geen belasting verschuldigd. Zij hebben geen belasting betaald over de door hen ontvangen als FID aangemerkte buitenlandse dividenden.

77. Ik merk op dat bij gebreke van een Unieregeling ter zake, het niet de taak van het Hof is om vast te stellen welke beroepsmogelijkheden ter beschikking staan van de aandeelhouders die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden hebben ontvangen, noch welke voorwaarden daarvoor gelden.(27)

78. Het is immers een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het recht van de Unie ontlelen, voor zover die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel), en de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).(28)

a) Terugvordering van het onverschuldigd betaalde

79. Anders dan de Trustees stellen, beschikt het pensioenfonds – mijns inziens – niet over een recht op terugvordering van het onverschuldigd betaalde overeenkomstig de in de arresten van 9 november 1983, *San Giorgio* (199/82, EU:C:1983:318), en 8 maart 2001, *Metallgesellschaft e.a.* (C?397/98 et C?410/98, EU:C:2001:134), ontwikkelde beginselen.

80. Het recht op terugbetaling van heffingen die een lidstaat in strijd met het recht van de Unie heeft geïnd, is het gevolg en het complement van de rechten die de justitiabelen ontlelen aan de bepalingen van het recht van de Unie die dergelijke heffingen verbieden. De lidstaat is dus in

beginsel ertoe verplicht om in strijd met het recht van de Unie toegepaste heffingen terug te betalen. In afwijking van het beginsel van terugbetaling van met het recht van de Unie onverenigbare heffingen kan terugbetaling van een ten onrechte geheven belasting slechts worden geweigerd wanneer terugbetaling zou leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden, te weten wanneer vaststaat dat de persoon die tot betaling van die rechten gehouden is, deze daadwerkelijk op, met name, de koper van een goed heeft afgewenteld. Het recht op terugvordering van het onverschuldigd betaalde strekt immers ertoe, de gevolgen op te heffen van de onverenigbaarheid van de heffing met het recht van de Unie, door de economische last die ten onrechte heeft gedrukt op *de uiteindelijke marktdeelnemer die ze heeft betaald* te neutraliseren.(29)

81. Het is van belang eraan te herinneren dat de Trustees, omdat het pensioenfonds een erkend pensioenfonds is, geen belasting hebben betaald over met name de als FID aangemerkte buitenlandse dividenden die zij hebben ontvangen.

82. Daaruit volgt dat, doordat de Trustees daadwerkelijk geen belastingen hebben betaald, zij mijns inziens niet beschikken over een recht op terugvordering van het onverschuldigd betaalde overeenkomstig de met name in de arresten van 9 november 1983, *San Giorgio* (199/82, EU:C:1983:318), en 8 maart 2001, *Metallgesellschaft e.a.* (C-397/98 et C-410/98, EU:C:2001:134), ontwikkelde beginselen.

b) Beginsel van voorrang van het Unierecht

83. Betekent dit dat aandeelhouders die, zoals de Trustees, als FID aangemerkte buitenlandse dividenden hebben ontvangen, geen andere vorderingen kunnen instellen? Dat is, mijns inziens, niet het geval.

84. Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de verdragsbepalingen en de rechtstreeks toepasselijke handelingen van de instellingen krachtens het beginsel van de voorrang van het Unierecht in hun verhouding tot het nationale recht van de lidstaten tot gevolg hebben dat zij door het enkele feit van hun inwerkingtreding elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving van rechtswege buiten toepassing doen treden.(30)

85. Zoals uit vaste rechtspraak blijkt, is de nationale rechter, wanneer hij wordt geconfronteerd met een rechtsbepaling die onverenigbaar is met het rechtstreeks toepasselijke Unierecht, verplicht die nationale bepaling buiten toepassing te laten en binnen de interne rechtsorde te kiezen voor die middelen die geschikt zijn om de door het Unierecht verleende individuele rechten te waarborgen.(31)

86. Het beginsel van voorrang van het Unierecht verplicht de lidstaten de nodige maatregelen te nemen opdat eenieder die met name in strijd met het verbod van artikel 63 VWEU op discriminatoire wijze is behandeld, het bedrag kan ontvangen waarop hij recht zou hebben gehad zonder die discriminatoire behandeling. Teneinde het nuttige effect van dat artikel te behouden en de aandeelhouders die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden ontvangen, een doeltreffende rechtsbescherming te waarborgen, is het immers noodzakelijk hen zoveel mogelijk, met inachtneming van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel, te plaatsen in de positie waarin zij zouden hebben verkeerd indien zij niet discriminatoir waren behandeld door de betrokken nationale bepalingen.

