Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. HOGAN
van 19 november 2020[1]

Zaak C-480/19

E
in tegenwoordigheid van:
Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö

[verzoek van de Korkein hallinto-oikeus (hoogste bestuursrechter, Finland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Vrij verkeer van kapitaal – Belastingwetgeving – Inkomstenbelasting – Aan in een lidstaat ingezeten particulieren uitgekeerde winst door een niet-ingezeten instelling voor collectieve belegging die de vorm van een statutaire vennootschap heeft – Verschil in behandeling tussen winstaandelen uitgekeerd door rechtens bij overeenkomst geregelde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) en dividenden uitgekeerd door bij statuten geregelde icbe's – Onmogelijkheid voor ingezeten icbe's om bij statuten te worden geregeld"

I. Inleiding

1. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 63 en 65 VWEU. Meer in het bijzonder is de vraag wederom wanneer een belastingheffing discriminerend is in de zin van de regels van het vrije verkeer van kapitaal.

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen E en de Keskusverolautakunta (centrale belastingcommissie, Finland) over de beslissing van 10 november 2017 waarin die commissie heeft geoordeeld dat door een Luxemburgse beleggingsvennootschap met veranderlijk kapitaal (hierna: „sicav") aan E uitgekeerde winst in Finland moet worden belast als inkomsten uit arbeid in loondienst.

3. Uit deze zaak blijkt dat de maatregel of maatregelen die in dat opzicht discriminerend zouden kunnen zijn – en aldus een beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormen – exact moeten worden vastgesteld zodat de lidstaten weten welke wettelijke maatregelen zij moeten nemen om de situatie te verhelpen.

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

4. Het Unierecht onderscheidt thans twee soorten collectieve beleggingsinstellingen: instellingen voor collectieve belegging in effecten (hierna: „icbe's") en instellingen voor collectieve belegging die niet als icbe kunnen worden aangemerkt (alternatieve beleggingsinstellingen; hierna: „abi's").

5. Volgens overweging 4 van richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) (PB 2009, L 302, blz. 32; hierna: „icbe-richtlijn") heeft deze richtlijn tot doel „voor de in de lidstaten gevestigde icbe's te voorzien in gemeenschappelijke minimumregels met betrekking tot toelating, toezicht, inrichting, werkzaamheid en door hen te publiceren informatie". In overweging 83 wordt vermeld dat die richtlijn geen invloed mag hebben op de nationale regelgeving inzake belastingheffing.

6. In artikel 1, lid 3, van deze richtlijn is het volgende bepaald:

„[Icbe's] kunnen rechtens geregeld zijn bij overeenkomst (beleggingsfondsen beheerd door een beheermaatschappij), als trust (unit trust) dan wel bij statuten (beleggingsmaatschappij).

[...]"

B. Fins recht

1. Financieel recht

7. Volgens de door de verwijzende rechter en de Finse regering verstrekte informatie staat het Finse recht alleen de oprichting van beleggingsinstellingen toe die onder de Sijoitusrahastolaki (48/1999) (wet nr. 48/1999 op de beleggingsfondsen) tot uitvoering van de icbe-richtlijn vallen en die bij overeenkomst zijn geregeld, dat wil zeggen „beleggingsfondsen" in de zin van die richtlijn. Die beperking heeft tot doel beleggers te beschermen. Wanneer fondsen niet bij statuten zijn geregeld en dus geen rechtspersoonlijkheid hebben, zijn door die beleggingsfondsen beheerde activa inderdaad te beschouwen als rechtstreeks in bezit van de beleggers, waardoor deze activa in geval van insolventie van de beheermaatschappij niet kunnen worden gebruikt om schuldeisers te betalen. [2]

[2] Naast beleggingsfondsen die onder de icbe-richtlijn vallen, kunnen naar Fins recht ook alternatieve beleggingsinstellingen worden opgericht, dat wil zeggen instellingen die niet onder de icbe-richtlijn maar onder richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010 (PB 2011, L 174, blz. 1) vallen. Volgens de verwijzende rechter staat het Finse recht alleen de oprichting van abi's bij overeenkomst toe. In haar opmerkingen stelt de Finse regering echter dat een abi ook bij wet kan worden opgericht. In het bijzonder heeft die regering in punt 33 van haar antwoord op het toelichtingsverzoek van het Hof gesteld: „Wanneer een binnenlands hefboomfonds bijvoorbeeld de vorm van een naamloze vennootschap aanneemt, zijn de voor gewone naamloze vennootschappen geldende vennootschapsbelastingregels daarop van toepassing [...]."

2. Belastingrecht

8. Het Finse belastingrecht maakt onderscheid tussen inkomsten uit kapitaal en inkomsten uit arbeid in loondienst. Het belastingtarief dat van toepassing is op inkomsten uit kapitaal bedraagt 30 % voor het gedeelte tot 30 000 EUR en 34 % voor het gedeelte van die inkomsten boven de 30 000 EUR. Het belastingtarief voor inkomsten uit arbeid in loondienst is progressief, met een laatste schijf van meer dan 50 %.

9. Krachtens § 32 van de Tuloverolaki (wet op de inkomstenbelasting), met als opschrift „Inkomsten uit kapitaal", worden opbrengsten uit vermogen, winst uit de overdracht van vermogen en andere soortgelijke inkomsten waarvan kan worden aangenomen dat zij op grond van vermogen zijn verkregen, alle beschouwd als inkomsten uit kapitaal. Onder inkomsten uit kapitaal vallen met name dividenden in overeenstemming met de bepalingen van de §§ 33a tot en met 33d van die wet.

a) Fiscale behandeling van door een entiteit met rechtspersoonlijkheid uitgekeerde winst

10. Vennootschappen naar Fins recht zijn onderworpen aan belasting over hun winst tegen een tarief van 20 %. De door hen uitgekeerde winst bestaat in dividenden en wordt derhalve beschouwd als inkomsten uit kapitaal.[3] Naargelang de uitkerende vennootschap al dan niet aan een gereglementeerde markt is genoteerd, is een min of meer aanzienlijk deel van die inkomsten vrijgesteld van belastingheffing. Het doel van deze – altijd slechts gedeeltelijke – vrijstelling is het matigen van de gevolgen van dubbele belasting, een eerste maal op het niveau van de vennootschap en een tweede maal wanneer de dividenden aan de beleggers worden uitgekeerd.[4]

11. Meer in het bijzonder bepaalt § 33a van de Tuloverolaki, met het opschrift „Dividenden die door een beursgenoteerde vennootschap worden uitgekeerd":

„85 % van de door een beursgenoteerde vennootschap uitgekeerde dividenden betreft inkomsten uit kapitaal en 15 % betreft niet-belastbare inkomsten.

[...]"

12. In § 33b van deze wet, met als opschrift „Dividenden die door een niet-beursgenoteerde vennootschap worden uitgekeerd", is het volgende bepaald:

„25 % van de door een niet-beursgenoteerde vennootschap uitgekeerde dividenden vormt belastbare inkomsten uit kapitaal en 75 % vormt niet-belastbare inkomsten, tot een bedrag dat overeenkomt met een jaaropbrengst van 8 %, berekend op basis van de wiskundige waarde van het aandeel in het belastingjaar die is vastgesteld in de laki varojojen arvostamisesta verotuksessa annettu (1142/2005) [(wet nr. 1142/2005 op de waardering van activa voor belastingheffing)]. Voor zover het bedrag van de door de belastingplichtige ontvangen dividenden meer bedraagt dan 150 000 EUR, vormt 85 % van de dividenden inkomsten uit kapitaal en 15 % niet-belastbare inkomsten.

[3] Na een hervorming in 2014 is het tarief van de vennootschapsbelasting verlaagd en is de belastingdruk op vennootschappen verschoven naar de aandeelhouders.

[4] In het aan het Hof overgelegde dossier wordt niet vermeld waarom dividenden die door een beursgenoteerde vennootschap worden uitgekeerd anders worden belast dan dividenden die door een niet-beursgenoteerde vennootschap worden uitgekeerd.

Voor het gedeelte dat meer bedraagt dan de in de eerste alinea bedoelde jaaropbrengst, vormt 75 % van de dividenden inkomsten uit arbeid in loondienst en 25 % niet-belastbare inkomsten.

