CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 29 maart 2007 [1]

I — Inleiding

1. Sinds enkele jaren wordt het Hof in een aanzienlijk aantal zaken om een uitspraak gevraagd over de relatie tussen diverse aspecten van de directe belastingen en de in het EG-Verdrag voorziene vrijheden van verkeer.

2. Zoals advocaat-generaal Geelhoed recentelijk heeft opgemerkt met betrekking tot de toepassing van deze vrijheden op de vennootschapsbelasting [2], wil de steeds ingewikkelder feitelijke en legislatieve context waarmee het Hof wordt geconfronteerd de grenzen van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer aftasten.

3. Het verzoek van het Finanzgericht Münster (Duitsland) om een prejudiciële beslissing, dat thans bij het Hof is ingediend, behoort tot deze categorie zaken.

4. Het Hof wordt in casu in wezen verzocht zich uit te spreken over de vraag of de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal zich ertegen verzetten dat een lidstaat, hier de Bondsrepubliek Duitsland, ter voorkoming van dubbele belasting van het uit bepaalde investeringen in een andere lidstaat gerealiseerde inkomen en vermogen van op zijn grondgebied onbeperkt belastingplichtigen, de zogenoemde „vrijstellingsmethode" eenzijdig vervangt door de zogenoemde „verrekeningsmethode", in afwijking van de bepalingen van het eerder tussen deze twee staten gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting.

5. De twee bovengenoemde methoden worden in het algemeen, eenzijdig of bilateraal, door de staten gebruikt ter voorkoming of vermindering van juridische dubbele belasting (dubbele belastingheffing van dezelfde inkomsten bij dezelfde belastingplichtige) of economische dubbele belasting (dezelfde inkomsten worden tweemaal belast bij verschillende belastingplichtigen), met name in het kader van grensoverschrijdende situaties.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Zie punt 3 van de conclusie van 23 februari 2006 in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, die heeft geleid tot het arrest van 12 december 2006 (C-374/04, Jurispr. blz. I-11673).

6. De vrijstellingsmethode geeft een ingezetene van een staat die inkomsten of vermogensbestanddelen ontvangt die worden belast in de bronstaat van deze inkomsten of de staat waar de vermogensbestanddelen zijn gelegen, het recht op vrijstelling in zijn woonstaat van de belasting over deze inkomsten of vermogensbestanddelen. De woonstaat kan evenwel een progressievoorbehoud toepassen, dat erin bestaat dat bij de berekening van het bedrag van de belasting over de rest van de inkomsten of het vermogen van de ingezetene rekening wordt gehouden met de vrijstelling.

7. In het kader van de verrekeningsmethode verleent de woonstaat met betrekking tot de belasting die hij int over de inkomsten of het vermogen van de ingezetene, een aftrek of een belastingkrediet ten bedrage van de in de bronstaat betaalde inkomsten- of vermogensbelasting.

8. Een van de bijzonderheden van deze zaak is dat voor de in het Duitse belastingrecht voorziene vervanging van de vrijstellingsmethode door de verrekeningsmethode met name de voorwaarde geldt dat de lidstaat waarin de investeringen worden gerealiseerd een lager belastingtarief hanteert dan het belastingtarief dat was voorzien in het Duitse belastingrecht dat ten tijde van de feiten van het hoofdgeding van kracht was. Zoals we meer gedetailleerd zullen zien, maken deze bepalingen, die van toepassing zijn op door Duitse ingezetenen in het buitenland opgerichte „vaste inrichtingen", deel uit van de Duitse wettelijke regeling inzake gecontroleerde buitenlandse vennootschappen (hierna: „GBV's").

9. Zoals de juridische analyse hierna aan het licht zal brengen, vergt deze zaak mijns inziens de uitlegging en toepassing van twee stromingen in de rechtspraak van het Hof, een met betrekking tot het voorkomen van dubbele belasting, en een, meer recente, met betrekking tot de verenigbaarheid van de regelingen van de lidstaten die strekken tot neutralisering van de eventuele belastingvoordelen die gemeenschapsburgers hebben verkregen in andere lidstaten die een lager belastingtarief hanteren dan het tarief dat geldt in de woonstaat van deze burgers. Deze twee stromingen hoeven elkaar niet per se tegen te spreken, maar moeten gezamenlijk gericht zijn op de totstandbrenging van het juiste evenwicht tussen de heffingsbevoegdheid van de lidstaten en de eerbiediging van de werking van de interne markt, met name wat de gebruikmaking van de door het Verdrag gegarandeerde vrijheden van verkeer betreft.

II — Rechtskader

A — *Het Duitse belastingrecht en het voorkomen van dubbele belasting in Duitsland*

10. Volgens § 1 van het Einkommensteuergesetz [3] (Duitse wet op de inkomstenbelas-

3 — RGBl. 1934 I, blz. 1005.

ting) worden in Duitsland gevestigde belastingplichtigen in beginsel belast over al hun inkomsten, los van het feit of deze van binnenlandse dan wel buitenlandse herkomst zijn. Deze regel geldt voor alle soorten inkomsten, met inbegrip van inkomsten uit onderneming en inkomsten uit vermogen.

11. In het Duitse belastingstelsel worden de door Duitse of buitenlandse personenvennootschappen gemaakte winsten niet rechtstreeks aan deze vennootschappen toegerekend, maar aan hun vennoten, in Duitsland onbeperkt belastingplichtige natuurlijke personen, naar rato van hun deelneming, en bij hen belast (het zogenoemde „beginsel van fiscale transparantie van personenvennootschappen"). Wat buitenlandse personenvennootschappen betreft, zoals verzoekster in het hoofdgeding, Columbus Container Services BVBA & Co. (hierna: „Columbus"), is deze rechtstreekse toerekening van winsten aan de in Duitsland gevestigde vennoten zelfs van toepassing wanneer de vennootschap als zodanig in de lidstaat waar zij haar zetel heeft, onderworpen is aan vennootschapsbelasting.

12. Ter voorkoming van dubbele belasting van inkomsten en vermogen van Duitse ingezetenen die in het buitenland zijn verworven, heeft de Bondsrepubliek Duitsland bilaterale verdragen gesloten, die gebaseerd zijn op het modelverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) betreffende belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, waaronder het in casu relevante verdrag met het Koninkrijk België.

13. Volgens artikel 23 van het op 11 april 1967 te Brussel ondertekende verdrag tussen het Koninkrijk België en de Bondsrepubliek Duitsland ter voorkoming van dubbele belasting [4] worden de door Duitse ingezetenen in België verworven inkomsten, met inbegrip van inkomsten uit het in vennootschappen onder firma en commanditaire vennootschappen in België geïnvesteerd kapitaal, die in die staat krachtens de bepalingen van dit belastingverdrag worden belast, vrijgesteld van belasting in Duitsland. De vrijstelling geldt ook voor in België gelegen vermogensbestanddelen van Duitse ingezetenen. De Bondsrepubliek Duitsland behoudt zich evenwel het recht voor bij de vaststelling van haar belastingtarief rekening te houden met de aldus vrijgestelde inkomsten en vermogensbestanddelen (vrijstellingsmethode met, in voorkomend geval, progressievoorbehoud).

14. § 20, leden 2 en 3, van het Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz) (Duitse belastingwet inzake de betrekkingen met het buitenland) [5], in de versie van het Missbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz (Duitse wet inzake de bestrijding van fraude

4 — Respectievelijk BGBl. 1969 II, blz. 18, en *Belgisch Staatsblad* van 30 juli 1969.

5 — BGBl. 1972 I, blz. 1713.

en de harmonisatie van belasting) van 21 december 1993[6] (hierna: „AStG"), dat ten tijde van de feiten van het hoofdgeding van kracht was, voorziet evenwel in een uitzondering op deze regel in bepaalde gevallen. Deze bepaling is in het AStG opgenomen om onder meer te voorkomen dat Duitse ingezetenen de andere bepalingen van het AStG inzake de belasting van inkomsten uit GBV's („tussenvennootschappen") met eigen rechtspersoonlijkheid die hun zetel in lidstaten met een lage belasting hebben, omzeilen. Deze bepalingen beogen belastingontwijking te bestrijden.

15. Wat het voorkomen van dubbele belasting van inkomsten afkomstig van een vaste inrichting betreft, bepaalt § 20, lid 2, AStG: „Wanneer inkomsten uit kapitaalinvesteringen in de zin van § 10, lid 6, tweede zin, bij de buitenlandse inrichting van een onbeperkt belastingplichtige ontstaan en zij als inkomsten van een tussenvennootschap aan belasting zouden zijn onderworpen indien deze inrichting een buitenlandse vennootschap zou zijn, moet dubbele belasting niet door vrijstelling, maar door verrekening van de over deze inkomsten geheven buitenlandse belasting worden voorkomen."

16. Wat het voorkomen van dubbele belasting van het vermogen betreft, bepaalt § 20, lid 3, AStG: „In de gevallen van lid 2 moet bij vermogen dat aan de inkomsten uit kapitaalinvesteringen in de zin van § 10, lid 6, tweede zin, met uitzondering van inkomsten uit kapitaalinvesteringen in de zin van § 10, lid 6, derde zin, ten grondslag ligt, de dubbele belasting niet door vrijstelling, maar door verrekening van de over dit vermogen geheven buitenlandse belasting worden voorkomen."

17. § 10, lid 6, tweede zin, AStG bepaalt: „Inkomsten uit kapitaalinvesteringen van een tussenvennootschap zijn inkomsten van de buitenlandse tussenvennootschap die voortvloeien uit het houden, het beheer, het waardebehoud of de waardevermeerdering van betaalmiddelen, vorderingen, effecten, deelnemingen of soortgelijke vermogenswaarden [...]".

18. Blijkens het dossier vereist het AStG dat voor de toepassing van de in § 20, leden 2 en 3, daarvan bedoelde verrekeningsmethode aan vier aanvullende voorwaarden wordt voldaan. Deze voorwaarden zijn:

— de in de buitenlandse inrichting behaalde inkomsten uit kapitaalinvesteringen zijn „onderworpen aan een lage belasting" in de zin van § 8, lid 3, AStG, dat wil zeggen dat de inkomsten in de staat waarin de directie is gevestigd, niet

6 — BGBl. 1993 I, blz. 2310.

zijn onderworpen aan een winstbelasting van 30 % of meer;

— de inkomsten uit kapitaalinvesteringen voldoen niet aan de voorwaarden van § 8, lid 1, punt 7, en lid 2, evenals § 13 AStG;

— de inkomsten uit kapitaalinvesteringen kunnen niet worden geacht afkomstig te zijn uit zogenoemde „actieve" werkzaamheden, bedoeld in § 8, lid 1, punten 1-6, AStG;

— Duitse belastingplichtigen nemen voor ten minste 10 % deel in de inrichting.

III — Hoofdgeding en prejudiciële vraag

19. Columbus is een commanditaire vennootschap naar Belgisch recht. Zij is in 1989 opgericht en is gevestigd in Antwerpen (België). In het jaar 1996 werden haar aandelen gehouden door acht in Duitsland wonende natuurlijke personen, van wie ten minste zes tot dezelfde familie behoorden, die elk een aandeel van 10 % hielden. Daarnaast hield een Duitse personenvennootschap, waarvan de vennoten ook in Duitsland woonden, een aandeel van 20 %.

20. Columbus is in Duitsland niet belastingplichtig. Volgens het Duitse belastingrecht wordt zij niet als een GBV aangemerkt, maar wordt zij gelijkgesteld met een buitenlandse „vaste inrichting" van in Duitsland wonende vennoten. De inkomsten en het vermogen van Columbus worden voor de inkomsten- en vermogensbelasting in Duitsland derhalve rechtstreeks toegerekend aan haar vennoten.