87. Ik ben van mening dat, in casu, de toepassing van het voorrangsbeginsel impliceert dat, doordat section 246 C ICTA buiten toepassing is gelaten, de Trustees die recht hebben op een belastingkrediet, ook recht hebben op uitbetaling van dat belastingkrediet op grond van section 231, lid 3, ICTA en van de rente over dat bedrag, die de verliezen weerspiegelt die het gevolg zijn

van de niet-beschikbaarheid van dat krediet(32)

.

2. Maken bepaalde omstandigheden mogelijk verschil uit?

a) Omstandigheid dat de aandeelhouder is vrijgesteld van belasting

88. Het feit dat de aandeelhouder in zijn staat van vestiging(33) niet is onderworpen aan belasting over de dividenden die hij ontvangt, zodat in het geval van een uitkering door een ingezeten vennootschap buiten het kader van de FID-regeling het belastingkrediet waarop hij krachtens de nationale regeling aanspraak kan maken kan leiden tot de uitbetaling van dat belastingkrediet door de lidstaat, maakt geen enkel verschil uit.(34) De eerbiediging van artikel 63 VWEU impliceert enkel dat in het kader van de FID-regeling dezelfde regel wordt toegepast, anders gezegd dat het pensioenfonds in dezelfde situatie wordt geplaatst als de erkende vrijgestelde pensioenregelingen die, buiten het kader van de FID-regeling, krachtens section 231, lid 3, ICTA aanspraak konden maken op uitbetaling van het bedrag van het belastingkrediet.(35)

b) Omstandigheid dat de nationale rechter van oordeel is dat de door de lidstaat gemaakte inbreuk op het Unierecht niet voldoende gekwalificeerd is overeenkomstig de in het arrest van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79), ontwikkelde beginselen

89. In dat geval was de aansprakelijkheidsvordering ingesteld door de vennootschap die de dividenden uitkeerde.

90. Aangezien de aandeelhouders aan wie door een ingezeten vennootschap als FID aangemerkte buitenlandse dividenden werden uitgekeerd, zoals het pensioenfonds in casu, rechtstreeks werden benadeeld door de discriminerende bepalingen van de FID-regeling en, meer in het bijzonder, door de niet-eerbiediging van hun recht op een belastingkrediet, en artikel 63 VWEU hun rechten toekent die zij in rechte kunnen afdwingen, maakt de door de verwijzende rechter naar voren gebrachte omstandigheid geen enkel verschil uit voor de rechten van de aandeelhouders, los van eventueel aan de uitkerende vennootschappen toegekende rechten.(36)

91. De door artikel 63 VWEU aan de betrokken aandeelhouders toegekende rechten staan los van die welke zijn toegekend aan de dividenduitkerende vennootschappen.

c) Omstandigheid dat de uitgekeerde bedragen mogelijk zijn verhoogd

92. De verwijzende rechter vraagt zich af of het verschil kan uitmaken dat, slechts in bepaalde gevallen, de vennootschap die krachtens de FID-regeling dividenden uitkeert, het bedrag van haar uitkeringen aan al haar aandeelhouders kan hebben verhoogd door het bedrag dat een vrijgestelde aandeelhouder zou hebben ontvangen bij een dividenduitkering buiten het kader van die regeling contant uit te betalen.(37)

93. Opgemerkt moet worden dat volgens de verwijzende rechter „[i]n de procedures die het voorwerp zijn van het onderhavige verzoek [...] niet is bewezen dat de dividenden daadwerkelijk zijn verhoogd noch, in voorkomend geval, in welke mate, en evenmin of die verhoging werkelijk een voordeel voor de aandeelhouders of kosten voor de vennootschappen vertegenwoordigde.(38)

94. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat de vraag van de verwijzende rechter zeer onduidelijk en zelfs hypothetisch is.

95. In ieder geval moet nog worden gepreciseerd dat de vaststelling in punt 173 van het arrest

van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774), dat er sprake was van een discriminatoire behandeling van de aandeelhouders, geldt los van de eventuele corrigerende maatregelen die de ingezeten vennootschappen die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden uitkeerden, hebben genomen ten gunste van hun aandeelhouders. Het Hof heeft immers geen enkele consequentie verbonden aan de omstandigheid die het toch in punt 149 van het arrest noemt, namelijk dat een vennootschap die voor de FID-regeling had gekozen, ertoe werd gebracht „het bedrag van haar uitkeringen te verhogen [om] haar aandeelhouders een opbrengst [te] garanderen die overeenstemt met die van een uitkering van binnenlandse dividenden”.