Onverminderd de overige bepalingen met betrekking tot de belasting van dividenden waarin deze wet voorziet, vallen dividenden onder inkomsten uit arbeid in loondienst indien de uitkering ervan in overeenstemming met een statutaire bepaling, een besluit van de algemene vergadering, een aandeelhoudersovereenkomst of enige andere overeenkomst de tegenprestatie vormt voor een arbeidsinspanning van de begunstigde van het dividend of van een persoon uit zijn naaste omgeving. Het dividend vormt het inkomen van degene die de betrokken werkinspanning heeft verricht.

[…]"

b) Fiscale behandeling van door binnenlandse conventionele beleggingsfondsen uitgekeerde winst

13. Hoewel aan de icbe-richtlijn onderworpen Finse fondsen geen rechtspersoonlijkheid hebben, worden zij niettemin geacht belastingplichtig te zijn in de zin van het Finse belastingrecht.[5] Bijgevolg vallen zij binnen de werkingssfeer van de Finse vennootschapsbelasting, maar door het Finse recht worden ze daarvan vrijgesteld. Dienovereenkomstig worden beleggingen die via deze fondsen worden gedaan fiscaal behandeld alsof zij rechtstreeks door beleggers zijn gedaan, zodat zij enkel op het niveau van die beleggers worden belast.

14. Ten aanzien van de belasting over de door deze fondsen uitgekeerde winst worden die inkomsten voor particuliere beleggers beschouwd als winstaandeel en niet als dividend, omdat deze fondsen geen rechtspersoonlijkheid hebben. Particuliere beleggers worden dus volledig over deze inkomsten belast tegen een tarief van 30 % (of 34 % wanneer de inkomsten uit kapitaal hoger zijn dan 30 000 EUR).

c) Fiscale behandeling van door buitenlandse vennootschappen uitgekeerde winst

15. § 33c, eerste tot en met derde alinea, van de Tuloverolaki, met als opschrift „Door een buitenlandse entiteit uitgekeerde dividenden", bepaalt:

„Van een buitenlandse onderneming ontvangen dividenden vormen belastbare inkomsten in overeenstemming met de §§ 33a en 33b van deze wet indien de onderneming een vennootschap is in de zin van artikel 2 van richtlijn 2011/96/EU van de Raad [van 30 november 2011] betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten[6], zoals gewijzigd bij richtlijn 2013/13/EU van de Raad [van 13 mei 2013[7]] en richtlijn 2014/86/EU van de Raad [van 8 juli 2014[8]].

5 Ik merk op dat door binnenlandse beleggingsfondsen als fiscale entiteiten te beschouwen en deze van inkomstenbelasting vrij te stellen, de aard van de uitgekeerde inkomsten wordt gewijzigd om de fiscale behandeling van de betrokken transacties te vereenvoudigen. Indien dergelijke fondsen als transparante fiscale eenheden waren aangemerkt, had er voor de toepassing van de overeenkomstige regeling een onderscheid moeten worden gemaakt tussen de door dergelijke fondsen uitgekeerde inkomsten afkomstig van aandelen van beursgenoteerde vennootschappen en inkomsten afkomstig van aandelen van niet-beursgenoteerde vennootschappen. Aangezien deze fondsen niet transparant zijn, worden de inkomsten die zij uitkeren belast naargelang zij zelf al dan niet beursgenoteerd zijn.

6 PB 2011, L 345, blz. 8.

7 PB 2013, L 141, blz. 30.

8 PB 2014, L 219, blz. 40.

Van andere dan de in de eerste alinea genoemde buitenlandse ondernemingen ontvangen dividenden vormen belastbare inkomsten in overeenstemming met de §§ 33a en 33b indien de onderneming zonder keuzemogelijkheden of uitzondering gehouden is over haar inkomsten waaruit de dividenden zijn uitgekeerd ten minste 10 % belasting te betalen en:

1) de onderneming volgens de belastingwetgeving van een tot de Europese Economische Ruimte [(EER)] behorende staat in deze staat is gevestigd en zij volgens een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting niet in een staat buiten de [EER] is gevestigd, of

2) er tussen de staat van vestiging van de onderneming en de Republiek Finland in het belastingjaar een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van kracht is dat op de door de onderneming uitgekeerde dividenden van toepassing is.

Van andere dan de in de eerste en de tweede alinea genoemde buitenlandse ondernemingen ontvangen dividenden vormen volledig belastbare inkomsten uit arbeid in loondienst.

[…]"

16. Volgens de Finse regering heeft § 33c van de Tuloverolaki tot doel buitenlandse vennootschappen op dezelfde wijze te behandelen als vennootschappen naar Fins recht. Aangezien de vermindering van de belastinggrondslag waarin de §§ 33a en 33b voorzien, beoogt de gevolgen van dubbele belasting van winst op het niveau van de vennootschappen en dat van de beleggers te beperken, vallen enkel dividenden die zijn uitgekeerd door vennootschappen die in hun staat van vestiging inkomstenbelasting hebben betaald binnen de werkingssfeer van deze bepalingen. Wanneer een buitenlandse vennootschap echter geen inkomstenbelasting heeft betaald, zou zij zich in een andere situatie bevinden en dan zou er geen enkele reden zijn om haar van dit mechanisme voor vermindering van dubbele belasting van winst te laten profiteren. Zoals ik hieronder zal uiteenzetten, is deze redenering cruciaal om in casu het eventuele probleem van discriminerende belastingheffing te doorzien.

C. Luxemburgs recht

17. In het kader van de onderhavige zaak behoeft enkel te worden opgemerkt dat het begrip „sicav" naar Luxemburgs recht betrekking heeft op beleggingsfondsen in de vorm van een vennootschap met veranderlijk kapitaal en aandelen.[9] Vennootschappen die aan die kwalificatievoorwaarden voldoen, zijn vrijgesteld van de vennootschapsbelasting die gewoonlijk over de winst van elke vennootschap wordt geheven.[10] Een sicav naar Luxemburgs recht hoeft geen icbe in de zin van de icbe-richtlijn te zijn, maar kan wel onder richtlijn 2011/61 vallen.[11]

[9] Deze term duidt niet op een bepaalde ondernemingsvorm. Een bevek kan bijvoorbeeld een *société anonyme* of een *commandite par action* zijn.

[10] Vennootschappen die de status van bevek hebben, zijn niettemin in beginsel verplicht een jaarlijkse inschrijvingsbelasting te betalen. Deze belasting is echter niet gebaseerd op de winst, maar op de intrinsieke waarde van het fonds.

[11] Zie de website van de Association of the Luxembourg Fund Industry (ALFI, het Luxemburgs samenwerkingsverband voor de financiële sector): https://www.alfi.lu/en-GB/Pages/Setting-up-in-Luxembourg/Alternative-investment-funds-legal-vehicles/RAIF-(Luxembourg-Reserved-Alternative-Investment-F.

III. Feiten in het hoofdgeding en prejudiciële vraag

18. E is een in Finland wonende natuurlijke persoon die heeft belegd in een subfonds van een icbe-beleggingsfonds naar Luxemburgs recht, waarvan de opgebouwde opbrengst jaarlijks aan de beleggers werd uitgekeerd.

19. Op 20 juni 2017 heeft E de centrale belastingcommissie verzocht om een prealabele beslissing over de vraag of voor belastingheffing in Finland de door een Luxemburgse sicav uitgekeerde inkomsten in wezen moeten worden belast als inkomsten uit kapitaal of als inkomsten uit arbeid in loondienst.

20. In haar prealabele beslissing van 10 november 2017 heeft de centrale belastingcommissie geoordeeld dat de uitkering door een sicav naar Luxemburgs recht van inkomsten moet worden beschouwd als een uitkering van dividenden in Finland en dat die inkomsten met betrekking tot de belastingheffing van E in Finland krachtens § 33c, derde alinea, van de Tuloverolaki als inkomsten uit arbeid in loondienst moeten worden belast.