21. Het doel van Columbus is de coördinatie van de activiteiten van de Oetker-groep door de verlening van financiële diensten binnen de groep. Hieronder vallen onder meer de centralisatie van de financiële transacties en de financiering van de liquiditeit van de dochterondernemingen of filialen, de centralisatie en de coördinatie van de boekhouding, taken van beheer, reclame- en marketingactiviteiten, alsook elektronische gegevensverwerking.

22. De economische activiteit van Columbus betreft hoofdzakelijk het beheer van het geïnvesteerde kapitaal in de zin van § 10, lid 6, tweede zin, AStG. Op basis van dit beheer heeft Columbus in de loop van 1996 „inkomsten uit onderneming" van 8 044 619

DEM en „andere inkomsten" van 53 477 DEM kunnen realiseren.

23. De Belgische belastingdienst heeft Columbus als een „coördinatiecentrum" in de zin van koninklijk besluit nr. 187 van 30 december 1982 inzake de oprichting van coördinatiecentra [7] aangemerkt. De belastingregeling voor coördinatiecentra wijkt in diverse opzichten af van het normale Belgische belastingstelsel. In wezen wordt het belastbaar inkomen van de centra forfaitair vastgesteld volgens de zogenoemde „cost plus"-methode. Het bedraagt een percentage van de uitgaven en de bedrijfskosten, exclusief personeelskosten, financiële lasten en vennootschapsbelasting. [8] Op grond van deze regeling is Columbus in 1996 op basis van minder dan 30 % van de daadwerkelijk gemaakte winst belast.

24. In Duitsland heeft het Finanzamt Bielefeld-Innenstadt Columbus als een personenvennootschap aangemerkt. Onder verwijzing naar § 20, lid 2, AStG heeft de Duitse belastingdienst bij aanslag van 8 juni 1998 tot vaststelling van de winst voor het jaar 1996, de inkomsten uit onderneming van 8 044 619 DEM en de andere inkomsten van 53 477 DEM van Columbus aan haar vennoten toegerekend. Het Finanzamt Bielefeld-Innenstadt heeft deze laatste inkomsten als belastingvrij beschouwd, evenwel met progressievoorbehoud. De winst van 8 044 619 DEM heeft het daarentegen volledig belast, echter met aftrek van de daarover in België geheven belasting.

25. Bij aanslag van 16 juni 1998 heeft de Duitse belastingdienst de uniform vastgestelde waarde van het bedrijfsvermogen van Columbus op 1 januari 1996 bepaald met het oog op de berekening van de vermogensbelasting van de vennoten.

26. Columbus heeft namens de vennoten tegen deze aanslagen bezwaar ingediend bij het Finanzgericht Münster, met uitzondering van die betreffende de „andere inkomsten", waarbij zij met name de onverenigbaarheid van § 20, leden 2 en 3, AStG met artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) heeft aangevoerd. Volgens Columbus heeft de vervanging van de vrijstellingsmethode, die is vastgesteld in artikel 23 van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk België, door de verrekeningsmethode bedoeld in § 20, leden 2 en 3, AStG, geleid tot verhoging van de belasting voor elk van de vennoten met ongeveer 250 000 EUR voor het litigieuze jaar.

27. Het Finanzgericht Münster sluit niet uit dat de bepalingen van § 20, leden 2 en 3, AStG de vrijheid van vestiging schenden. Het

7 — *Belgisch staatsblad* van 13 januari 1983.

8 — Zie dienaangaande arrest van 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie (C-182/03 en C-217/03, Jurispr. blz. I-5479, punt 9).

betwijfelt ook of deze bepalingen verenigbaar zijn met het vrij verkeer van kapitaal, daar de daarin voorgeschreven bijheffing over buitenlandse inkomsten eigen ingezetenen ervan kan weerhouden in een andere lidstaat te investeren.

28. Daarop heeft het Finanzgericht Münster de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Staan artikel 52 EG-Verdrag [...] en de artikelen 73 B, 73 C en 73 D EG-Verdrag (thans artikelen 56 EG, 57 EG en 58 EG) eraan in de weg dat § 20, leden 2 en 3, van het Außensteuergesetz (AStG), in de versie van het Missbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz van 21 december 1993, de inkomsten uit kapitaalinvesteringen in de buitenlandse inrichting van een in Duitsland onbeperkt belastingplichtige, die als inkomsten van een tussenvennootschap aan belasting onderworpen zouden zijn indien de inrichting een buitenlandse vennootschap was, in afwijking van het tussen het Koninkrijk België en de Bondsrepubliek Duitsland gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van 11 april 1967, niet door vrijstelling van de Duitse belasting, maar door verrekening van de over de inkomsten geheven buitenlandse winstbelasting van de dubbele belasting bevrijdt?"

IV — Procesverloop voor het Hof

29. Columbus, de Duitse, de Belgische, de Nederlandse, de Portugese regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede de Commissie van de Europese Gemeenschappen hebben overeenkomstig artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie schriftelijke opmerkingen ingediend bij het Hof. Deze partijen zijn ook gehoord ter terechtzitting van 28 september 2006, met uitzondering van de Portugese Republiek, die zich niet heeft laten vertegenwoordigen.

V — Analyse

A — *Afbakening van de door de prejudiciële vraag opgeworpen problematiek*

30. Alvorens de prejudiciële vraag in het licht van het gemeenschapsrecht te onderzoeken, dient de door de verwijzende rechter opgeworpen problematiek te worden afgebakend.

31. Mijns inziens dienen drie kwesties te worden uitgesloten van de door het Hof in de onderhavige zaak te verrichten beoordeling.

32. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de prejudiciële vraag niet rechtstreeks betrekking heeft op de regeling van de „deelnemingen in buitenlandse tussenvennootschappen" [9] in het vierde deel van het AStG (§§ 7-14 van deze wet), maar op de bepalingen inzake „de toepassing van de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting" bedoeld in § 20, leden 2 en 3, AStG in het geval van bepaalde winsten die zijn gemaakt door buitenlandse vaste inrichtingen zonder eigen rechtspersoonlijkheid naar Duits belastingrecht, waarvan de vennoten voor hun inkomsten en hun vermogen in Duitsland onbeperkt belastingplichtig zijn.

33. Het vierde deel van het AStG regelt de fiscale behandeling van de in het buitenland gevestigde entiteiten die een eigen rechtspersoonlijkheid hebben krachtens het Duitse belastingrecht [10] en waarvoor is geregeld dat de winsten die zij in de zin van het AStG in een belastingjaar maken in een staat met een lagere belasting dan die welke is voorzien in de bepalingen van het AStG (minder dan 30 %), geacht worden in hetzelfde belastingjaar te zijn uitgekeerd aan hun aandeelhouders die in Duitsland onbeperkt belastingplichtig zijn. [11]

34. Het is juist dat § 20, leden 2 en 3, AStG voor de vaststelling of, zoals in het hoofdgeding, een buitenlandse vaste inrichting in de zin van deze bepaling binnen de werkingssfeer van het AStG valt, verwijst naar de voorwaarden die ook van toepassing zijn op buitenlandse tussenvennootschappen.

35. Voorts wordt met § 20, leden 2 en 3, AStG, zoals de Duitse regering erkent, een gelijksoortig doel nagestreefd als met de bepalingen inzake buitenlandse tussenvennootschappen, in die zin dat daarmee wordt beoogd te voorkomen dat Duitse belastingplichtigen, door vaste inrichtingen in het buitenland op te richten, zoals in het hoofdgeding, de bepalingen van het vierde deel van het AStG met betrekking tot de buitenlandse tussenvennootschappen omzeilen door wat de winsten betreft die deze vaste inrichtingen maken in lidstaten met een lagere belasting dan in Duitsland, in die lidstaat te profiteren van belastingvrijstelling op grond van door de Bondsrepubliek Duitsland gesloten verdragen ter voorkoming van dubbele belasting.

36. Hoewel deze omstandigheden niet volledig buiten beschouwing kunnen worden gelaten, met name voor het begrip van de context waarvan § 20, leden 2 en 3, AStG deel uitmaakt, laat dit onverlet dat het Hof niet wordt gevraagd het gemeenschapsrecht uit te leggen in het kader van de toepassing van de bepalingen van het vierde deel van het AStG met betrekking tot een buitenlandse tussenvennootschap, waarvoor een regeling geldt die klaarblijkelijk verschilt van die welke is voorzien in § 20, leden 2 en 3, AStG.

9 — Het gaat om de GBV.
10 — Zie § 7, lid 1, AStG.
11 — Zie § 10, leden 1 en 2, AStG.

37. De verwijzende rechter heeft namelijk duidelijk aangegeven dat volgens het Duitse belastingrecht Columbus, als personenvennootschap, ongeacht de plaats waar zij is gevestigd, onder § 20, leden 2 en 3, AStG valt, en niet onder de regeling voor GBV's volgens de andere bepalingen van het AStG.

38. Vervolgens, en deze kwestie hangt samen met de eerste, is het van belang te preciseren dat volgens de verwijzende rechter een eventuele beperking van de vrijheden van verkeer van het Verdrag niet het gevolg is van het verschil tussen de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk België op het punt van de juridische en fiscale kwalificatie van Columbus, maar uitsluitend van de vervanging van de vrijstellingsmethode door de verrekeningsmethode wat de belasting van de inkomsten en het vermogen van Duitse vennoten van een vaste inrichting in het buitenland betreft.

39. Zoals gezegd, is Columbus in België opgericht in de vorm van een commanditaire vennootschap. Het Belgische recht kent haar een eigen rechtspersoonlijkheid toe ten opzichte van haar vennoten, namelijk de beherende en commanditaire vennoten. Fiscaal gezien is zij in beginsel onderworpen aan vennootschapsbelasting, maar Columbus valt ook onder de regeling voor coördinatiecentra. Niettemin bezit zij rechtspersoonlijkheid. In Duitsland wordt Columbus daarentegen behandeld als een personenvennootschap die, fiscaal gezien, gelijk wordt gesteld met een vaste inrichting van de vennoten, in Duitsland woonachtige natuurlijke personen, zodat de door Columbus gemaakte winsten rechtstreeks aan haar vennoten worden toegerekend. Columbus is in die lidstaat dus fiscaal transparant.

40. In de studies van het internationale belastingrecht over de problematiek van de transparantie van personenvennootschappen wordt gewezen op de „werkelijk ongekende" complexiteit van dit rechtsgebied [12], die met name verband houdt met conflicten met betrekking tot de kwalificatie van de personenvennootschap, die in de ene staat als zodanig wordt aangemerkt, maar in de andere staat als kapitaalvennootschap, en met de twee- of driezijdige aard van de te onderzoeken betrekkingen (bronstaat van de inkomsten, staat van de personenvennootschap, woonstaat van de vennoot). Deze problemen kunnen evenwel door de bepalingen van tussen staten gesloten belastingverdragen worden verzacht.

41. In zijn huidige ontwikkelingsstadium eist het gemeenschapsrecht niet dat de lidstaten op hun grondgebied de juridische en fiscale status erkennen die het nationale recht van

12 — Volgens algemeen rapporteur J.-P. Le Gall, in het kader van de vergelijkende studie van het belastingrecht, waarin meer dan 28 nationale rapporten zijn samengebracht, opgesteld door de International Fiscal Association, genaamd „International tax problems of partnerships", in *Cahiers de droit fiscal international*, Kluwer Law International, Den Haag, 1995, blz. 604.

de andere lidstaten heeft toegekend aan de entiteiten die daar economische activiteiten uitoefenen.

42. Ik breng in dit verband in herinnering dat artikel 220, derde streepje, EG-Verdrag (thans artikel 293, derde streepje, EG) bepaalt dat de lidstaten, voor zover nodig, met elkaar in onderhandeling treden ter verzekering, voor hun onderdanen, van de onderlinge erkenning van vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, EG-Verdrag (thans artikel 48, tweede alinea, EG).