VI – Conclusie

96. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging om de door de Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) [rechter in laatste aanleg (Engeland en Wales) in civiele zaken] te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 63 VWEU kent aan een aandeelhouder die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden ontvangt, rechten toe die hij in rechte kan afdwingen.

2) Het beginsel van voorrang van het Unierecht verplicht de lidstaten de nodige maatregelen te nemen opdat eenieder die met name in strijd met het verbod van artikel 63 VWEU op discriminatoire wijze is behandeld, betaling kan krijgen van het bedrag waarop hij recht zou hebben gehad zonder die discriminatoire behandeling. Teneinde het nuttige effect van dat artikel te behouden en de aandeelhouders die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden ontvangen, een doeltreffende rechtsbescherming te waarborgen, is het noodzakelijk hen zoveel mogelijk, met inachtneming van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel, te plaatsen in de positie waarin zij zouden hebben verkeerd indien zij niet discriminatoir waren behandeld door de betrokken nationale bepalingen.

3) Het maakt geen verschil uit dat:

– de aandeelhouder in zijn staat van vestiging niet is onderworpen aan belasting over de dividenden die hij ontvangt, zodat in het geval van een uitkering door een ingezeten vennootschap buiten het kader van de FID-regeling het belastingkrediet waarop hij krachtens de nationale regeling aanspraak kan maken kan leiden tot de uitbetaling van dat belastingkrediet door de lidstaat;

– de nationale rechter van oordeel is dat de inbreuk die de betrokken nationale wettelijke regeling op het Unierecht maakt niet voldoende gekwalificeerd is om die lidstaat overeenkomstig de in het arrest van 5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur en Factortame* (C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79), ontwikkelde beginselen te verplichten tot vergoeding van de schade die de dividenduitkerende vennootschap heeft geleden, aangezien de door artikel 63 VWEU aan de betrokken aandeelhouders toegekende rechten losstaan van die welke zijn toegekend aan de dividenduitkerende vennootschappen;

– de vennootschap die krachtens de hierboven bedoelde regeling dividenden uitkeert, het bedrag van die uitkering aan al zijn aandeelhouders kan hebben verhoogd door het bedrag dat een vrijgestelde aandeelhouder zou hebben ontvangen bij een dividenduitkering buiten het kader van die regeling contant uit te betalen.”

1 – Oorspronkelijke taal: Frans.

2 – In het arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04,

EU:C:2006:774, punt 148), heeft het Hof gesproken van „de aandeelhouder die dividenden ontvangt van een ingezeten vennootschap op grond van als FID aangemerkte buitenlandse dividenden [...]”.

3 – In de onderhavige conclusie hierna: „als FID aangemerkte buitenlandse dividenden”.

4 – Section 231, lid 1, ICTA bepaalde dat „[i]ndien een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap een aan de ACT onderworpen uitkering verricht en de ontvanger ervan is ook een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap of een natuurlijke persoon die in het Verenigd Koninkrijk woont, [...] die ontvanger recht [heeft] op een belastingkrediet ten belope van het gedeelte van het bedrag of de waarde van de uitkering dat overeenkomt met het tarief van de [ACT] dat geldt voor het boekjaar waarin de uitkering is verricht.”

5 – Zie de punten 23 tot en met 29 van deze conclusie.

6 – Zie section 592, lid 2, ICTA en punt 15 van deze conclusie.

7 – Zie tevens arrest van 15 september 2011, Accor (C-310/09, EU:C:2011:581, punten 30-32).

8 – Arrest van 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, punt 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

9 – In het arrest van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 148), heeft het Hof de uitdrukking „[uitkering van] dividenden [door] een ingezeten vennootschap op grond van als FID aangemerkte buitenlandse dividenden” gebruikt.

10 – Zie arrest van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 145). Cursivering van mij.

11 – Arrest van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punten 148 en 149).

12 – Cursivering van mij.

13 – Zie eveneens punt 4 van het dictum van dat arrest.

14 – Ik merk op dat niet is betwist dat de aandeelhouders die als FID aangemerkte buitenlandse dividenden ontvingen, zich in een situatie bevonden die vergelijkbaar was met die van aandeelhouders die binnenlandse dividenden ontvingen.