21. Uit het dossier van het Hof blijkt dat de centrale belastingcommissie in wezen heeft vastgesteld dat het voor de bepaling van de toepasselijke belastingregeling niet relevant is dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde sicav een icbe-fonds is. Integendeel, volgens de commissie is in het licht van de toepasselijke fiscale bepalingen het relevante criterium de juridische aard van de uitgekeerde inkomsten naar Fins recht en is dat weer afhankelijk van de rechtsvorm van de fondsen. Omdat sicavs volgens de voor oprichting ervan geldende wetgeving naar Luxemburgs recht rechtspersoonlijkheid bezitten en de inkomsten die zij uitkeren derhalve een dividend is en geen winstaandeel, moeten die inkomsten worden beschouwd als inkomsten uitgekeerd door om het even welke bij statuten geregelde vennootschap, ongeacht of deze al dan niet een beleggingsinstelling is. De commissie was dan ook van mening dat die fondsen voor de uitkering van winst niet anders zouden moeten worden behandeld dan nationale fondsen, aangezien zij worden belast alsof zij naar Fins recht zijn opgericht.

22. Op basis van deze conclusie lijkt de centrale belastingcommissie, hoewel het verzoek om een prejudiciële beslissing in dit verband misschien niet erg duidelijk is, te hebben geoordeeld dat een sicav naar Luxemburgs recht niet voldoet aan de voorwaarde van § 33c, eerste alinea, van de Tuloverolaki, aangezien dit soort vennootschappen niet vennootschapsbelastingplichtig is in Luxemburg, en evenmin voldoet aan de voorwaarde van § 33c, tweede alinea, van die wet. Bijgevolg heeft de centrale belastingcommissie op grond van § 33c, derde alinea, geconcludeerd dat dividenduitkeringen van een Luxemburgs fonds moeten worden belast als inkomsten uit arbeid in loondienst.

23. E heeft tegen de beslissing van de centrale belastingcommissie beroep ingesteld bij de verwijzende rechter, de Korkein hallinto-oikeus (hoogste bestuursrechter, Finland).

24. In zijn beroep heeft E aangevoerd dat de administratieve praktijk die erin bestaat om door een sicav uitgekeerde winst te behandelen als inkomsten uit arbeid in loondienst en deze winst op grond van § 33c, derde alinea, van de Tuloverolaki progressief te belasten, zou leiden tot een hogere belasting dan die welke geldt voor winst die door een Fins beleggingsfonds is uitgekeerd, aangezien laatstgenoemde winst wordt beschouwd als inkomsten uit kapitaal. E heeft betoogd dat dit in strijd is met het in artikel 63 VWEU verankerde vrije verkeer van kapitaal.

25. Tegen deze achtergrond is de verwijzende rechter van oordeel dat er om een uitspraak te kunnen doen over de rechtmatigheid van de beslissing van de centrale belastingcommissie, moet worden vastgesteld of het al dan niet in strijd is met de artikelen 63 en 65 VWEU dat de door een sicav naar Luxemburgs recht uitgekeerde inkomsten vanwege de rechtsvorm van die instelling voor collectieve belegging worden belast als inkomsten uit arbeid in loondienst en niet als inkomsten uit kapitaal. Die rechter is met name van oordeel dat in de onderhavige zaak duidelijkheid moet worden verschaft over de vraag of het feit dat een sicav naar Luxemburgs recht een instelling voor collectieve belegging in de zin van de icbe-richtlijn is, relevant is voor de vaststelling of de door die instelling uitgekeerde winst fiscaal gezien moet worden behandeld als winst die is uitgekeerd door een rechtens bij overeenkomst geregeld Fins beleggingsfonds, dat in Finland het enige type instelling voor collectieve belegging is dat kan worden opgericht.

26. Tegen deze achtergrond heeft de verwijzende rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moeten de artikelen 63 en 65 VWEU aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale uitlegging volgens welke inkomsten die een in Finland gevestigde natuurlijke persoon verkrijgt van een in een andere lidstaat van de Unie gevestigde en bij statuten geregelde instelling voor collectieve belegging in effecten in de zin van [de icbe-richtlijn] [...], voor de inkomstenbelasting niet worden gelijkgesteld aan inkomsten die zijn verkregen van een rechtens bij overeenkomst geregeld Fins beleggingsfonds [...] in de zin van dezelfde richtlijn, omdat de rechtsvorm van de in de andere lidstaat gevestigde instelling voor collectieve belegging in effecten niet overeenstemt met de juridische structuur van het binnenlandse beleggingsfonds?"

IV. Beoordeling

27. Gezien de door de verwijzende rechter aangehaalde bepalingen komt het mij om te beginnen voor dat de litigieuze beslissing gewoon voortvloeit uit de toepassing van die bepalingen op de betrokken inkomsten. Bijgevolg moet in casu worden onderzocht of de door de verwijzende rechter beschreven wettelijke regeling verenigbaar is met het Unierecht. [12]

28. In dit verband zij opgemerkt dat de directe belastingen nog altijd voornamelijk een zaak van de lidstaten zelf zijn. Bij de huidige stand van de harmonisatie van het belastingrecht van de Unie staat het de lidstaten daarom vrij om het belastingstelsel in te voeren dat zij het meest geschikt achten, zodat de toepassing van een progressieve belastingheffing behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van elke lidstaat. [13] In het bijzonder kunnen de fundamentele vrijheden niet aldus worden opgevat dat een lidstaat verplicht is zijn belastingregeling aan te passen aan die van een andere lidstaat teneinde te waarborgen dat in iedere situatie ongelijkheden tussen de verschillende nationale belastingregelingen worden opgeheven, aangezien de beslissingen van een vennootschap tot oprichting van een commerciële structuur in het buitenland naargelang van het geval meer of minder voordelig of nadelig voor deze vennootschap kunnen uitvallen. [14]

[12] Meer in het bijzonder lijkt de bestreden beslissing geen rechtstreeks verband te houden met het tussen de Republiek Finland en het Groothertogdom Luxemburg gesloten belastingverdrag tot het vermijden van dubbele heffing van inkomsten- en vermogensbelasting, ondertekend te Luxemburg op 1 maart 1982 (Mémorial A 1982, blz. 1966).

[13] Zie bijvoorbeeld arrest van 3 maart 2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, punt 49).

[14] Zie bijvoorbeeld arresten van 28 februari 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, punt 43); 10 juni 2015, X (C-686/13, EU:C:2015:375, punt 33), en 27 februari 2020, AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2020:127, punt 32). Gezien de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen van de lidstaten kan de uitoefening van deze vrijheden dus meer of minder voordelig, of zelfs nadelig, uitpakken, aangezien het Unierecht burgers van de Unie niet garandeert dat de uitoefening van de verkeersvrijheden fiscaal neutraal is. Zie bijvoorbeeld arresten van 15 juli 2004, Lindfors (C-365/02, EU:C:2004:449, punt 34); 12 juli 2005, Schempp (C-403/03, EU:C:2005:446, punt 45), en 20 mei 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, punten 37 en 62).

29. Ook al staat het de lidstaten vrij om de werkingssfeer en de grondbeginselen van hun belastingstelsel te bepalen, zij moeten echter niettemin hun fiscale bevoegdheid in overeenstemming met de vrijheid van verkeer uitoefenen, hetgeen betekent dat zij geen maatregelen mogen vaststellen die op grond van artikel 63, lid 1, VWEU verboden zijn.[15] Met andere woorden, de fundamentele vrijheden zijn niet bedoeld om problemen inzake de interoperabiliteit van verschillende nationale belastingstelsels op te lossen. Zij beogen veeleer te waarborgen dat de lidstaten hun bevoegdheden op niet-discriminerende wijze uitoefenen.[16]

30. Volgens vaste rechtspraak van het Hof „[*omvatten*] de maatregelen die ingevolge artikel 63, lid 1, VWEU verboden zijn omdat zij het kapitaalverkeer beperken, mede de maatregelen [...] die niet-ingezetenen ervan doen afzien in een lidstaat investeringen te doen, of ingezetenen van deze lidstaat ontmoedigen in andere staten investeringen te doen".[17] Aangezien het enkele feit dat een activiteit of een transactie aan een bepaalde belasting wordt onderworpen, die activiteit of transactie per definitie minder aantrekkelijk maakt, kan dat onderdanen van andere lidstaten ervan weerhouden om in die staat investeringen te doen. Om nu ook niet nodeloos afbreuk te doen aan het vermogen van de lidstaten om belastingen te heffen, is het feit dat een maatregel een dergelijke afschrikkende werking heeft op zich niet voldoende om deze als een beperking in die zin aan te merken; een dergelijke maatregel moet ook directe of indirecte discriminatie ten nadele van grensoverschrijdende beleggers inhouden.[18]