43. Op basis van deze bepaling hebben de zes staten die de Europese Economische Gemeenschap hebben opgericht het op 29 februari 1968 te Brussel ondertekende Verdrag betreffende de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen gesloten. [13] Omdat dit verdrag niet door al deze staten is bekrachtigd, is het nooit in werking getreden.

44. Dat de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen niet tot stand is gekomen, laat onverlet dat de lidstaten de in het Verdrag voorziene vrijheden van verkeer wel moeten erkennen.

13 — Bull. Suppl. nr. 2, 1969, blz. 7.

45. In casu is de eventuele beperking van de vrijheden van verkeer van het Verdrag niet gelegen in de kwalificatie als vaste inrichting van Columbus door het Duitse belastingrecht, aangezien Columbus juist door die kwalificatie tot aan het litigieuze belastingjaar heeft kunnen profiteren van de vrijstellingsmethode op grond van de relevante bepalingen van het tussen de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk België gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, waarvan Columbus in het hoofdgeding de handhaving vordert. [14]

46. Ten slotte hoeft het Hof de stelling van Columbus dat § 20, leden 2 en 3, AStG is strijd is met de bepalingen van het genoemde belastingverdrag, mijns inziens niet te onderzoeken. Opgemerkt moet namelijk worden dat het Hof in het kader van artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) niet bevoegd is om uitspraak te doen over deze kwestie, die niet behoort tot de uitlegging van het gemeenschapsrecht. [15]

47. Deze beoordeling betekent uiteraard niet dat het Hof, om een voor de nationale

14 — Indien Columbus naar Duits recht als kapitaalvennootschap zou zijn aangemerkt, zou hoogstwaarschijnlijk de duidelijk minder gunstige regeling voor gecontroleerde buitenlandse vennootschappen (GBV) op haar zijn toegepast (vierde deel van het AStG). Die hypothese wordt in deze analyse echter niet behandeld, daar de verwijzende rechter op dat punt geen vraag heeft gesteld.

15 — Zie in die zin arrest van 14 december 2000, AMID (C-141/99, Jurispr. blz. I-11619, punt 18). Zie ook punt 25 van de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Gilly (arrest van 12 mei 1998, C-336/96, Jurispr. blz. I-2793).

rechter nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te geven, in voorkomend geval geen rekening kan houden met de bepalingen van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, wanneer, zoals in casu, de verwijzende rechter dit verdrag terecht presenteert als deel uitmakend van het in het hoofdgeding toepasselijke rechtskader. [16] Voorts ben ik met advocaat-generaal Geelhoed in zijn conclusie in de zaak Denkavit Internationaal en Denkavit France [17] van mening dat rekening moet worden gehouden met het reële gevolg van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting voor de situatie van een belastingplichtige om te bepalen of er in een individueel geval sprake is van een beperking van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden van verkeer. Anders zou met name worden voorbijgegaan aan de economische realiteit van de werkzaamheid en de eventuele beweegredenen van die belastingplichtige in een grensoverschrijdende context.

48. Na deze opmerkingen moet om te beginnen, gelet op het door de verwijzende rechter uiteengezette feitelijke en juridische kader, worden uitgemaakt welke van de twee door de nationale rechter genoemde vrijheden van verkeer (vrijheid van vestiging en vrijheid van kapitaalverkeer) in casu hoofdzakelijk toepassing moet vinden. Vervolgens zal ik het restrictieve gevolg beoordelen van de vervanging van de vrijstellingsmethode door die van verrekening van de door de vennoten van Columbus ontvangen inkomsten en het door hen verworven vermogen, ter voorkoming van dubbele belasting in Duitsland. Ten slotte moet worden onderzocht of een dergelijke beperking, indien daarvan moet worden uitgegaan, kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.

B — *De vraag of de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging dan wel inzake het vrij verkeer van kapitaal van toepassing zijn*

49. De verwijzende rechter vraagt of een regeling als die van § 20, leden 2 en 3, AStG verenigbaar is met de vrijheid van vestiging dan wel het vrij verkeer van kapitaal.

50. Volgens de rechtspraak zijn de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en niet die inzake het vrij verkeer van kapitaal van toepassing in geval van een deelneming door een staatsburger van een lidstaat in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, die hem een zodanige invloed op de besluiten van die vennootschap verleent dat hij de activiteiten ervan kan bepalen. [18]

16 — Zie in die zin arrest van 14 december 2006, Denkavit Internationaal en Denkavit France (C-170/05, Jurispr. blz. I-11949, punt 44 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 — Zie punten 33-38 van de conclusie van 27 april 2006 in de zaak die heeft geleid tot het arrest Denkavit Internationaal en Denkavit France, reeds aangehaald.

18 — Zie met name arresten van 13 april 2000, Baars (C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 22); 21 november 2002, X en Y (C-436/00, Jurispr. blz. I-10829, punt 37), en 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 31).

51. De afbakening van deze twee vrijheden is niet altijd gemakkelijk, in het bijzonder in het kader van een prejudiciële verwijzing in de context waarvan de nationale rechter in het concrete geval beter de rechten kan beoordelen die een gemeenschapsburger heeft op grond van zijn deelnemingen in het kapitaal van de betrokken vennootschap.

52. In de onderhavige zaak blijkt, zoals ik in punt 18 van deze conclusie heb vermeld, een van de voorwaarden voor toepassing van § 20, leden 2 en 3, AStG te zijn dat een Duitse belastingplichtige voor ten minste 10 % deelneemt in de vaste inrichting. Een deelneming in deze orde van grootte lijkt a priori de mogelijkheid uit te sluiten van een zodanige invloed op de besluiten van die inrichting dat de betrokken belastingplichtige de activiteiten ervan kan bepalen. Indien dat inderdaad het geval is, moet de beoordeling van de verenigbaarheid van de litigieuze bepalingen bij voorrang aan de hand van de artikelen 73 B tot en met 73 D EG-Verdrag worden verricht.

53. Gelet op de hierna beschreven omstandigheden, zou de toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging evenwel relevant kunnen zijn.

54. Enerzijds is het door de Duitse wetgever met de vervanging van de vrijstellingsmethode door de verrekeningsmethode nagestreefde doel het voorkomen van omzeiling van de bepalingen van de Duitse belastingwetgeving, met inbegrip van die van het AStG met betrekking tot in het buitenland opgerichte GBV's in de vorm van dochtermaatschappijen. In die zin heeft het AStG in zijn verschillende onderdelen dus hoofdzakelijk het oog op de vestiging van Duitse ingezetenen in het buitenland, in casu in de vorm van een personenvennootschap, die naar Duits belastingrecht als een vaste inrichting wordt beschouwd.

55. Anderzijds wordt Columbus niet alleen gecontroleerd door ten minste zes personen die tot dezelfde familie behoren en die elk 10 % van de aandelen van de betrokken inrichting houden, maar ook en vooral handelen deze personen, zoals door Columbus ter terechtzitting is verklaard, in onderlinge overeenstemming en worden zij door één persoon op de algemene vergadering van vennoten vertegenwoordigd. Deze acht vennoten kunnen dus waarschijnlijk gezamenlijk een zodanige invloed op de besluiten van Columbus uitoefenen dat zij de activiteiten ervan kunnen bepalen. In deze context zou een eventuele aantasting van het vrije verkeer van kapitaal slechts een gevolg zijn van de aangevoerde belemmering van de vrijheid van vestiging.

56. Gelet op het voorgaande en op het feit dat de nationale rechter onvoldoende nauwkeurige gegevens heeft verstrekt op basis waarvan met zekerheid kan worden uitgemaakt welke van de twee genoemde vrijheden in casu eventueel hoofdzakelijk wordt aangetast, zou een wettelijke regeling als die in het hoofdgeding ongetwijfeld aan de hand van zowel artikel 52 als artikel 73 B EG-Verdrag moeten worden onderzocht.

57. De toepassing van elk van deze bepalingen zou mijns inziens in casu evenwel tot hetzelfde resultaat moeten leiden. Ik stel daarom voor de onderhavige zaak te onderzoeken aan de hand van artikel 52 EG-Verdrag, en daarbij voor ogen te houden dat een soortgelijke redenering zou gelden voor artikel 73 B EG-Verdrag.

C — Het bestaan van een belemmering van de vrijheid van vestiging

58. Het wezenlijke probleem van de onderhavige zaak betreft de vraag of een regeling als die van § 20, leden 2 en 3, AStG al dan niet als een belemmering van de vrijheid van vestiging kan worden aangemerkt.

59. Columbus en de Belgische regering zijn van mening dat § 20, leden 2 en 3, AStG Duitse ingezetenen ontmoedigt zich in de lidstaat van hun keuze te vestigen, omdat de verrekeningsmethode slechts van toepassing is op door Duitse ingezetenen ontvangen inkomsten die qua aard zogenoemde „passieve" inkomsten zijn, afkomstig uit een lidstaat met een lagere belasting dan die voorzien in het AStG.

60. Daarentegen stellen de andere partijen die opmerkingen bij het Hof hebben ingediend, namelijk de Duitse, de Nederlandse, de Portugese regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsook de Commissie, dat de regeling van § 20, leden 2 en 3, AStG de gelijke behandeling herstelt tussen een grensoverschrijdende fiscale situatie, zoals die van de vennoten van Columbus, en een louter nationale situatie. Volgens deze partijen is er dus geen sprake van een belemmering van de vrijheid van vestiging.

61. Ik acht het nuttig in dit verband in herinnering te brengen dat de vrijheid van vestiging, die door artikel 52 EG-Verdrag aan de gemeenschapsburgers wordt verleend, voor hen de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen omvat overeenkomstig de bepalingen die door de wetgeving van de lidstaat van vestiging voor de eigen staatsburgers zijn vastgesteld [19] of voor de op zijn grondgebied wonende staatsburgers van andere lidstaten. [20]

62. Hoewel de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan het voordeel van de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst beogen te garanderen, heeft het Hof erkend dat zij de *lidstaat van oorsprong* ook verbieden de vestiging in een andere

19 — Zie met name arrest van 11 maart 2004, De Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Jurispr. blz. I-2409, punt 40), en arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald (punt 41).

20 — Zie arrest Baars, reeds aangehaald (punt 29).

lidstaat van een van zijn staatsburgers te bemoeilijken. [21]

63. Voorts geldt het verbod voor de lidstaten om beperkingen aan de vrijheid van vestiging te stellen eveneens voor fiscale bepalingen. Volgens de rechtspraak zijn de lidstaten, ofschoon bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht de directe belastingen als zodanig niet tot de bevoegdheidssfeer van de Gemeenschap behoren, niettemin verplicht de bij hen verbleven bevoegdheden in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen. [22]

64. Wat de beperkingen betreft die voortvloeien uit de belastingwetgeving van de lidstaat van oorsprong, heeft het Hof geoordeeld dat de bepalingen van het Verdrag inzake de vrijheid van vestiging zich ertegen verzetten dat een lidstaat ter voorkoming van belastingontwijking een stelsel invoert waarbij de inkomsten uit nog niet gerealiseerde waardevermeerderingen van effecten worden belast wanneer een belastingplichtige zijn fiscale woonplaats van die staat naar het buitenland verplaatst, terwijl de waardevermeerderingen van een in die staat wonende belastingplichtige pas zouden worden belast na de daadwerkelijke realisatie ervan. Volgens het Hof kon de betrokken nationale regeling in die zaak, zelfs indien zij een belastingplichtige niet zou verbieden zijn recht van vestiging uit te oefenen, niettemin „de uitoefening van dit recht beperken, aangezien er voor de belastingplichtigen die zich in een andere lidstaat wensen te vestigen ten minste een *afschrikkend* effect van uitgaat". [23] Het Hof heeft dus geoordeeld dat dit verschil in behandeling ter zake van de belasting van waardevermeerderingen „een belastingplichtige [kon] *afschrikken* om zijn woonplaats naar het buitenland te verplaatsen" en dus de vrijheid van vestiging kon belemmeren. [24]

65. Meer recentelijk heeft het Hof in het kader van een prejudiciële verwijzing in zijn reeds aangehaalde arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas met betrekking tot de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's geoordeeld dat het uit deze wetgeving voortvloeiende verschil in fiscale behandeling en het daaruit volgende nadeel voor de binnenlandse vennootschappen die een dochteronderneming hebben die in een andere lidstaat tegen een lager tarief wordt belast, tot gevolg hebben dat de vrijheid van vestiging voor dergelijke vennootschappen wordt belemmerd, doordat zij *ervan worden afgebracht om een dochteronderneming op te richten, te verwerven of te behouden* in een lidstaat waar deze tegen een dergelijk tarief wordt belast, zodat zij een beperking van de vrijheid van vestiging vormen. [25]

21 — Zie met name arresten van 27 september 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, Jurispr. blz. 5483, punt 16); 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 21); De Lasteyrie du Saillant, reeds aangehaald (punt 42), en van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Jurispr. blz. I-1083, punt 31) (cursivering van mij).