15 – Volgens de verwijzende rechter zorgde immers „wat de dividenden betreft die buiten het kader van de FID-regeling waren uitgekeerd, de uitbetaling van belastingkredieten ervoor dat het Verenigd Koninkrijk het bedrag van het door het pensioenfonds ontvangen dividend aanvulde. In feite werd aldus een deel van de door de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap (of haar ingezeten dochterondernemingen) betaalde vennootschapsbelasting terugbetaald aan de aandeelhouder, het pensioenfonds”. Hij merkt op dat een „dividend van 80 een belastingkrediet van 20 deed ontstaan, hetgeen leidde tot een totaalinkomen van 100 voor het pensioenfonds”.

16 – De regering van het Verenigd Koninkrijk baseert zich in dit verband op het arrest van 16 juli 1998, ICI (C-264/96, EU:C:1998:370, punt 34). Volgens die regering „veronderstelt kapitaalverkeer in de zin van artikel 63 VWEU [...] de verwerving van buitenlandse aandelen en niet van binnenlandse aandelen. Bijgevolg vormt de verwerving van binnenlandse deelnemingen door een ingezeten aandeelhouder geen kapitaalverkeer in de zin van artikel 63 VWEU”. Ik acht

dit door de regering van het Verenigd Koninkrijk aangehaalde arrest in casu niet relevant. In punt 33 van dat arrest heeft het Hof voor recht verklaard dat artikel 49 VWEU en artikel 54 VWEU inzake de vrijheid van vestiging „[zich niet verzetten] tegen een nationale wettelijke regeling volgens welke geen belastingaftrek wordt verleend aan een ingezeten consortiumlid, wanneer de activiteit van de aan het consortium toebehorende houdstermaatschappij geheel of hoofdzakelijk bestaat in het houden van aandelen van dochtermaatschappijen die hun zetel in derde landen hebben [...]”. Vastgesteld moet worden dat het Hof in punt 34 weliswaar heeft geoordeeld dat het geschil een niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallende situatie betrof, namelijk de vrijheid van vestiging, maar zich niet heeft uitgesproken over de vraag of er sprake was van een zuiver interne situatie, noch over de vrijheid van kapitaalverkeer.

17 – PB 1988, L 178, blz. 5.

18 – Een uitlegging die geen rekening houdt met „de economische realiteit”, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft verklaard.

19 – Ik sluit mij aan bij de opmerkingen van de Trustees, die stellen dat „in de FID-regeling een uitdrukkelijk verband wordt gelegd tussen de winsten van buitenlandse ondernemingen en de fiscale behandeling van aandeelhouders als [het pensioenfonds]: alleen dividenden die verband hielden met inkomsten die voortvloeiden uit door buitenlandse vennootschappen gerealiseerde winsten werden als FID aangemerkt en leidden tot de door de vennootschappen op grond van het ACT-overschot gevraagde belastingaftrek”. „Een FID veronderstelt noodzakelijkerwijs een grensoverschrijdende component. FID's vertegenwoordigen per definitie de herverdeling van inkomsten die de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij heeft verkregen uit buitenlandse dochterondernemingen”.

20 – Zie punten 148 en 173 van het arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774).

21 – Keller Holding (de moedermaatschappij), met zetel en directie in Duitsland, hield als enig aandeelhoudster onder meer de aandelen van een andere in Duitsland gevestigde vennootschap, Keller Grundbau GmbH. Laatstgenoemde hield op haar beurt de aandelen van een in Oostenrijk gevestigde vennootschap, Keller Grundbau GmbH Wien (indirecte dochteronderneming/kleindochteronderneming).