31. Doorgaans moet een maatregel als discriminerend worden beschouwd wanneer deze maatregel tot doel of gevolg heeft vergelijkbare situaties verschillend te behandelen of, omgekeerd, verschillende situaties hetzelfde te behandelen.[19] In het kader van de vrijheden van verkeer hanteert het Hof normaal gesproken een specifiekere definitie, aangezien zij de totstandbrenging van de interne markt tot doel hebben. Wanneer de wet het gebruik van een specifiek criterium verbiedt, is er sprake van directe discriminatie wanneer iemand op basis van dit criterium uitdrukkelijk minder gunstig wordt behandeld en is er sprake van indirecte discriminatie wanneer het criterium op het eerste gezicht op een neutrale wijze wordt gebruikt, maar personen die aan het verboden criterium voldoen in de praktijk worden benadeeld ten opzichte van anderen.[20]

15 Zie bijvoorbeeld arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punt 40).

16 Het feit dat er in de nationale wetgeving van een lidstaat geen juridische status bestaat die gelijkwaardig is aan de juridische status van een in een andere lidstaat geregistreerde entiteit, verplicht eerstgenoemde lidstaat dus niet om de betrokken entiteit op dezelfde wijze te behandelen als een entiteit die krachtens die regeling van de belangrijkste voordelen profiteert, ook al vertoont die betrokken entiteit niet de kenmerken die de verkrijging van die voordelen rechtvaardigen, maar verplicht die lidstaat wel om de bestaande regels op niet-discriminerende wijze toe te passen op die in de andere lidstaat geregistreerde entiteit.

17 Zie bijvoorbeeld arrest van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 15). Cursivering van mij.

18 Zie in die zin arresten van 6 december 2007, Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, punt 53), en 26 mei 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, punt 47).

19 Zie bijvoorbeeld arresten van 13 maart 2014, Bouanich (C-375/12, EU:C:2014:138, punt 45), en 30 april 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, punten 24 en 25).

20 Zie voor nadere toelichting op de uit te voeren toets mijn conclusie in de zaak Autoridade Tributária e Aduaneira (C-388/19).

32. Op basis van deze specifiekere benadering kwalificeert het Hof vanuit het oogpunt van de fundamentele vrijheden een maatregel als „direct discriminerend" wanneer die maatregel situaties vanwege de nationaliteit van de betrokken partijen verschillend behandelt [21] en als „indirect discriminerend" wanneer die maatregel, hoewel hij op een ander criterium zoals woonplaats is gebaseerd, in feite tot hetzelfde resultaat leidt [22].

33. Het Hof heeft inderdaad in bepaalde gevallen geoordeeld dat het bestaan van een nadeel kan worden afgeleid uit het feit dat niet-ingezetenen niet of slechts met moeite kunnen voldoen aan de gestelde voorwaarde of voorwaarden om gebruik te maken van een belastingregeling. [23] Aangezien volgens vaste rechtspraak „de nadelen die uit de parallelle uitoefening van belastingbevoegdheden door verschillende lidstaten kunnen voortvloeien, voor zover deze uitoefening geen discriminatie oplevert, geen door het [Unierecht] verboden beperkingen vormen" [24], is een dergelijke omstandigheid op zich echter niet voldoende om het bestaan van een beperking vast te stellen. [25] Wil een maatregel discriminerend en dus beperkend zijn, zoals volgt uit de uitspraak in de zaak Köln-Aktienfonds Deka, moeten onderdanen en niet-onderdanen – of ingezetenen en niet-ingezetenen – in het licht van het met die maatregel nagestreefde doel [26] worden geacht zich in een vergelijkbare situatie te bevinden. [27] Indien het met een belastingmaatregel nagestreefde doel niet rechtstreeks verband houdt met een van de aspecten die een icbe-fonds kenmerken ten opzichte van andere fondsen, is een dergelijk onderscheid echter niet van belang. Het feit dat een maatregel discriminerend moet zijn om als beperking te kunnen worden aangemerkt, betekent natuurlijk niet dat elk onderscheid relevant is. Met betrekking tot de fundamentele vrijheden is niet de algemene economische neutraliteit of samenhang van de betrokken wettelijke regeling – wat een kwestie van nationaal recht is – van belang, maar veeleer de vraag of die wettelijke regeling grensoverschrijdende transacties specifiek benadeelt.

34. Ten slotte wens ik erop te wijzen dat een beperking van de vrijheid van verkeer gerechtvaardigd kan zijn door dwingende redenen van algemeen belang en bijgevolg niet mag worden beschouwd als onverenigbaar met het Unierecht indien die beperking wordt toegepast zonder discriminatie op grond van nationaliteit, geschikt is om de verwezenlijking van het ermee nagestreefde doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken. [28]

35. In dit verband wil ik op het volgende wijzen. Het Hof heeft weliswaar in een stijgend aantal arresten de vergelijkbaarheid van de situatie in de fase van de rechtvaardiging beoordeeld, maar indien het – in weerwil van mijn suggestie – het idee dat er sprake is van discriminatie bij vervulling van een verboden criterium niet zou overnemen en in plaats daarvan veeleer de ruimere definitie van discriminatie aldus zou beschouwen dat deze betrekking heeft op elke

21 Zie bijvoorbeeld arrest van 14 december 2006, Denkavit Internationaal en Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, punt 19).

22 Zie bijvoorbeeld arresten van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punt 26); 20 januari 2011, Commissie/Griekenland (C-155/09, EU:C:2011:22, punt 45); 19 november 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, punt 29), en 18 juni 2020, Commissie/Hongarije (Transparantie van de financiering van verenigingen) (C-78/18, EU:C:2020:476, punt 62).

23 Bij mijn weten is die specifieke benadering in belastingzaken slechts zelden gebruikt. Zie arresten van 3 februari 2000, Dounias (C-228/98, EU:C:2000:65, punt 61), en 30 januari 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, punt 62), alsook ten aanzien van de bewijslast arrest van 28 januari 2010, Direct Parcel Distribution Belgium (C-264/08, EU:C:2010:43, punt 35).

24 Zie bijvoorbeeld arrest van 16 juli 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, punt 27).

25 Zie in die zin arrest van 18 december 2007, Laval un Partneri (C-341/05, EU:C:2007:809, punten 54 en 110).

26 Volgens de rechtspraak van het Hof moet de vergelijkbaarheid van de betrokken situatie worden beoordeeld aan de hand van het met de betrokken maatregel nagestreefde doel. Zie bijvoorbeeld arrest van 26 februari 2019, X (In een derde land gevestigde tussenvennootschappen) (C-135/17, EU:C:2019:136, punt 64). Het Hof houdt soms ook rekening met „de doelstelling en de inhoud" (zie arrest van 18 december 2014, Q, C-133/13, EU:C:2014:2460, punt 22) of met het „voorwerp en de inhoud" van die maatregel (zie arrest van 13 november 2019, College Pension Plan of British Columbia, C-641/17, EU:C:2019:960, punt 65).

27 Zie bijvoorbeeld arrest van 30 januari 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, punten 74 en 75).

28 Zie in dat verband arrest van 13 november 2019, College Pension Plan of British Columbia (C-641/17, EU:C:2019:960, punt 83).

maatregel die tot doel of gevolg heeft vergelijkbare situaties verschillend te behandelen of, omgekeerd, verschillende situaties gelijk te behandelen, moet er volgens mij uitdrukkelijk of impliciet een dergelijke vergelijking worden gemaakt voordat een maatregel naar behoren als discriminerend kan worden beschouwd en derhalve als een beperking kan worden gekwalificeerd. [29] In dit geval volgt namelijk al uit die ruimere definitie van discriminatie dat de vergelijking een kenmerkend aspect van discriminatie is.