22 — Zie in die zin reeds aangehaalde arresten De Lasteyrie du Saillant (punt 44), Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (punt 40) en Denkavit Internationaal en Denkavit France (punt 18). Zie ook recentelijk met betrekking tot het vrije verkeer van kapitaal arrest van 14 november 2006, Kerckhaert en Morres (C-513/04, Jurispr. blz. I-10967, punt 15 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 — Arrest De Lasteyrie du Saillant, reeds aangehaald (punt 45) (cursivering van mij).

24 — Ibidem (punten 46-48) (cursivering van mij). Zie ook arrest van 7 september 2006, N (C-470/04, Jurispr. blz. I-7409, punten 34-39).

25 — Punt 46 (cursivering van mij).

66. Dit arrest, dat in deze conclusie nog uitgebreider aan de orde zal komen, is ontegenzeglijk van belang voor de onderhavige zaak. Het is overigens ter terechtzitting onderwerp van een diepgaande discussie tussen de partijen geweest.

67. In dit stadium van mijn uiteenzetting vermeld ik slechts dat het Hof in de zaak Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas heeft geoordeeld dat de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij van een dochtermaatschappij die was gevestigd in een lidstaat met een lagere winstbelasting dan die van het Verenigd Koninkrijk en waarvoor de wetgeving op de GBV's van deze staat van toepassing was, enerzijds, en de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij waarvan de dochtermaatschappij ook in die staat was opgericht *of* de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij waarvan de dochtermaatschappij was gevestigd in een lidstaat met een hogere winstbelasting dan die van het Verenigd Koninkrijk en waarvoor in deze twee situaties de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's niet van toepassing was, anderzijds, zich in een vergelijkbare situatie bevonden.

68. Zoals het eerdergenoemde arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas illustreert, is de bepaling van de (objectieve) vergelijkbaarheid van de situaties van cruciaal belang voor de beoordeling van de vraag of de toepassing van een nationale maatregel de gelijke behandeling verbreekt die in beginsel bij deze situaties moet worden gewaarborgd, en dus of deze maatregel een belemmering van de vrijheid van vestiging kan vormen.

69. In casu gaat het om de vraag of een soortgelijke redenering als die van het Hof in die zaak met betrekking tot de vergelijkbaarheid van de situaties van de dochtermaatschappijen van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappijen waarop de wetgeving op de GBV's al dan niet van toepassing was, kan worden getransponeerd naar de onderhavige zaak.

70. Indien een dergelijke beoordeling, zoals ik voorstel, wordt verricht, dan moet daarbij evenwel ook rekening worden gehouden met de rechtspraak van het Hof inzake het voorkomen van dubbele belasting, die laatstelijk, met name in het arrest Test Claimants in the FII Group Litigation [26], belangrijke verduidelijkingen heeft ondergaan.

71. Mijns inziens moet de fiscale behandeling van de inkomsten en het vermogen van de vennoten van Columbus dus worden vergeleken met enerzijds de behandeling die is voorbehouden aan de inkomsten en het vermogen van de vennoten van een personenvennootschap die hun recht op vrij verkeer niet hebben uitgeoefend (interne situatie) en anderzijds de fiscale behandeling van de inkomsten en het vermogen van de vennoten van een personenvennootschap die gebruik hebben gemaakt van hun vrijheid van vestiging in een lidstaat met een hogere belasting dan die welke voorzien is in het AStG (grensoverschrijdende situatie).

26 — Arrest van 12 december 2006 (C-446/04, Jurispr. blz. I-11753).

1. Vergelijking van de situatie van de vennoten van Columbus met een interne situatie

72. Voor de duidelijkheid is het mijns inziens nuttig onderscheid te maken tussen het voorkomen van dubbele belasting van inkomsten, bedoeld in § 20, lid 2, AStG, en het voorkomen van dubbele belasting van het vermogen, bedoeld in lid 3 van die paragraaf.

a) Vergelijking met betrekking tot het voorkomen van dubbele belasting van inkomsten (§ 20, lid 2, AStG)

73. Het lijdt geen twijfel dat de toepassing van de methode van verrekening — waardoor door de Bondsrepubliek Duitsland eenzijdig de in het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen deze lidstaat en het Koninkrijk België voorziene vrijstellingsmethode is vervangen — van de in België bij Columbus geheven belasting met de over de inkomsten van haar vennoten geheven belasting, tot een aanzienlijke verhoging van hun belasting voor het litigieuze belastingjaar (1996) heeft geleid in vergelijking met het vorige belastingjaar.

74. Op zichzelf en anders dan Columbus herhaaldelijk heeft betoogd, kan deze ongunstige behandeling geen beperking van de vrijheid van vestiging vormen.

75. Op een gebied waarop de lidstaten bevoegd blijven waarborgt het gemeenschapsrecht namelijk de toepassing en permanente handhaving van dezelfde behandeling van een en dezelfde belastingplichtige niet. Indien dat wel het geval zou zijn, zouden de lidstaten bijvoorbeeld de grondslag of het tarief van hun directe belastingen niet kunnen wijzigen. Bij de huidige ontwikkelingsstand van het gemeenschapsrecht is dit onmogelijk. Het feit dat de fiscale behandeling van de vennoten van Columbus is gewijzigd door de eenzijdige invoering van een afwijking van het door de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk België gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, levert een (mogelijk) conflict op tussen normen van nationaal recht en normen van internationaal recht, maar is mijns inziens niet relevant vanuit de optiek van het gemeenschapsrecht. Overigens is het, zoals ik heb opgemerkt in punt 46 van deze conclusie, niet de taak van het Hof om uitspraak te doen in een dergelijk normenconflict.

76. Anders dan Columbus ook lijkt te suggereren, wordt een verschil in behandeling in het gemeenschapsrecht niet afgemeten aan een feitelijke of juridische verandering bij een en dezelfde persoon. Integendeel, daarvoor moet de situatie van personen die gebruik hebben gemaakt van een van de door het Verdrag gegarandeerde vrijheden worden vergeleken met die van personen die zich niet daarop hebben beroepen.

77. Op dit punt moet worden opgemerkt dat noch de verwijzende rechter, die eerder

geneigd is de betrokken Duitse belastingmaatregel als een beperking van de vrijheid van vestiging op te vatten, noch Columbus melding heeft gemaakt van een verschil in behandeling tussen de situatie van de vennoten van laatstgenoemde en een interne situatie.

78. Daarentegen merken de Duitse, de Belgische, de Nederlandse, de Portugese regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsook de Commissie op dat de in § 20, lid 2, AStG bedoelde verrekening van de in België bij Columbus geheven belasting met de belasting over de inkomsten van haar vennoten, erop neerkomt dat deze op dezelfde wijze worden behandeld als Duitse belastingplichtigen die vennoten zijn van fiscaal transparante personenvennootschappen met zetel in Duitsland en die geen gebruik hebben gemaakt van hun vrijheid van vestiging in een andere lidstaat.

79. Deze argumentatie is mijns inziens juist.

80. Ik breng in herinnering dat volgens artikel 220, tweede streepje, EG-Verdrag (thans artikel 293, tweede streepje, EG) de lidstaten, voor zover nodig, met elkaar in onderhandeling treden ter verzekering, voor hun onderdanen, van de afschaffing van dubbele belasting binnen de Gemeenschap.

81. Deze bepaling met programmatisch karakter [27] is tot nu toe evenwel niet uitgevoerd. Overigens is, afgezien van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten [28], van verdrag 90/436/EEG van 23 juli 1990 ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen [29] en van richtlijn 2003/48/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling [30], waarvan er geen relevant is voor de onderhavige zaak, op het niveau van de Gemeenschap geen enkele unificatie- of harmonisatiemaatregel tot afschaffing van dubbele belasting vastgesteld, en de lidstaten hebben evenmin ter uitvoering van artikel 220, tweede streepje, EG-Verdrag enige multilaterale overeenkomst met dat oogmerk gesloten. [31]

82. Daaruit vloeit voort dat bij gebreke van communautaire unificatie- of harmonisatiemaatregelen de lidstaten bevoegd blijven om de criteria voor de belasting van de inkomsten vast te stellen teneinde, in voorkomend geval door het sluiten van een overeenkomst,

27 — Deze bepaling heeft namelijk geen rechtstreekse werking (zie arrest Gilly, reeds aangehaald, punt 17).

28 — PB L 225, blz. 6.

29 — PB L 225, blz. 10.

30 — PB L 157, blz. 38.

31 — Zie met name wat het vrij verkeer van kapitaal betreft, arrest Kerckhaert en Morres, reeds aangehaald (punt 22), en wat artikel 52 EG-Verdrag betreft, arrest van 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, Jurispr. blz. I-11673, punt 51).

dubbele belastingen af te schaffen. [32] In dit verband heeft het Hof aanvankelijk gepreciseerd dat het de lidstaten vrijstaat om *in het kader van bilaterale verdragen* de aanknopingsfactoren ter verdeling van de heffingsbevoegdheid vast te stellen. [33] In latere arresten heeft het Hof toegevoegd dat deze aan de lidstaten verleende vrijheid zich uitstrekt tot unilateraal genomen maatregelen. [34]

83. Bij de *uitoefening van de heffingsbevoegdheid* dienen de lidstaten zich niettemin te houden aan de bepalingen van het gemeenschapsrecht. [35]

84. De huidige rechtspraak van het Hof stelt dus een onderscheid vast tussen *de verdeling van de heffingsbevoegdheid* tussen de lidstaten, waarbij een daaruit voortvloeiend eventueel verschil in behandeling niet binnen de werkingssfeer van de vrijheden van verkeer van het Verdrag valt, en *de uitoefening van de heffingsbevoegdheid door de lidstaten,* met inbegrip van die welke voortvloeit uit een voorafgaande bilaterale of unilaterale verdeling van hun heffingsbevoegdheid, waarbij de lidstaten zich aan de gemeenschapsregels dienen te houden. [36]

85. Uit deze tweedeling lijkt te volgen dat de lidstaten niet alleen de mogelijkheid behouden om dubbele belasting niet te voorkomen [37], maar ook de keuze behouden van het mechanisme ter voorkoming van dubbele belasting, waardoor zij in beginsel kunnen kiezen voor ofwel de vrijstellingsmethode, ofwel de methode van verrekening van de in een andere lidstaat geheven belasting.

86. In dit verband merk ik op dat het Hof heeft vastgesteld dat het niet onredelijk is dat de lidstaten zich laten leiden door de internationale praktijk, met name het door de OESO opgestelde modelbelastingverdrag. [38] Uit artikel 23 van het modelverdrag inzake de belasting naar het inkomen en naar

32 — Arrest Gilly, reeds aangehaald (punten 24 en 30), en arrest van 12 december 2002, De Groot (C-385/00, Jurispr. blz. I-11819, punt 93), wat artikel 48 EG-Verdrag betreft (thans, na wijziging, artikel 39 EG). Arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 57), wat de artikelen 52 en 58 EG-Verdrag betreft, en arrest van 23 februari 2006, Van Hilten-van der Heijden (C-513/03, Jurispr. blz. I-1957, punt 47), wat het vrij verkeer van kapitaal betreft.