22 – Zie in die zin arrest van 23 februari 2006, *Keller Holding* (C-471/04, EU:C:2006:143, punt 23). Zie ook, naar analogie, arrest van 10 maart 2005, *Laboratoires Fournier* (C-39/04, EU:C:2005:161), waarin het Hof heeft geoordeeld dat een nationale regeling die enkel recht gaf op belastingkrediet voor in de betrokken lidstaat verricht onderzoek, in strijd was met artikel 59 VWEU. Volgens punt 11 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak *Laboratoires Fournier* (C-39/04, EU:C:2004:789) „[wordt] door deze regeling [...] een binnenlands bedrijf dat binnenslands verrichte diensten heeft aanvaard, gunstiger behandeld dan een binnenlands bedrijf dat vanuit een andere lidstaat verrichte diensten heeft aanvaard. De regeling is daarom, *zij het indirect*, gebaseerd op de plaats van vestiging van de dienstverrichter en beperkt aldus diens grensoverschrijdende activiteiten. Derhalve is zij kennelijk in strijd met artikel [59 VWEU]” (cursivering van mij). Zie eveneens arrest van 12 april 1994, *Halliburton Services* (C-1/93, EU:C:1994:127, punt 20), waarin het Hof heeft geoordeeld dat een verschil in behandeling dat slechts een indirecte uitwerking had op de situatie van naar het recht van de andere lidstaten opgerichte vennootschappen, een door [artikel 49 VWEU] verboden discriminatie op grond van nationaliteit vormde.

23 – Zie arrest van 23 februari 2006, *Keller Holding* (C-471/04, EU:C:2006:143, punt 24).

24 – Maar volgens die regering „[bestond] er bij de FID-regeling geen economische dubbele belasting aangezien enerzijds er geen ACT was betaald over de buitenlandse dividenden en anderzijds de ACT die de ontvangende ingezeten vennootschap bij de uitkering van dividenden aan haar aandeelhouders moest betalen vervolgens werd terugbetaald”. Zie in die zin ook arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 158).

25 – Zie arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 159).

26 – Arrest van 19 november 2014, *ClientEarth* (C-404/13, EU:C:2014:2382, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook punt 81 van de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak *Texdata Software* (C-418/11, EU:C:2013:50) en punt 37 van de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de gevoegde zaken *Star Storage e.a.* (C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:307); zie ook voetnoot 32 van laatstgenoemde conclusie waarin E. Sharpston heeft opgemerkt dat [v]oor zover artikel 47 van het Handvest geldt voor de lidstaten, [het aansluit] bij artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU en [...] een specifieke invulling [geeft] aan het beginsel van loyale samenwerking zoals neergelegd in artikel 4, lid 3, VEU. [...]”

27 – Zie, naar analogie, arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 201).

28 – Arrest van 19 mei 2011, *Iaia e.a.* (C-452/09, EU:C:2011:323, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29 – Arrest van 20 oktober 2011, *Danfoss en Sauer-Danfoss* (C-94/10, EU:C:2011:674, punten 20, 21 en 23).

30 – Arrest van 4 februari 2016, *Ince* (C-336/14, EU:C:2016:72, punt 52).

31 – Zie in die zin arrest van 19 juli 2012, *Littlewoods Retail e.a.* (C-591/10, EU:C:2012:478, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 – Zie, naar analogie arrest van 19 juli 2012, *Littlewoods Retail e.a.* (C-591/10, EU:C:2012:478, punten 25 en 33).

33 – In casu het Verenigd Koninkrijk.

34 – Zie de vierde prejudiciële vraag, onder a), van de verwijzende rechter.

35 – Zie, naar analogie, punt 49 van het arrest van 7 september 2004, *Manninen* (C-319/02, EU:C:2004:484) waarin het Hof voor recht heeft verklaard dat „[d]e toekenning van een belastingkrediet met betrekking tot in een andere lidstaat verschuldigde vennootschapsbelasting [...] voor de Republiek Finland stellig een derving van haar fiscale inkomsten uit dividenden van in andere lidstaten gevestigde vennootschappen [zou] meebrengen [die] niet [kan] worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een maatregel die [...] in strijd is met een fundamentele vrijheid [...]”.

36 – Zie de vierde prejudiciële vraag, onder b), van de verwijzende rechter.

37 – Zie de vierde prejudiciële vraag, onder c), van de verwijzende rechter.

38 – Zie arrest *The BT Pension Scheme (Trustees of) v HM Revenue and Customs*, [2015], EWCA

Civ 713, punt 22. Volgens de Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) „kozen veel [van die vennootschappen] ervoor een hoger dividendbedrag uit te keren dan zij anders konden uitkeren”. In punt 23 van dat arrest stelt de Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) vast dat zij uit de feiten niet kon opmaken of de FID's waren verhoogd, „laat staan of zij dermate waren verhoogd dat zij het nadeel dat de Trustees hadden geleden door de weigering om voor dergelijke dividenden een uitbetaalbaar belastingkrediet toe te kennen geheel konden compenseren”. In dat punt is de Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) uitgegaan van de veronderstelling dat de verhogingen „het nadeel niet geheel hebben gecompenseerd”.