36. De reden waarom in een groot aantal arresten de vergelijkbaarheid van de situaties niettemin in de rechtvaardigingsfase is beoordeeld en niet in de fase waarin wordt nagegaan of er sprake is van een beperking [30], lijkt verband te houden met de benadering die in bepaalde arresten is gevolgd, dat wil zeggen een benadering waarbij artikel 65, lid 1, onder a), VWEU aldus wordt opgevat dat het *een uitzondering* op het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van kapitaal vormt en dus strikt moet worden uitgelegd. [31]

37. Naast het feit dat een aantal arresten waarin de vergelijkbaarheid van de situaties in de fase van de rechtvaardigingsgronden is beoordeeld, andere fundamentele vrijheden betroffen dan het vrije verkeer van kapitaal [32], merk ik op dat de bewoordingen van artikel 65, lid 1, onder a), VWEU niet rechtvaardigen dat deze vergelijking pas in een latere fase wordt gemaakt. In dat artikel is namelijk louter bepaald dat „[h]et bepaalde in artikel 63 [...] niets [afdoet] aan het recht van de lidstaten [...] de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd". In dit verband betekent de uitdrukking „doet niets af aan het recht van de lidstaten" en wat daarop volgt, gewoon dat de lidstaten inderdaad rekening mogen houden met de verblijfsstatus van belastingplichtigen bij het opstellen van wetgeving op het gebied van kapitaalbelasting. Het betekent niet dat er een uitzondering bestaat, maar veeleer dat de lidstaten in bepaalde omstandigheden waar dat relevant kan zijn, voor niet-ingezetenen andere regels kunnen vaststellen.

38. Indien artikel 65, lid 1, onder a), VWEU aldus zou moeten worden beschouwd dat het strikt genomen een „uitzondering" is, zou dit bovendien betekenen dat het in belastingzaken toe te passen criterium om vast te stellen of er sprake is van een beperking zou verschillen naargelang

[29] Zie bijvoorbeeld arrest van 13 maart 2014, Bouanich (C-375/12, EU:C:2014:138, punten 45-56), of arrest van 12 juni 2003, Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340, punt 47). Zie Lenaerts, K., en Bernardeau, L., „L'encadrement communautaire de la fiscalité directe", *Cahiers de droit européen*, deel 1, Bruylant, 2007, blz. 19-109, blz. 55.

[30] In een aantal arresten heeft het Hof geoordeeld dat, nadat de betrokken maatregel als een beperking is aangemerkt, het ontbreken van vergelijkbaarheid als rechtvaardiging zou kunnen dienen. Zie bijvoorbeeld arrest van 22 november 2018, Sofina e.a. (C-575/17, EU:C:2018:943, punt 42). In andere arresten heeft het Hof echter de vergelijkbaarheid van de situaties onderzocht als voorwaarde om een maatregel als beperking te kwalificeren. Zie bijvoorbeeld arrest van 13 maart 2014, Bouanich (C-375/12, EU:C:2014:138, punten 45-56), of arrest van 4 juli 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punten 31-38). Ten slotte heeft het Hof dat onderzoek in sommige gevallen tweemaal uitgevoerd: de eerste keer om een maatregel als beperking aan te merken, de tweede keer in de rechtvaardigingsfase. Zie arrest van 17 september 2015, Miljoen e.a. (C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, punten 57 en 65), of, met betrekking tot de vrijheid van vestiging, arrest van 17 mei 2017, X (C-68/15, EU:C:2017:379, punten 42 en 50). In die situaties had het eerste onderzoek naar de vergelijkbaarheid in wezen betrekking op de vraag of de betrokken personen aan dezelfde soort belasting waren onderworpen (hetgeen er in feite op neerkomt dat niet de vergelijkbaarheid van de situaties, maar de werkingssfeer van de betrokken maatregel wordt onderzocht) en het tweede onderzoek op de vergelijkbaarheid van de situaties met betrekking tot het door de betrokken nationale belastingregeling nagestreefde doel.

[31] Zie arrest van 22 november 2018, Sofina e.a. (C-575/17, EU:C:2018:943, punt 45).

[32] Zie arrest van 17 juli 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 23).

de verkeersvrijheid in kwestie, aangezien het bijvoorbeeld met betrekking tot het vrije verkeer vaststaat dat de situaties moeten worden vergeleken voordat een maatregel als een beperking in die zin wordt aangemerkt. [33]

39. Mijns inziens is er geen concrete reden waarom het gebrek aan vergelijkbaarheid van twee fiscale situaties in het kader van het vrije verkeer van kapitaal in een andere fase zou moeten worden beoordeeld. Ongeacht de vraag of de zaak betrekking heeft op het vrije verkeer van kapitaal of op een andere fundamentele vrijheid, moet de definitie van wat een beperking vormt, hetzelfde blijven.

40. Om te bepalen of § 32 van de Tuloverolaki een beperking inhoudt, hebben partijen in casu hoofdzakelijk gedebatteerd over de relevantie van het feit dat een sicav dezelfde activiteiten uitoefent als een beleggingsfonds.

41. Zoals ik reeds heb aangegeven, kan de vergelijkbaarheid van de situaties echter niet abstract worden beoordeeld. In plaats daarvan moet die vergelijking worden gemaakt in het licht van het met de betrokken maatregel nagestreefde doel, mits dat doel zelf niet discriminerend is. [34] Elementen zoals als het maatschappelijk doel, de vennootschapsvorm [35], het soort bedrijfsvoering of de regels die op de betrokken vennootschappen van toepassing zijn, zijn bijgevolg op zichzelf niet doorslaggevend; het doel dat met de betrokken belastingmaatregel wordt nagestreefd, bepaalt welk criterium relevant is.

42. Hieruit volgt dat voor de onderhavige zaak geen specifieke conclusies kunnen worden getrokken uit het feit dat het Hof in punt 50 van het arrest van 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377), waarnaar een aantal partijen verwijzen, heeft geoordeeld dat „de omstandigheid dat het Finse recht geen vennootschappen kent met dezelfde rechtsvorm als een sicav naar Luxemburgs recht, *op zich* geen verschillende behandeling [kan] rechtvaardigen, aangezien dit de vrijheid van vestiging volledig zou uithollen, gelet op het feit dat het vennootschapsrecht van de lidstaten niet volledig is geharmoniseerd op communautair niveau". [36]

43. Zoals duidelijk volgt uit het gebruik van de term „op zich", heeft het Hof niet uitgesloten dat deze omstandigheid in een andere situatie wel relevant kan zijn. [37] In het arrest Aberdeen Property Fininvest Alpha [38] was deze bijzondere omstandigheid niet van belang, omdat, zoals het Hof opmerkte, het met de betrokken maatregel nagestreefde doel was om ingezeten moedervennootschappen vrij te stellen van opeenvolgende belastingheffingen over de door een ingezeten dochteronderneming uitgekeerde winst. Vanuit dit oogpunt lijkt de precieze

[33] Zie arresten van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 32), en 9 februari 2017, X (C-283/15, EU:C:2017:102, punt 29). Zie met betrekking tot het vrij verrichten van diensten arrest van 30 januari 2020, Anton van Zantbeek (C-725/18, EU:C:2020:54, punt 26).

[34] Zie bijvoorbeeld arrest van 1 december 2011, Commissie/Hongarije (C-253/09, EU:C:2011:795, punt 61). In een aantal arresten is geoordeeld dat de situaties „objectief vergelijkbaar" moeten zijn, wat misleidend zou kunnen zijn omdat het kan suggereren dat de feitelijke verschillen tussen twee situaties relevant zijn, terwijl volgens vaste rechtspraak de vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een voor de betrokken lidstaat binnenlandse situatie moet worden onderzocht in het licht van het met de betrokken maatregelen nagestreefde doel. Zie arrest van 26 februari 2019, X (In een derde land gevestigde tussenvennootschappen) (C-135/17, EU:C:2019:136, punt 64).

[35] Om de door sommige partijen gebruikte uitdrukking te gebruiken.

[36] Cursivering van mij.

[37] Zie bijvoorbeeld arrest van 21 juni 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, punt 51). Met een belastingmaatregel kunnen instellingen voor collectieve belegging naargelang zij bij overeenkomst of bij statuten zijn opgericht dus verschillend worden behandeld, indien een dergelijke bijzonderheid gezien het met die maatregel nagestreefde doel relevant is en dat verschil in behandeling verenigbaar is met het Unierecht.