33 — Arresten Gilly, reeds aangehaald (punten 24-30); Saint-Gobain ZN, reeds aangehaald (punt 57); De Groot, reeds aangehaald (punt 93); van 3 oktober 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, Jurispr. blz. I-9461, punt 54); Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, reeds aangehaald (punt 52) (cursivering van mij).

34 — Reeds aangehaalde arresten Van Hilten-van der Heijden (punt 47), wat het vrij verkeer van kapitaal betreft, en N (punt 44) en Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (punt 52), wat de vrijheid van vestiging betreft.

35 — Arresten De Groot (punt 94) en FKP Scorpio Konzertproduktionen (punt 55).

36 — Arrest De Groot, reeds aangehaald (punten 93 en 94).

37 — Zie met name dienaangaande arrest Kerckhaert en Morres, reeds aangehaald (punt 24), met betrekking tot de toepasselijkheid van het vrij verkeer van kapitaal, waarin het Hof heeft beslist dat artikel 73 B, lid 1, van het Verdrag zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die in het kader van de inkomstenbelasting hetzelfde uniforme belastingtarief toepast op dividenden van aandelen van in deze lidstaat gevestigde vennootschappen en op dividenden van aandelen van in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen, en niet voorziet in de mogelijkheid om de in die andere lidstaat aan de bron geheven belasting te verrekenen.

38 — Zie reeds aangehaalde arresten Gilly (punten 30 en 31) en Saint-Gobain ZN (punt 57).

het vermogen vloeit voort dat de vrijstellingsmethode en de verrekeningsmethode als geldige mechanismen ter voorkoming of verlichting van dubbele belasting worden aangemerkt.

87. Het Hof heeft ook moeten oordelen in een aantal zaken waarin de belastingwetgevingen van de betrokken lidstaten een van deze methoden toepasten, zonder dat het zich heeft uitgesproken over de rechtmatigheid als zodanig daarvan of voor de keuze voor een van beide vanuit de optiek van het gemeenschapsrecht. [39]

88. Uit de in punt 84 van deze conclusie beschreven tweedeling volgt evenwel ook dat de lidstaten, los van het vastgestelde mechanisme ter voorkoming van dubbele belasting, de uit de verdragsbepalingen inzake de vrijheden van verkeer voortvloeiende eisen moeten naleven, omdat zij hun heffingsbevoegdheid niet aldus mogen uitoefenen dat zij situaties die objectief vergelijkbaar zijn verschillend behandelen.

89. Zo heeft het Hof aangegeven dat het gemeenschapsrecht zich er niet tegen verzet dat een lidstaat opeenvolgende belastingheffingen op door een ingezeten vennootschap ontvangen dividenden vermijdt door regels toe te passen die deze dividenden vrijstellen van belasting wanneer zij worden uitgekeerd door een ingezeten vennootschap, en tegelijk door een verrekeningsregeling vermijdt dat die dividenden opeenvolgende keren worden belast wanneer zij worden uitgekeerd door een niet-ingezeten vennootschap, voor zover de toepassing van het verrekeningsstelsel in een dergelijke situatie verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. [40]

90. Opdat deze toepassing verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, heeft het Hof gepreciseerd dat enerzijds de buitenlandse dividenden niet mochten worden onderworpen aan een hoger belastingtarief dan het tarief dat gold voor de binnenlandse dividenden, en anderzijds de lidstaat opeenvolgende belastingheffingen op buitenlandse dividenden moest vermijden door de belasting die de uitkerende niet-ingezeten vennootschap had betaald, te verrekenen met de belasting die de ontvangende ingezeten vennootschap moest betalen, binnen de grenzen van het laatstgenoemde bedrag. [41]

91. In die context heeft het Hof toegevoegd dat het enkele feit dat een verrekeningsregeling in vergelijking met een vrijstellingsregeling de belastingplichtigen extra administratieve lasten oplegt (aangezien moet worden aangetoond hoeveel belasting daadwerkelijk is betaald in de staat van vestiging van de uitkerende vennootschap), niet kan worden aangemerkt als een verschil in

39 — Zie met name arrest van 7 september 2004, Manninen (C-319/02, Jurispr. blz. I-7477).

40 — Arrest Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald (punten 48 en 49).

41 — Ibidem (punten 48-50).

behandeling dat indruist tegen de vrijheid van vestiging, daar de bijzondere administratieve lasten die worden opgelegd aan ingezeten vennootschappen die buitenlandse dividenden ontvangen, inherent zijn aan de werking van een stelsel van belastingkrediet. [42]

92. In de onderhavige zaak moet worden opgemerkt dat zowel in de situatie van de vennoten van Columbus als in die van de in Duitsland wonende vennoten van in Duitsland gevestigde personenvennootschappen de door de personenvennootschap gerealiseerde winsten rechtstreeks worden toegerekend aan de vennoten en als inkomsten van laatstgenoemde worden beschouwd. Voorts worden zij in hetzelfde belastingjaar en tegen hetzelfde tarief in Duitsland belast.

93. Bij toepassing van de verrekeningsmethode wordt met betrekking tot de in België geheven belasting over de door Columbus behaalde winst ten gunste van haar vennoten in Duitsland een belastingkrediet verleend dat overeenkomt met de belasting die zij in België heeft betaald. Terwijl vóór het litigieuze belastingjaar de toepassing van het tussen de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk België gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting de vennoten van Columbus een belastingvrijstelling in Duitsland garandeerde voor de door haar in België behaalde winst, leidt de vervanging van de vrijstellingsmethode door de verrekeningsmethode vanaf dat belastingjaar tot neutralisering van het belastingvoordeel dat deze vennoten eerst genoten ten opzichte van de vennoten van personenvennootschappen die allemaal in Duitsland woonden en die geen gebruik hadden gemaakt van de in het Verdrag voorziene vrijheid van vestiging.

94. Aldus kan bij de vergelijking van de situatie van de vennoten van Columbus met die van de vennoten van een in Duitsland gevestigde personenvennootschap de verrekening van de in België bij Columbus geheven belasting met de in Duitsland door haar vennoten te betalen inkomstenbelasting een gelijke behandeling garanderen van de belasting op de inkomsten zowel uit buitenlandse bron als uit Duitse bron.

95. Weliswaar geldt dit slechts onder de voorwaarde dat bij de vergelijking van de betrokken situaties uitsluitend de „inkomsten uit kapitaalinvesteringen" in de zin van § 8 AStG worden onderzocht. Voor de andere inkomsten geldt namelijk het beginsel van vrijstelling van de in het buitenland door de personenvennootschap gerealiseerde winsten, op grond van de bepalingen van het tussen de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk België gesloten belastingverdrag.

96. Een dergelijke vrijstelling van inkomsten die niet afkomstig zijn uit kapitaalinvesteringen stimuleert vermoedelijk de vestiging of investeringen in het buitenland ten

42 — Ibidem (punt 53).

opzichte van die in het binnenland. Maar het gebruik van verschillende methoden ter voorkoming van dubbele belasting afhankelijk van de aard van de betrokken inkomsten kan op zichzelf niet aan kritiek onderhevig zijn. Bij de huidige ontwikkelingsstand van het gemeenschapsrecht moeten de lidstaten mijns inziens, zoals zij bevoegd blijven voor de bepaling van de belastinggrondslag [43], ook ervoor kunnen kiezen verschillende methoden ter voorkoming van dubbele belasting naargelang van de aard van de inkomsten toe te passen, zolang zij de verdragsbepalingen inzake de vrijheden van verkeer maar eerbiedigen. Zoals gezegd, waarborgt in casu de verrekening van de over de winst van Columbus geheven belasting met de inkomstenbelasting van de in Duitsland wonende vennoten de gelijke behandeling met een vergelijkbare interne situatie.

97. Het is juist dat de verrekeningsmethode, anders dan de vrijstellingsmethode, extra administratieve lasten voor de vennoten van Columbus impliceert. Maar deze lasten zijn, zoals het Hof heeft aangegeven in de eerdergenoemde zaak Test Claimants in the FII Group Litigation, inherent aan de toepassing van dit mechanisme inzake het voorkomen van dubbele belasting.

98. In deze context lijkt de toepassing van de verrekeningsmethode in het hoofdgeding niet te leiden tot een verschil in behandeling tussen de vennoten van Columbus en de situatie van Duitse belastingplichtigen die vennoten zijn van een in Duitsland gevestigde personenvennootschap, die dezelfde soort inkomsten ontvangen en die geen gebruik hebben gemaakt van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging.

b) Vergelijking met betrekking tot het voorkomen van dubbele belasting van het vermogen (§ 20, lid 3, AStG)

99. Net als de inkomstenbelasting is de vermogensbelasting gebaseerd op de draagkracht van de belastingplichtige. De aanslag wordt vastgesteld op basis van het vermogen van de belastingplichtige op het tijdstip waarop de belasting verschuldigd is.

100. De vermogensbelasting onderscheidt zich evenwel van de inkomstenbelasting door het feit dat slechts bepaalde lidstaten deze belasting heffen. [44]

101. Zo hief het Koninkrijk België in het litigieuze belastingjaar in het hoofdgeding geen vermogensbelasting, ook niet over het

43 — Zie met name arrest Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald (punt 47).

44 — Ten tijde van de feiten in het hoofdgeding hieven alleen de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden een belasting over het vermogen van natuurlijke personen. Inmiddels hebben deze lidstaten, behalve Spanje, Frankrijk en Zweden, deze belasting afgeschaft.

vermogen van vaste inrichtingen, terwijl de Bondsrepubliek Duitsland voor de laatste keer vermogensbelasting heeft geheven over het totale vermogen van de Duitse belastingplichtigen, ongeacht de plaats waar dit zich bevond. [45]

102. Volgens het tussen de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk België gesloten belastingverdrag is het uit de activa van een vaste inrichting bestaande vermogen belastbaar in de staat waar deze inrichting is gelegen, terwijl de dubbele belasting van deze vermogensbestanddelen, wat het vermogen van Duitse belastingplichtigen betreft, wordt voorkomen door vrijstelling van de in Duitsland geheven vermogensbelasting. [46]

103. Daar het Koninkrijk België geen vermogensbelasting heft, was het vermogen van Columbus vóór het litigieuze belastingjaar dus volledig vrijgesteld van vermogensbelasting op grond van hetzelfde belastingverdrag.

104. Onder verwijzing naar § 20, lid 2, AStG wat de belasting op inkomsten uit kapitaalinvesteringen van de vennoten van Columbus betreft, vervangt lid 3 van deze paragraaf, ter voorkoming van dubbele belasting van de activa van een vaste inrichting waaruit inkomsten uit kapitaalinvesteringen bij de Duitse belastingplichtigen ontstaan, de methode inzake vrijstelling van de in het buitenland geheven belasting door de verrekeningsmethode. Dit mechanisme betrekt in de berekening van de vermogensbelasting van de Duitse vennoten van Columbus dus de vermogensbestanddelen daarvan die inkomsten uit kapitaalinvesteringen in de zin van het AStG doen ontstaan.

105. De vervanging, ter voorkoming van dubbele belasting, van de vrijstellingsmethode door de verrekeningsmethode heeft aldus in Duitsland bij het vermogen van de vennoten van Columbus geleid tot belasting van de activa van Columbus die inkomsten uit kapitaalinvesteringen in de zin van het AStG hebben doen ontstaan.

106. Net als bij mijn onderzoek inzake de inkomstenbelasting ben ik van mening dat de toepassing van de verrekeningsmethode in de betrokken situatie in het hoofdgeding niet tot een verschil in behandeling heeft geleid ten opzichte van een vergelijkbare situatie die zich uitsluitend op het nationale grondgebied heeft afgespeeld. In beide gevallen worden de vennoten van de vaste inrichting onderworpen aan dezelfde belasting op dezelfde grondslag en tegen hetzelfde tarief.

45 — Ten tijde van de feiten in het hoofdgeding bedroeg deze belasting voor natuurlijke personen 0,5 % van het belastbare vermogen inclusief het bedrijfsvermogen.

46 — Zie artikelen 22 en 23 van dat verdrag.

c) Tussenconclusie

107. Gelet op het voorgaande, lijkt een bepaling als die van § 20, leden 2 en 3, AStG geen belemmering van de vrijheid van vestiging te vormen, voor zover deze beoordeling zich beperkt tot de vergelijking tussen Duitse staatsburgers die gebruik hebben gemaakt van hun vrijheid van vestiging en degenen die daarop geen beroep hebben gedaan.

108. Zoals ik in de punten 67 tot en met 70 van deze conclusie reeds heb uiteengezet, lijkt het in het licht van het arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas ook noodzakelijk te onderzoeken of een belemmering van de vrijheid van vestiging niet voortvloeit uit een door § 20, leden 2 en 3, AStG ingevoerd verschil in behandeling tussen een situatie als die van de vennoten van Columbus en een andere grensoverschrijdende situatie, namelijk, nauwkeuriger gezegd, wanneer gebruikmaking van de vrijheid van vestiging plaatsvindt in een lidstaat met een hogere belasting dan die welke is voorzien in het AStG.

2. Vergelijking van de situatie van de vennoten van Columbus met een andere grensoverschrijdende situatie

109. Alvorens de gevolgen van dat arrest voor de onderhavige zaak te onderzoeken, is het nuttig eerst gedetailleerd te herinneren aan de beoordeling van het Hof met betrekking tot het bestaan van een belemmering van de vrijheid van vestiging waartoe de toepassing van de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's heeft geleid.

a) Het arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas

110. Ik breng in herinnering dat in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dit arrest, de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap Cadbury Schweppes onder meer een dochteronderneming in Ierland had opgericht, in het International Financial Services Centre (hierna: „IFSC") in Dublin, die ten tijde van het hoofdgeding werd belast tegen een tarief van 10 %. Deze dochteronderneming was opgericht met het enige doel de winsten uit de interne financiering van de Cadbury Schweppes-groep onder de belastingregeling voor het IFSC te laten vallen. De belastingautoriteiten van het Verenigd Koninkrijk hebben van Cadbury Schweppes een bedrag van meer dan 8 miljoen GBP gevorderd als vennootschapsbelasting over door haar dochteronderneming in Ierland behaalde winsten, op grond van de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's.

111. Deze wetgeving bevat een uitzondering op de algemene regel in het Verenigd Koninkrijk dat een binnenlandse vennootschap niet wordt belast over de winsten van een dochteronderneming op het ogenblik dat deze worden gemaakt. Nauwkeuriger gezegd wordt volgens de algemene regel in het Verenigd Koninkrijk een binnenlandse vennootschap die een dochteronderneming heeft opgericht, niet belast over de door laatstgenoemde gemaakte winsten, noch over de dividenden die door deze dochteronderneming aan haar worden uitgekeerd. Ook volgens de algemene regel wordt een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die een dochteronderneming opricht in een andere lidstaat wel belast over de door die dochteronderneming uitgekeerde dividenden, maar geniet zij een belastingkrediet ten belope van de belasting die deze dochtervennootschap heeft betaald op het ogenblik dat de winst in het buitenland werd gemaakt. In afwijking van deze zojuist beschreven algemene regel bepaalt de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's in beginsel dat een binnenlandse vennootschap wordt belast over de winsten behaald door haar dochteronderneming die is gevestigd in een andere lidstaat die een „lager belastingtarief" toepast, namelijk een belasting die minder bedraagt dan driekwart van het bedrag dat in het Verenigd Koninkrijk zou zijn betaald over de belastbare winst, zoals die in deze lidstaat voor de belastingheffing wordt berekend.

112. In het licht van deze omstandigheden heeft het Hof de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's als een belemmering van de vrijheid van vestiging aangemerkt.

113. In de punten 43 tot en met 45 van dit arrest heeft het Hof gewezen op de verschillende behandeling die bestond tussen een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die een GBV (dochteronderneming) in een andere lidstaat had opgericht waar deze in de zin van de wetgeving op de GBV's aan een lager belastingtarief was onderworpen, enerzijds, en een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die hetzij een dochteronderneming in deze staat controleerde, hetzij een gecontroleerde vennootschap had opgericht in een andere lidstaat waarin deze dochteronderneming niet tegen een lager tarief in de zin van de wetgeving op de GBV's werd belast, anderzijds. Terwijl in het eerste geval de door de GBV behaalde winsten werden toegerekend aan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap, die over die winsten werd belast, werd de binnenlandse vennootschap in de twee andere gevallen niet belast over de winsten van de gecontroleerde dochteronderneming, volgens de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de vennootschapsbelasting. Volgens het Hof schept deze verschillende behandeling een belastingnadeel voor de binnenlandse vennootschap waarop de wetgeving op de GBV's van toepassing is, omdat deze binnenlandse vennootschap op grond van deze wetgeving wordt belast over de winsten van een andere rechtspersoon, los van het feit dat deze vennootschap geen hogere belasting zou betalen dan die welke op de betrokken winsten zou worden geheven indien zij door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochteronderneming zouden zijn behaald.

114. Zoals gezegd, heeft de premisse waarop het Hof zich baseert voor de kwalificatie van de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's als een beperking van de vrijheid van vestiging, niet alleen betrekking op de toch zeer klassieke vergelijking van een grensoverschrijdende situatie met een interne situatie. Zij berust ook op de minder

bekende vergelijking tussen twee grensoverschrijdende situaties, waarbij de ingezeten vennootschap een gecontroleerde vennootschap heeft opgericht in een andere lidstaat dan het Verenigd Koninkrijk, waar een lagere of hogere belasting wordt geheven dan die welke in de Britse wetgeving op de GBV's is voorzien.

115. De reden van de invoering van dit tweede onderdeel van het vergelijkingscriterium (onderling vergeleken grensoverschrijdende situaties), die het arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas niet noemt, is waarschijnlijk gelegen in de conclusie van advocaat-generaal Léger in deze zaak.

116. In zijn conclusie heeft de advocaat-generaal uiteengezet dat hij, anders dan het Verenigd Koninkrijk, niet inzag waarom de situatie van Cadbury niet zou mogen worden vergeleken met die van binnenlandse vennootschappen die ook van hun vrijheid van vestiging gebruik hebben gemaakt door dochterondernemingen op te richten in lidstaten met een hogere belasting dan die welke is voorzien in de wetgeving op de GBV's in het Verenigd Koninkrijk. In dit verband heeft hij met name het argument afgewezen dat de ongelijkheid van de tarieven van de belasting op vennootschapswinsten in de lidstaten een objectief verschil in situatie vormde dat het door de wetgeving op de GBV's voorziene verschil in behandeling rechtvaardigde. Indien deze stelling zou worden aanvaard, zou dat volgens de advocaat-generaal erop neerkomen dat een lidstaat het recht heeft om, zonder inbreuk te maken op de verdragsregels, de andere lidstaten uit te kiezen waar haar nationale vennootschappen dochterondernemingen kunnen oprichten en aanspraak kunnen maken op de belastingregeling die daar van kracht is. Een dergelijke stelling zou duidelijk leiden tot een resultaat dat ingaat tegen het begrip gemeenschappelijke markt. Naar de mening van advocaat-generaal Léger was alleen al het verschil in behandeling naargelang het belastingtarief in de staat van vestiging voldoende reden om de door de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's voorziene regeling aan te merken als een belemmering van de vrijheid van vestiging. [47]

117. Het gevaar voor verbrokkeling van de gemeenschappelijke markt als gevolg van nationale bepalingen als die van de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's, lijkt het Hof aldus te hebben gebracht tot de aanvaarding van de objectieve vergelijkbaarheid van de situatie van een binnenlandse vennootschap die een dochteronderneming heeft opgericht in een lidstaat met een lagere belasting dan die welke in de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's is voorzien, enerzijds, en die van binnenlandse vennootschappen die een dochteronderneming hebben opgericht in een lidstaat met een hogere belasting dan die welke in de bovengenoemde wetgeving is voorzien, anderzijds. Het gaat immers in beide gevallen om een vennootschap die haar recht van vestiging in de lidstaat van haar keuze wil uitoefenen.

47 — Zie conclusie van 2 mei 2006 in de zaak Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (punten 78-83).

118. Deze oplossing kan mijns inziens op zichzelf niet worden gelaakt. Voorts is zij in overeenstemming met het bestaan van een interne markt die volgens artikel 3, lid 1, sub c, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, lid 1, sub c, EG) het optreden van de Gemeenschap kenmerkt. De benadering van het Hof levert evenwel twee soorten problemen op.

119. In de eerste plaats is het niet volkomen duidelijk of de twee onderdelen van het door het Hof gehanteerde vergelijkingscriterium in de eerdergenoemde zaak Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas alternatief of cumulatief worden toegepast. Met andere woorden, het is de vraag of een in de nationale wetgeving van de woonstaat van de belastingplichtige voorzien verschil in behandeling dat slechts toepasselijk is met betrekking tot twee grensoverschrijdende situaties, voldoende is om uit te gaan van het bestaan van een beperking van de vrijheid van vestiging. [48]

120. In het licht van de bovengenoemde conclusie van advocaat-generaal Léger en bij lezing van de punten 44 en 45 van het arrest van het Hof moet deze vraag mijns inziens bevestigend worden beantwoord.

48 — Een verschil in behandeling dat alleen toepasselijk zou zijn met betrekking tot een interne situatie en een grensoverschrijdende situatie, voor zover de betrokken situaties vergelijkbaar zijn, zou uiteraard in strijd zijn met de vrijheid van vestiging. Dit onderdeel van het alternatief levert geen speciaal probleem op.

121. Het feit dat het Hof in deze punten van het betrokken arrest het voegwoord „of" heeft gebruikt bij de beschrijving van de twee situaties aan de hand waarvan de positie van de binnenlandse vennootschap die onderworpen is aan de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's moest worden vergeleken, lijkt namelijk de analyse van de advocaat-generaal in zijn conclusie te bevestigen. Indien dat de door het Hof gewenste benadering is, zou zij binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging kunnen leiden tot situaties die op basis van de loutere vergelijking van een grensoverschrijdende situatie met een interne situatie van de woonstaat, niet onder de vrijheid van vestiging vallen of die vrijheid niet beperken.

122. In de tweede plaats, en daarmee samenhangend, gaat het om de vraag of, ervan uitgaande dat het loutere verschil in behandeling tussen twee grensoverschrijdende situaties, dat is ingevoerd door de woonstaat van de belastingplichtige, voldoende kan zijn om een belastingmaatregel aan te merken als een beperking van de vrijheid van vestiging, deze benadering kan worden uitgebreid tot een situatie die weliswaar gelijkenis vertoont met de feiten die ten grondslag liggen aan de zaak Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, maar daarvan in een aantal opzichten verschilt, met name wat de aard van de betrokken belastingmaatregel betreft, namelijk een maatregel ter voorkoming van dubbele belasting.

123. In casu gaat het nu juist om deze twee vragen.

124. Ik kom thans dus tot de consequenties die voor de onderhavige zaak kunnen worden getrokken uit de beoordeling van het Hof in de punten 43 en 45 van het arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas.

b) Vergelijking met betrekking tot het voorkomen van dubbele belasting van inkomsten (§ 20, lid 2, AStG)

125. Zoals gezegd, gaat de toepassing van de verrekeningsmethode in de zin van § 20, lid 2, AStG primair ervan uit dat de in het buitenland geheven belasting lager is dan het door het AStG vastgestelde niveau, namelijk een tarief van minder dan 30 % van de winst. In beginsel is § 20, lid 2, AStG dus niet van toepassing wanneer inkomsten uit kapitaalinvesteringen voortvloeien uit vaste inrichtingen van Duitse ingezetenen die zijn gevestigd in lidstaten met een belastingtarief van minstens 30 %. In dat geval is de vrijstelling van in het buitenland geheven belasting namelijk in beginsel van toepassing.