[38] Arrest van 18 juni 2009 (C-303/07, EU:C:2009:377).

vennootschapsvorm van deze belastbare entiteiten, mits de moedermaatschappijen werkelijk de vorm van een vennootschap hebben, niet relevant om te bepalen of zij zich in een vergelijkbare situatie bevinden.

44. Hetzelfde geldt voor een situatie waarin een vennootschap onder de icbe-richtlijn valt. Deze richtlijn bepaalt weliswaar dat een icbe rechtens geregeld kan zijn bij overeenkomst of bij statuten, maar dat feit zou voor de beoordeling van het bestaan van een beperking alleen relevant kunnen zijn indien met de betrokken belastingmaatregel een bepaald doel wordt nagestreefd en de verwezenlijking van dat doel afhangt van het feit dat het fonds een icbe is. [39] Indien de Republiek Finland bijvoorbeeld had beoogd om de uitkering van inkomsten van icbe-fondsen op een bepaalde manier te belasten, zou zij verplicht zijn geweest om onder het begrip „icbe" vallende sicavs naar Luxemburgs recht en eveneens onder dat begrip vallende beleggingsfondsen naar Fins recht op dezelfde wijze te behandelen.

45. Daarom is het van belang op te merken dat het belastingrecht in tal van lidstaten in het algemeen wordt geacht te verschillen van andere rechtsgebieden en dat de juridische kwalificatie van bepaalde situaties ten behoeve van het handels- of burgerlijk recht als zodanig niet noodzakelijkerwijs overdraagbaar is naar het belastingrecht. Een van de beste voorbeelden hiervan is zonder twijfel het feit dat het begrip „woonplaats" in belastingzaken kan verschillen van het begrip „woonplaats" dat bijvoorbeeld in het kader van het familierecht wordt gebruikt.

46. Zoals ik hieronder zal toelichten, is het door de Republiek Finland in § 32 van de Tuloverolaki gehanteerde criterium in de onderhavige zaak niet specifiek gericht op en ook niet verbonden met de vraag of de betrokken entiteit een icbe is, maar veeleer met de vraag of die entiteit een vennootschap is. Dit betekent op zich niet dat de Finse wettelijke regeling niet discriminerend is. Doorslaggevend bij die beoordeling is de vraag of door de betrokken inkomsten als dividenden te kwalificeren, vergelijkbare transacties door de regelgeving aan verschillende fiscale resultaten worden blootgesteld.

47. Ten slotte zij eraan herinnerd dat een beperking van het vrije kapitaalverkeer slechts aanvaardbaar is indien zij, in geval van rechtstreekse discriminatie, op uitdrukkelijk in het Verdrag [40] geregelde gronden wordt gerechtvaardigd of, in geval van indirecte discriminatie, ook door dwingende eisen van algemeen belang, en, indien dat het geval is, alleen als zij geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaat dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is. [41]

48. In casu hebben de verwijzende rechter en de partijen hun opmerkingen toegespitst op de praktijk van de Finse belastingdienst om sicavs naar Luxemburgs recht voor de belasting van uitgekeerde inkomsten te behandelen als vennootschappen naar Fins recht. Ik stel echter vast dat

[39] Dit geldt temeer daar in overweging 83 van de icbe-richtlijn wordt gesteld dat die richtlijn geen invloed mag hebben op de nationale regelgeving inzake belastingheffing. De fundamentele vrijheden zijn hoe dan ook slechts van toepassing voor zover de kwestie niet volledig is geharmoniseerd. Zie bijvoorbeeld arrest van 14 maart 2013, Commissie/Frankrijk (C-216/11, EU:C:2013:162, punt 27).

[40] Zie met betrekking tot belastingmaatregelen de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:437, punt 55) of, meer in het algemeen, arresten van 7 mei 1997, Pistre e.a. (C-321/94–C-324/94, EU:C:1997:229, punt 52), en 1 oktober 2009, Woningstichting Sint Servatius (C-567/07, EU:C:2009:593, punt 25).

[41] Zie bijvoorbeeld arrest van 26 februari 2019, X (In een derde land gevestigde tussenvennootschappen) (C-135/17, EU:C:2019:136, punt 70).

de bestreden beslissing het gevolg is van de opeenvolgende toepassing, op basis van een beslisboom, van drie bepalingen die ieder voor zich tot gevolg hadden dat de toepassing van andere belastingregelingen werd uitgesloten, namelijk:

– § 32 van de Tuloverolaki, voor zover daarin onderscheid wordt gemaakt tussen dividenden en winstaandelen;

– § 33c, eerste en tweede alinea, van die wet, voor zover in deze bepaling vennootschappen die niet voldoen aan de voorwaarden van de eerste of de tweede alinea van § 33c, van de toepassing van de §§ 33a en 33b worden uitgesloten;

– § 33c, derde alinea, van de Tuloverolaki, voor zover in deze bepaling de door bepaalde buitenlandse vennootschappen uitgekeerde winst als inkomsten uit arbeid in loondienst wordt gekwalificeerd.

49. Tegen deze achtergrond lijkt het mij noodzakelijk deze bepalingen afzonderlijk te onderzoeken. [42]

A. Bestaan van een beperking wegens het in § 32 van de Tuloverolaki gemaakte onderscheid tussen uitgekeerde winst in de vorm van dividenden en uitgekeerde winst in de vorm van aandelen

50. E stelt dat in de bestreden beslissing winstuitkeringen van buitenlandse icbe's die in de vorm van een Luxemburgse sicav waren opgericht op dezelfde manier zijn behandeld als winstuitkeringen van binnenlandse naamloze vennootschappen, waardoor hun aandeelhouders zwaarder zijn belast dan Finse beleggingsfondsen en hun beleggers.

51. Vast staat evenwel dat dit onderscheid geen verband houdt met het nationale materiële recht dat van toepassing is op de fondsen. Buitenlandse beleggingsfondsen zonder rechtspersoonlijkheid worden inderdaad op precies dezelfde wijze behandeld als nationale fondsen zonder rechtspersoonlijkheid. Bijgevolg kan geen rechtstreekse discriminatie worden aangetoond.

52. Wat de vraag betreft of er sprake is van eventuele indirecte discriminatie, klopt het inderdaad dat naar Fins recht instellingen voor collectieve belegging alleen bij overeenkomst mogen worden opgericht. Dat feit op zich is echter niet voldoende om het bestaan van indirecte discriminatie aan te tonen. Zoals ik reeds heb aangegeven, moet daarvoor het gebruikte criterium tot gevolg hebben dat niet-onderdanen of niet-ingezetenen worden benadeeld, *zelfs* indien de letter van die bepaling voor het overige zonder onderscheid van toepassing is.

53. In casu vloeit het verschil in behandeling van sicavs naar Luxemburgs recht ten opzichte van beleggingsfondsen naar Fins recht voort uit het onderscheid dat in de Finse wettelijke regeling wordt gemaakt tussen winstaandelen en dividenden. Nog afgezien van het feit dat dit een onderscheid is dat door nationale wetgevers regelmatig wordt gemaakt, kan uit het enkele feit dat

[42] Het kan verleidelijk zijn om een algemene beoordeling te maken van het gecombineerde effect van deze drie bepalingen, maar die benadering houdt het risico in dat, indien zou worden geconcludeerd dat er sprake is van een beperking, de aan de beperking ten grondslag liggende bepalingen niet duidelijk worden benoemd, waardoor de lidstaat zijn wetgeving verder dan nodig wijzigt.

het Finse recht de oprichting van beleggingsfondsen in de vorm van een vennootschap niet toestaat, mijns inziens niet zomaar worden afgeleid dat de Finse wetgever daarmee binnenlandse beleggingsfondsen heeft willen bevoordelen.