126. De Duitse regering stelt dat het verschil tussen de situatie van de vennoten van Columbus en de fiscale situatie van de vennoten van een vaste inrichting die is gevestigd in een lidstaat met een hogere belasting dan die welke door de Duitse belastingregeling is vastgesteld, uitsluitend voortvloeit uit het naast elkaar bestaan van de belastingregelingen van de lidstaten. Een dergelijk verschil kan als zodanig niet onder de verdragsbepalingen inzake de vrijheden van verkeer vallen.

127. Deze argumentatie is niet overtuigend.

128. De betrokken nadelige fiscale behandeling is namelijk niet louter het gevolg van de toepassing van verschillende fiscale regelingen van de lidstaten, maar vloeit voort uit de keuze in de Duitse fiscale regeling [49] om het mechanisme van de verrekening van de in het buitenland geheven belasting voor de betrokken inkomsten in te stellen wanneer deze belasting lager is dan het door het AStG vastgestelde tarief van 30 %.

129. Mijns inziens zou dit anders zijn indien de vervanging van de vrijstellingsmethode door de verrekeningsmethode, waartoe door de Bondsrepubliek Duitsland is besloten, zou worden toegepast ongeacht het tarief waartegen de betrokken inkomsten in Duitsland worden belast. In dat geval zou de eventueel nadelige fiscale behandeling als gevolg van de toepassing van deze methode op dezelfde inkomsten van Duitse belastingplichtigen uit in het buitenland gevestigde vaste inrichtin-

49 — Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald (punt 39).

gen hoofdzakelijk afhangen van het in elk van de lidstaten geheven tarief. Er zou dan sprake zijn van een nadelige behandeling op grond van het naast elkaar bestaan van verschillende fiscale regelingen van de lidstaten. Dat is in casu evenwel zeker niet het geval.

130. Het gaat derhalve om de vraag of deze nadelige behandeling op zich een bij artikel 52 EG-Verdrag verboden verschil in behandeling vormt.

131. Een van de — overigens door de Duitse wetgever verwachte — gevolgen van de toepassing van § 20, lid 2, AStG is onmiskenbaar neutralisering van de belastingvoordelen die zijn of worden verkregen door Duitse belastingplichtigen die zich hebben gevestigd of willen vestigen in lidstaten waarvan de belasting over inkomsten uit kapitaalinvesteringen van een personenvennootschap die een vaste inrichting in het buitenland is, lager is dan het in het AStG bepaalde tarief van 30 %.

132. Deze nationale maatregel zou in die zin, zoals de vertegenwoordigers van Columbus en van de Belgische regering ter terechtzitting hebben geopperd, net als die in de eerdergenoemde zaak Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, geacht kunnen worden tot verbrokkeling van de gemeenschappelijke markt te leiden, doordat Duitse staatsburgers worden aangezet zich alleen in lidstaten te vestigen met hetzelfde of een hoger belastingniveau dan het in de bepalingen van het AStG neergelegde tarief. Volgens deze redenering zouden Duitse staatsburgers dus door die maatregel ervan kunnen worden afgebracht om een vaste inrichting op te richten, te verwerven of te behouden in een lidstaat waar deze tegen een lager tarief dan 30 % wordt belast.

133. In dat opzicht zou het irrelevant zijn dat § 20, lid 2, AStG de vennoten van Columbus en de vennoten van een in Duitsland gevestigde personenvennootschap niet verschillend behandelt. Zoals ik heb aangegeven in de punten 120 en 121 van deze conclusie, kan het reeds aangehaalde arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas in het licht van de conclusie van advocaat-generaal Léger mijns inziens namelijk aldus worden uitgelegd dat de woonstaat de vrijheid van vestiging van zijn staatsburgers niet kan beperken tot een gedeelte van de gemeenschappelijke markt, ook niet wanneer die lidstaat nationale en grensoverschrijdende situaties niet verschillend behandelt. De „vertrek" staat (of, met andere woorden, de woonstaat), in casu de Bondsrepubliek Duitsland, dient dus te waarborgen, naast de eerbiediging van de gelijke behandeling van zijn staatsburgers naargelang zij al dan niet gebruik hebben gemaakt van hun vrijheid van vestiging, dat deze er niet van worden weerhouden zich te vestigen in de lidstaat van hun keuze, ook niet door toepassing van belastingmaatregelen.

134. De Duitse regering heeft een dergelijke redenering met name ter terechtzitting bestreden. Zij erkent weliswaar dat de betrokken belastingmaatregel een verschil in behandeling impliceert naargelang de Duitse staatsburgers zich willen vestigen in een lidstaat met een lagere of hogere belasting dan is voorzien in het AStG of daar willen investeren, maar stelt dat een dergelijk verschil niet wordt verboden door het Verdrag, omdat de betrokken situaties niet objectief vergelijkbaar zijn. Deze lidstaat verwijst dienaangaande met name naar het arrest D.[50], waarin het Hof de uitbreiding van bepalingen van bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting tot natuurlijke of rechtspersonen die niet binnen de werkingssfeer van die verdragen vallen, heeft afgewezen.

135. Op het eerste gezicht zou deze argumentatie kunnen worden verworpen met verwijzing naar het eerdergenoemde arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, waarin, zoals gezegd, is aanvaard dat de situatie van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij waarvan de dochtermaatschappij gevestigd is in een lidstaat met een lagere belasting dan die welke in de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's is voorzien, objectief vergelijkbaar is met die van een moedermaatschappij van die staat waarvan de dochtermaatschappij is gevestigd in een lidstaat met een hogere belasting dan die welke in die wetgeving is voorzien.

136. De redenering van de Duitse regering verdient evenwel nadere beschouwing.

137. Hoewel enigszins anders geformuleerd, lijkt dit argument namelijk te suggereren dat, indien de objectief vergelijkbare aard van twee grensoverschrijdende situaties zoals die welke in casu zijn besproken, zou worden erkend, dat ertoe zou leiden dat, wanneer een lidstaat de vrijstellingsmethode toepast krachtens een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, voor de belasting van inkomsten uit kapitaalinvesteringen van zijn staatsburgers die uit een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting afkomstig zijn, die lidstaat gedwongen zou zijn de toepassing van deze methode ter voorkoming van dubbele belasting uit te breiden tot zijn betrekkingen met alle andere lidstaten voor hetzelfde soort operaties.

138. Ik merk op dat het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld dat de werkingssfeer van een bilateraal belastingverdrag beperkt is tot de in dat verdrag genoemde natuurlijke of rechtspersonen[51], en daarbij heeft gepreciseerd dat het feit dat de wederkerige rechten en verplichtingen slechts gelden voor personen die ingezetenen zijn van een van de

50 — Arrest van 5 juli 2005 (C-376/03, Jurispr. blz. I-5821).

51 — Reeds aangehaalde arresten D. (punt 54) en Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (punt 84).

beide verdragsluitende lidstaten een inherent gevolg is van bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belastingen. [52]

139. Ondanks dit beginsel heeft het Hof ook erkend dat er situaties zijn waarin de voordelen van een belastingverdrag zich kunnen uitstrekken tot een ingezetene van een lidstaat die geen partij is bij dat verdrag.

140. Zo heeft het Hof geoordeeld dat in het geval van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen een lidstaat en een derde land, de lidstaat die partij is bij dat verdrag ingevolge het beginsel van de nationale behandeling verplicht is, de in het verdrag voorziene voordelen aan vaste inrichtingen van buitenlandse vennootschappen te verlenen onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor binnenlandse vennootschappen. [53] In een dergelijk geval wordt de buitenlandse belastingplichtige die in een lidstaat over een vaste inrichting beschikt, geacht in een situatie te verkeren die gelijkwaardig is aan die van een belastingplichtige die ingezetene van die staat is. [54]

141. De rechtspraak op dit punt is dus genuanceerder dan de Duitse regering suggereert.

142. In het reeds aangehaalde arrest Saint-Gobain ZN, dat betrekking had op belastingvoordelen bij de heffing van belasting over deelnemingen en dividenden, lijkt de schending van het gemeenschapsrecht voort te vloeien uit het feit dat de woonstaat het criterium van de zetel of de woonplaats verschillend had toegepast naargelang het ging om de vaststelling van de belastingplicht van ingezeten vennootschappen en van niet-ingezeten vennootschappen die hun activiteiten in die lidstaat uitoefenden via een vaste inrichting, dan wel of het ging om de verlening van de daarmee samenhangende belastingvoordelen, die uitsluitend aan laatstgenoemde werden geweigerd. Deze vennootschappen konden dus objectief worden vergeleken met die welke in de betrokken lidstaat waren gevestigd.

143. In de eerdergenoemde arresten D. en Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation heeft het Hof niet toegelaten dat de belastingvoordelen die aan niet-ingezeten natuurlijke en rechtspersonen zijn verleend door de bronstaat van de betrokken vermogensbestanddelen en inkomsten krachtens de bepalingen van met de woonstaat van deze personen gesloten verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, kunnen worden uitgebreid tot andere niet-ingezetenen, die belastingplichtig zijn in een lidstaat die geen partij is bij die verdragen. De situatie van deze niet-ingezetenen was namelijk niet objectief vergelijkbaar.

144. Indien deze lezing van de rechtspraak juist is, kan de Bondsrepubliek Duitsland mijns inziens niet op goede gronden stellen dat haar ingezetenen, die in beginsel worden

52 — Reeds aangehaalde arresten D. (punt 61) en Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (punt 91).

53 — Reeds aangehaalde arresten Saint-Gobain ZN (punt 59) en D. (punt 56).

54 — Arrest D. (punt 57).

belast over hun wereldinkomen in die lidstaat, zich in een objectief verschillende situatie bevinden naargelang zij inkomsten ontvangen die gerealiseerd zijn in een lidstaat met een lagere dan wel hogere belasting dan de in de bepalingen van het AStG voorziene belasting.

145. Ter terechtzitting heeft de Duitse regering, ondersteund door de Nederlandse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk, ten slotte aangevoerd dat de onderhavige zaak in diverse opzichten verschilt van het eerdergenoemde arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, hetgeen het Hof ertoe zou moeten brengen daarvan af te wijken. De vertegenwoordigers van deze regeringen hebben dienaangaande gewezen op de aard van de betrokken belastingmaatregel in de onderhavige zaak en op het feit dat het criterium in verband met de toerekening van de door de vaste inrichting behaalde winsten aan een andere rechtspersoon in casu niet is vervuld.

146. Wat het eerste punt betreft, beoogt de betrokken belastingmaatregel in casu, anders dan in de zaak Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, inderdaad dubbele belasting te voorkomen van de inkomsten uit kapitaalinvesteringen in de zin van het AStG die afkomstig zijn uit een grensoverschrijdende activiteit, door de vrijstellingsmethode die is voorzien in het tussen de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk België gesloten belastingverdrag, te vervangen door de verrekeningsmethode.

147. Men zou er dus van uit kunnen gaan dat de Bondsrepubliek Duitsland zowel in de situatie waarin de vaste inrichting zich bevindt in een lidstaat met een hogere belasting dan de Duitse, als in de situatie waarin zij zich, zoals in het hoofdgeding, bevindt in een lidstaat met een lagere belasting dan de Duitse, bij haar ingezetenen dubbele belasting van inkomsten uit kapitaalinvesteringen afkomstig uit in andere lidstaten gelegen vaste inrichtingen voorkomt. In die zin lijkt het doel van het voorkomen van dubbele belasting te zijn bereikt.