54. Ik merk in elk geval op dat, hoewel het Hof tot de slotsom is gekomen dat de vergelijkbaarheid moet worden beoordeeld aan de hand van het door de betrokken maatregel nagestreefde doel, het ook heeft geoordeeld – weliswaar in de context van discriminatie op grond van geslacht, maar ik zie geen reden waarom de criteria voor non-discriminatie in de onderhavige omstandigheden eigenlijk anders zouden moeten zijn – dat, om te beoordelen of er sprake is van een verschil in behandeling, alle personen die zijn onderworpen aan de nationale wettelijke regeling waarin het verschil in behandeling voorkomt, in aanmerking moeten worden genomen, aangezien in beginsel de werkingssfeer van die regeling bepalend is voor de kring van personen die voor vergelijking in aanmerking kan komen. [43]

55. Aangezien in de onderhavige zaak het onderscheid dat in de Finse wettelijke regeling wordt gemaakt tussen aandelen en dividenden niet alleen geldt voor door beleggingsfondsen uitgekeerde winst, maar meer in het algemeen voor winst die wordt uitgekeerd door om het even welke belastbare entiteit, kan overeenkomstig worden aangenomen dat het doel dat met dit onderscheid wordt nagestreefd en bijgevolg het referentiekader voor de beoordeling van de vergelijkbaarheid van de situaties, op dit niveau ligt.

56. Hoewel het aan de nationale rechter staat om precies na te gaan wat het doel van dit onderscheid eigenlijk is, kan uit de betrokken bepalingen worden afgeleid dat § 33c, eerste en tweede alinea, beoogt, althans gedeeltelijk, inkomen waarvan – althans op het eerste gezicht – kan worden aangenomen dat het niet dubbel is belast, van de werkingssfeer van de §§ 33a en 33b uit te sluiten. [44]

57. In het licht van deze doelstelling kan worden gesteld dat de situatie van de winst die door sicavs naar Luxemburgs recht wordt uitgekeerd verschilt van die van de winst die door een beleggingsfonds naar Fins recht wordt uitgekeerd, aangezien die laatste winst niet aan de bron wordt belast.

58. In elk geval kan worden opgemerkt dat de aan de orde zijnde Finse wettelijke regeling, door de door Luxemburgse sicavs uitgekeerde winst als dividenden te beschouwen – een kwalificatie die ook naar Luxemburgs recht bestaat – gunstiger zou kunnen zijn voor beleggers, aangezien beleggers daardoor in aanmerking kunnen komen voor de toepassing van de §§ 33a en 33b van de

[43] Zie in die zin arresten van 6 december 2007, Voß (C-300/06, EU:C:2007:757, punten 40 en 41), en 3 oktober 2019, Schuch-Ghannadan (C-274/18, EU:C:2019:828, punt 47). Op het gebied van staatssteun beoordeelt het Hof op dezelfde manier het bestaan van een selectief voordeel op basis van een referentiekader. Zie in die zin mijn conclusie in de gevoegde zaken UNESA e.a. (C-105/18–C-113/18, EU:C:2019:395, punt 80).

[44] Wanneer een entiteit geen rechtspersoonlijkheid heeft, kunnen haar in beginsel geen verplichtingen worden opgelegd. Dat is echter niet noodzakelijkerwijs altijd het geval. Aangezien het belastingrecht over het algemeen in de meeste lidstaten als een autonoom onderdeel van het recht wordt beschouwd, kan inderdaad niet worden uitgesloten dat entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid in een aantal van die staten aan inkomstenbelasting onderworpen zouden kunnen zijn, zoals in Finland, maar anders dan in deze lidstaat, niet zijn vrijgesteld. Bijgevolg is het mogelijk dat door die entiteiten uitgekeerd winstaandeel dubbel wordt belast, en vanuit de doelstelling van mechanismen voor de beperking van de gevolgen van dubbele belasting, zouden deze entiteiten moeten worden geacht zich in een vergelijkbare situatie als vennootschappen te bevinden. Vanuit dit perspectief zou § 32 van de Tuloverolaki dan ook de vraag doen rijzen of die gelijkstelling discriminerend is, maar die vraag vloeit veeleer voort uit het feit dat het ontbreken van rechtspersoonlijkheid van de betrokken instelling als criterium wordt gebruikt dan uit het feit dat zij geen belastingplichtige entiteit zijn. Aangezien dit ten eerste echter niet de vraag is die in de voorliggende zaak door de verwijzende rechter is gesteld, het ten tweede niet zeker is of er lidstaten zijn die zo werken en het betrokken inkomen ten derde wordt geacht te zijn uitgekeerd door een entiteit met rechtspersoonlijkheid, zal ik deze vraag niet onderzoeken.

Tuloverolaki die tot doel hebben dubbele belasting op winst te verminderen. Alleen onder die voorwaarde kan die winst immers aan de mechanismen waarin in deze bepalingen is voorzien, worden onderworpen. [45]

59. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat een bepaling als § 32 van de Tuloverolaki op zich geen beperking van het vrije verkeer inhoudt. Indien er sprake is van discriminatie ten nadele van Luxemburgse sicavs, is die discriminatie niet toe te schrijven aan de bepalingen van § 32, maar komt zij veeleer voort uit de bepalingen die voor bepaalde vennootschappen een uitzondering maken op de toepassing van dit stelsel. Zoals ik nu zal uiteenzetten, treedt die discriminatie op in een volgende fase van de toepassing van de relevante bepalingen.

B. Maatregel die erin bestaat vennootschappen die niet voldoen aan de voorwaarden van § 33c, eerste of tweede alinea, uit te sluiten van de werkingssfeer van de §§ 33a en 33b van de Tuloverolaki

60. Krachtens § 33c, eerste en tweede alinea, van de Tuloverolaki zijn van een buitenlandse vennootschap ontvangen dividenden uitgesloten van de toepassing van de §§ 33a en 33b, tenzij die vennootschap een vennootschap is in de zin van artikel 2 van richtlijn 2011/96 of die vennootschap niet tot betaling van een belasting van ten minste 10 % over de inkomsten waaruit de dividenden zijn uitgekeerd [46] gehouden is en, cumulatief, indien deze vennootschap niet in een tot de EER behorende lidstaat is gevestigd of indien er geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting bestaat.

61. Voor zover § 33c, eerste en tweede alinea, bepaalt dat deze voorwaarden alleen van toepassing zijn op buitenlandse vennootschappen, houdt die bepaling een verschil in behandeling op grond van nationaliteit in. [47] Aangezien vennootschappen naar Fins recht en vennootschappen naar buitenlands recht beide aan dubbele belasting kunnen worden onderworpen, moeten de aldus onderscheiden situaties in het licht van het doel van die maatregel bovendien als vergelijkbaar worden beschouwd. [48] In die omstandigheden is de conclusie dat § 33c, eerste en tweede alinea, rechtstreekse discriminatie op grond van nationaliteit en bijgevolg een beperking van het vrije verkeer van kapitaal oplevert, onvermijdelijk.

62. Aangezien het rechtstreekse discriminatie betreft, kan zij slechts worden gerechtvaardigd op een in de Verdragen genoemde grond, mits de maatregel evenredig is met de verwezenlijking van die grond.

63. In dit verband kan worden opgemerkt dat in artikel 65, lid 1, onder b), VWEU is opgenomen dat „[h]et bepaalde in artikel 63 [...] niets [afdoet] aan het recht van de lidstaten [...] alle nodige maatregelen te nemen om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen".

[45] Had de belastingdienst daarentegen de belastingregeling voor dividenden toegepast op door een buitenlandse entiteit zonder rechtspersoonlijkheid uitgekeerde winst, dan had deze behandeling discriminatie en dus een beperking van een fundamentele vrijheid kunnen opleveren, aangezien de beleggers op die manier geen enkele mogelijkheid zouden hebben gehad om gebruik te maken van de §§ 33a en 33b van de Tuloverolaki.

[46] Hoewel het niet in de betrokken bepalingen is opgenomen, blijkt uit het dossier dat de term „belasting" in casu alleen betrekking heeft op belasting over de door een fiscale entiteit behaalde winst.

[47] Aangezien § 33c, eerste en tweede alinea, van de Tuloverolaki betrekking heeft op buitenlandse vennootschappen, lijkt het mij uitgesloten dat het in deze bepaling gemaakte onderscheid bestaat in het verschil tussen vennootschappen die belasting hebben betaald en vennootschappen die geen belasting hebben betaald.

[48] Zie in die zin arrest van 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punt 55).

64. In casu mag worden aangenomen dat § 33c, eerste en tweede alinea, tot doel heeft te waarborgen dat alleen winst die wordt uitgekeerd door reeds aan de bron belaste buitenlandse fiscale entiteiten in aanmerking kan komen voor de mechanismen waarmee de gevolgen van dubbele belasting worden beperkt. Een dergelijke doelstelling kan worden geacht te vallen onder de overwegingen in artikel 65, lid 1, onder b), VWEU met betrekking tot de bestrijding van overtredingen van de belastingwetgeving, waar uiteraard het verkrijgen van onverschuldigde voordelen onder valt. [49]

65. Bovendien lijkt dat onderscheid geschikt te zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en niet verder te gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is. [50] Ik kom om de volgende redenen tot die conclusie.

66. Ten eerste sluiten de bepalingen van § 33c, eerste en tweede alinea, van de Tuloverolaki niet uit dat een buitenlandse vennootschap profiteert van de in §§ 33a en 33b van diezelfde wet opgenomen mechanismen, maar hebben zij veeleer tot doel voorwaarden vast te stellen die waarborgen dat alleen reeds belaste winst van dit mechanisme kan profiteren.

67. Ten tweede voorzien deze bepalingen in een belastingtarief van 10 % voor een niet in artikel 2 van richtlijn 2011/96 bedoelde vennootschap, wat lager is dan het Finse tarief van de vennootschapsbelasting.

68. Bijgevolg lijkt de maatregel die erin bestaat bepaalde buitenlandse vennootschappen van de werkingssfeer van de §§ 33a en 33b uit te sluiten, hoewel die maatregel rechtstreekse discriminatie oplevert, gerechtvaardigd uit hoofde van een in het VWEU zelf genoemde grond en evenredig daaraan. In die bijzondere omstandigheden dient die maatregel als verenigbaar met het Unierecht te worden beschouwd, mits dat verminderingsmechanisme uitsluitend is bedoeld om dit verschil te corrigeren bij het in meerdere fasen belasten van de betrokken winst, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

C. Maatregel die erin bestaat dat door bepaalde buitenlandse vennootschappen uitgekeerde dividenden worden aangemerkt als inkomsten uit arbeid in loondienst

69. Krachtens § 33c, derde alinea, van de Tuloverolaki wordt door een buitenlandse vennootschap uitgekeerde winst die niet voldoet aan de voorwaarden van § 33c, eerste en tweede alinea, van deze wet, niet als inkomsten uit kapitaal, maar als inkomsten uit arbeid in loondienst belast. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, wordt met deze bepaling een vorm van rechtstreekse discriminatie van buitenlandse vennootschappen ingevoerd, aangezien zij alleen op die entiteiten van toepassing is.

70. De Finse regering heeft geen uitleg gegeven over een mogelijke verklaring voor die kwalificatie en het is niet duidelijk wat voor uitleg, ontleend aan de Verdragen, het daaruit voortvloeiende opvallende verschil in behandeling zou kunnen rechtvaardigen. Zelfs indien er een uitleg is, zou dat verschil in behandeling slechts gerechtvaardigd zijn indien de toegepaste maatregel evenredig is aan het nagestreefde doel.

[49] Zie bijvoorbeeld arrest van 11 oktober 2007, ELISA (C-451/05, EU:C:2007:594, punt 81).

[50] Zie in die zin arrest van 9 maart 2017, Piringer (C-342/15, EU:C:2017:196, punt 53).

71. Het is natuurlijk begrijpelijk dat een lidstaat ervoor moet zorgen dat het voordeel van mechanismen die ertoe strekken de impact van dubbele belasting te beperken, alleen geldt voor de inkomsten die door dit probleem worden getroffen. Om echter van een evenredige maatregel te kunnen spreken, moet de niet-naleving van de voorwaarden voor de toepassing van de mechanismen ter beperking van de gevolgen van een dubbele belasting van de winst, noodzakelijkerwijs worden gesanctioneerd met verlies van het voordeel van die mechanismen en moeten de inkomsten in kwestie dus volledig worden belast.

72. Dat is in casu niet gebeurd, omdat de beslissende factor voor het anders kwalificeren van winst voor belastingdoeleinden – namelijk als inkomsten uit arbeid in loondienst in plaats van als inkomsten uit kapitaal – uitsluitend betrekking heeft op de identiteit en de vestigingsstatus van de buitenlandse entiteit, en niet op de vraag of er gevaar bestaat dat deze winst anders dubbel wordt belast. Het is niet realistisch om te zeggen dat inkomsten die niet aan deze voorwaarden voldoen, automatisch moeten worden geherkwalificeerd als inkomsten uit arbeid in loondienst. Dit geldt temeer omdat door vennootschappen uitgekeerde dividenden volgens § 32 van de Tuloverolaki in beginsel inkomsten uit kapitaal zijn.

73. Ondanks dat § 33c, derde alinea, van de Tuloverolaki betrekking heeft op winst die is uitgekeerd door fiscale entiteiten die niet zijn onderworpen aan bronbelasting, zodat in het licht van de doelstelling van die maatregel beleggingsfondsen naar Fins recht en sicavs naar Luxemburgs recht moeten worden geacht zich in dezelfde situatie te bevinden, wordt de door hen uitgekeerde winst niettemin verschillend behandeld. De winst van Finse instellingen wordt beschouwd als inkomsten uit kapitaal, terwijl het door een sicav uitgekeerde dividend wordt beschouwd als inkomsten uit arbeid in loondienst en, zoals wij hebben gezien, op een hoger niveau progressief wordt belast.

74. Het lijkt dus duidelijk dat door dividenden die door een sicav naar Luxemburgs recht worden uitgekeerd als inkomsten uit arbeid in loondienst te belasten op de enkele grond dat zij niet voldoen aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor het mechanisme van de §§ 33a en 33b van de Tuloverolaki, in het Finse belastingrecht een beperking in de zin van artikel 65 VWEU is vastgelegd, die niet evenredig kan zijn aan enige dwingende reden van algemeen belang.

75. In dit verband wil ik benadrukken dat het bestaan van dergelijke discriminatie de geldigheid van de maatregel die erin bestaat dividenden en winstaandelen verschillend te behandelen, niet kan aantasten. Discriminatie kan wel voortkomen uit de gevolgen van een bepaling. In casu leidt het feit dat de uitgekeerde winst in de bestreden beslissing als dividend is aangemerkt, echter niet noodzakelijkerwijs tot de conclusie dat de Finse wettelijke regeling in haar geheel discriminerend is. Die discriminatie ontstaat alleen omdat de Tuloverolaki bepaalt dat wanneer een vennootschap niet voldoet aan de voorwaarden van § 33c, eerste en tweede alinea, de uitgekeerde winst als inkomsten uit arbeid in loondienst (tegenover inkomsten uit kapitaal) moet worden aangemerkt. Daarom moet dus alleen § 33c, derde alinea, van de Tuloverolaki als onverenigbaar met het Unierecht worden beschouwd.

V. Conclusie

76. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 63 en 65 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale wettelijke regeling volgens welke de winst die door een in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde instelling voor collectieve belegging die bij statuten is geregeld in de zin van richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) is uitgekeerd aan een in Finland gevestigde natuurlijke persoon, als dividend en niet als winstaandeel moet worden belast. Deze bepalingen moeten tevens aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale wettelijke regeling die uitsluit dat mechanismen tot vermindering van de gevolgen van dubbele belasting worden toegepast wanneer die winst wordt uitgekeerd door een vennootschap die in een andere lidstaat tegen een lager tarief dan het in die regeling vastgestelde tarief is belast, mits dat verminderingsmechanisme uitsluitend is bedoeld om dat verschil te corrigeren bij het in meerdere fasen belasten van die winst, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan. Deze bepalingen moeten evenwel ook aldus worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat in diezelfde wettelijke regeling de door dergelijke vennootschappen uitgekeerde dividenden worden geherkwalificeerd als inkomsten uit arbeid in loondienst, hoewel diezelfde regeling voorschrijft dat dividenden in beginsel inkomsten uit kapitaal zijn."