148. Vanuit de optiek van de Duitse belastingplichtige wordt deze evenwel ervan weerhouden zich te vestigen of zijn vestiging te behouden in een lidstaat met een lagere belasting dan die welke is voorzien in de bepalingen van het AStG. Gelet op de verbrokkeling van de interne markt als gevolg van de betrokken belastingmaatregel, welk gevolg de Duitse wetgever overigens heeft beoogd, kan die maatregel mijns inziens slechts als verenigbaar met de door het Verdrag gegarandeerde vrijheid van vestiging worden aangemerkt wanneer zij wordt gerechtvaardigd door een vereiste van algemeen belang.

149. Ook wat het tweede punt betreft ben ik van mening dat het door de Duitse regering genoemde verschil wegvalt in het licht van het meer fundamentele beginsel dat eist dat de lidstaten geen eenzijdige maatregelen

nemen met het oog op de splitsing van de interne markt, tenzij die maatregel wordt gerechtvaardigd door een doel van algemeen belang.

150. Derhalve kan een nationale maatregel als § 20, lid 2, AStG mijns inziens een belemmering vormen van de door het Verdrag voorziene vrijheid van vestiging.

c) Vergelijking met betrekking tot het voorkomen van dubbele belasting van het vermogen (§ 20, lid 3, AStG)

151. Een soortgelijke beoordeling is mijns inziens geboden wat de vermogensbelasting betreft.

152. Overigens zou men kunnen aanvoeren dat in dat geval de afschrikkende werking nog sterker is dan in het kader van de toepassing van § 20, lid 2, AStG.

153. Ik breng in herinnering dat in een situatie als die in het hoofdgeding, waarin het Koninkrijk België geen vermogensbelasting heft, de verrekeningsmethode er slechts toe leidt dat de Bondsrepubliek Duitsland haar eigen vermogensbelasting kan heffen, aangezien er geen sprake is van een buitenlandse belasting waarmee de Duitse belasting kan worden verrekend.

154. In een situatie waarin de vaste inrichting is gelegen in een lidstaat die een hogere belasting kent dan die welke is voorzien in het AStG, maar die geen vermogensbelasting heft, zullen de Duitse vennoten evenwel in beginsel geen vermogensbelasting in Duitsland hoeven te betalen, op grond van de toepassing van de vrijstellingsmethode.

155. Daaruit volgt mijns inziens dat § 20, lid 3, AStG, door vergelijkbare situaties verschillend te behandelen, eveneens de uitoefening van de in het Verdrag voorziene vrijheid van vestiging beperkt.

3. Conclusie met betrekking tot het bestaan van een belemmering van de vrijheid van vestiging

156. Gelet op het voorgaande, ben ik van mening dat een nationale bepaling als die van § 20, leden 2 en 3, AStG een belemmering van de in het Verdrag voorziene vrijheid van vestiging vormt, omdat zij de staatsburgers van een lidstaat ervan kan weerhouden zich vrij te vestigen in een andere lidstaat van hun keuze.

157. In deze omstandigheden moet worden onderzocht of een dergelijke belemmering kan worden gerechtvaardigd.

D — *Rechtvaardigingen van de belemmering van de vrijheid van vestiging*

158. Volgens de rechtspraak is een beperking van de vrijheid van vestiging toelaatbaar wanneer zij gerechtvaardigd is uit hoofde van de in artikel 56 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 46 EG) genoemde redenen of uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Hoe dan ook moet deze beperking geschikt zijn om het nagestreefde legitieme doel te verwezenlijken en mag zij niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. [55]

159. Voor de verwijzende rechter heeft het Finanzamt Bielefeld-Innenstadt aangevoerd dat § 20, leden 2 en 3, AStG gerechtvaardigd wordt door de bestrijding van schadelijke belastingconcurrentie, door de bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies en door het behoud van de samenhang van het belastingstelsel. Deze drie rechtvaardigingsgronden zijn door de Duitse regering herhaald in haar bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen.

160. De Nederlandse regering en de Commissie sluiten zich in wezen aan bij de opmerkingen van de Duitse regering, met dien verstande dat naar hun mening de bepalingen van § 20, leden 2 en 3, AStG enkel gerechtvaardigd worden door het streven naar bestrijding van kunstmatige constructies die bedoeld zijn om te ontsnappen aan de toepassing van de Duitse belastingwetgeving. De Portugese regering is harerzijds van mening dat deze paragraaf het behoud van de samenhang van het Duitse belastingstelsel beoogt.

161. Volgens Columbus en de Belgische regering kunnen de betrokken nationale regels daarentegen door geen van de voor de verwijzende rechter en het Hof aangevoerde redenen worden gerechtvaardigd.

162. De drie door de Duitse autoriteiten aangevoerde rechtvaardigingsgronden moeten achtereenvolgens worden onderzocht.

1. De bestrijding van schadelijke belastingconcurrentie

163. De Bondsrepubliek Duitsland brengt enerzijds in herinnering dat de Belgische

55 — Zie in die zin arresten van 30 september 2003, Inspire Art (C-167/01, Jurispr. blz. I-10155, punten 107, 132 en 133); De Lasteyrie du Saillant, reeds aangehaald (punt 49); Marks & Spencer, reeds aangehaald (punt 35), en Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald (punt 47).

regeling voor coördinatiecentra in een resolutie van de Raad en de vertegenwoordigers van de regeringen der lidstaten, in het kader van de Raad bijeen [56], een maatregel die schadelijke belastingconcurrentie veroorzaakt wordt genoemd, en anderzijds dat de Commissie een formele onderzoekprocedure met betrekking tot deze regeling heeft ingeleid, om te kunnen vaststellen of deze regeling staatssteunelementen bevat. Deze lidstaat is evenwel van mening dat § 20, leden 2 en 3, AStG, los van deze initiatieven, hem in het kader van zijn recht op „zelfverdediging" in staat moet stellen de door deze regeling geschapen buitengewone belastingvoordelen te compenseren door via de verrekeningsmethode de belastingdruk van de vennoten van Columbus weer op het Duitse belastingniveau te brengen.

164. Zo geformuleerd lijkt het door Duitsland genoemde doel samen te vallen met een vermeend recht op compensatie van een in een andere lidstaat verkregen belastingvoordeel door toepassing van een nadelige fiscale behandeling.

165. Een dergelijk doel kan echter niet worden aanvaard ter rechtvaardiging van een beperking van de vrijheid van vestiging, zoals blijkt uit de rechtspraak. [57]

166. Zoals advocaat-generaal Léger in zijn conclusie in de eerdergenoemde zaak Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas zeer terecht heeft opgemerkt, moet bij gebreke van harmonisatie in de Gemeenschap worden toegegeven dat de mogelijkheid bestaat dat de belastingregelingen van de verschillende lidstaten met elkaar gaan concurreren. [58] Het valt te betreuren dat deze concurrentie zonder enige beperking lijkt plaats te vinden. Zoals ook wordt erkend in de preambule van de door Duitsland genoemde resolutie van de Raad, vraagt dit probleem evenwel om een politiek antwoord en is het dus niet van invloed op de rechten en verplichtingen van de lidstaten krachtens het Verdrag.

167. Overigens ben ik ook van mening dat het feit dat de betrokken belastingregeling als met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun kan worden aangemerkt [59], waarop de Commissie krachtens het Verdrag moet toezien, een lidstaat niet het recht geeft eenzijdige maatregelen te treffen ter bestrijding van de gevolgen ervan, waarbij inbreuk wordt gemaakt op een van de in het Verdrag voorziene fundamentele vrijheden. [60]

56 — Resolutie van 1 december 1997 betreffende een gedragscode inzake de belastingregeling voor ondernemingen (PB 1998, C 2, blz. 2).

57 — Zie met name reeds aangehaalde arresten De Groot (punt 97) en Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (punt 49 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

58 — Punt 55 van de conclusie.

59 — Ik breng in herinnering dat deze regeling inderdaad staatssteun inhoudt, zoals het Hof heeft geoordeeld in het arrest België en Forum 187/Commissie, reeds aangehaald.

60 — Zie in die zin punt 58 van de reeds aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas.

168. Daarom kan de bestrijding van schadelijke belastingconcurrentie mijns inziens op zichzelf de beperking van de vrijheid van vestiging in de onderhavige zaak niet rechtvaardigen.

2. De bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies

169. De Bondsrepubliek Duitsland stelt ook dat de bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies ten grondslag ligt aan de vaststelling van § 20, leden 2 en 3, AStG door de Duitse wetgever. Een dergelijke rechtvaardiging is volgens haar erkend door de rechtspraak van het Hof. Zij voert evenwel aan dat deze rechtspraak te restrictief is en zij stelt voor dat het Hof het recht van de lidstaten om kunstmatige constructies te bestrijden verruimt door hen te laten eisen dat vaste inrichtingen die in een andere lidstaat zijn opgericht om daar te profiteren van belastingvoordelen, doeltreffend en duurzaam worden geïntegreerd in het economisch leven van die lidstaat. Volgens de Bondsrepubliek Duitsland is in het geval van de Belgische coördinatiecentra, zoals in het hoofdgeding, geen sprake van een dergelijke integratie.

170. Zoals de Bondsrepubliek Duitsland stelt, heeft het Hof herhaaldelijk erkend dat een belastingmaatregel die de uitoefening van een door het Verdrag gegarandeerde fundamentele vrijheid beperkt, kan worden gerechtvaardigd indien die maatregel specifiek tot doel heeft volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om aan de wetgeving van de betrokken lidstaat te ontsnappen, van een belastingvoordeel uit te sluiten. [61]

171. In het eerdergenoemde arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas heeft het Hof de beoordeling van het bestaan van dergelijke constructies op een aantal punten nader gepreciseerd, met name om de nationale rechter in staat te stellen de evenredigheid te toetsen van de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's.

172. Zo volgt uit dat arrest dat de vaststelling van het bestaan van volstrekt kunstmatige constructies naast een subjectief element, namelijk de wil om een belastingvoordeel te verkrijgen, vereist dat uit objectieve en door derden controleerbare elementen, die onder meer verband houden met de mate van fysiek bestaan van de GBV in termen van lokalen, personeel en uitrusting, blijkt dat ondanks het feit dat formeel aan de voorwaarden van het gemeenschapsrecht wordt voldaan, de doelstelling van integratie in het economisch leven van de ontvangende lidstaat, dat door de vrijheid van vestiging wordt nagestreefd, niet is bereikt. [62]

61 — Arresten ICI, reeds aangehaald (punt 26); X en Y, reeds aangehaald (punt 61); van 12 december 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, Jurispr. blz. I-11779, punt 37); De Lasteyrie du Saillant, reeds aangehaald (punt 50); Marks & Spencer, reeds aangehaald (punt 57), en Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald (punt 51).

62 — Arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald (punten 64, 53-55 en 67).

173. Het Hof heeft daaruit geconcludeerd dat de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's enkel verenigbaar is met het gemeenschapsrecht indien de toepassing van de door die wetgeving voorziene belasting wordt uitgesloten wanneer de oprichting van een GBV, ongeacht het bestaan van een fiscaal ingegeven motivering, verband houdt met een economische realiteit, namelijk een werkelijke vestiging die de uitoefening van daadwerkelijke economische activiteiten in de lidstaat van ontvangst tot doel heeft. [63]

174. Het heeft eraan toegevoegd dat het aan de verwijzende rechter stond om na te gaan of een van de elementen van de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de GBV's, dat de binnenlandse vennootschap in staat stelde in wezen aan te tonen dat de GBV niet uitsluitend of hoofdzakelijk was opgericht om de normaliter in het Verenigd Koninkrijk verschuldigde belasting te ontwijken („motive test"), aldus kon worden uitgelegd dat de toepassing van de belasting waarin deze wetgeving voorzag kon worden beperkt tot volstrekt kunstmatige constructies, wat ertoe zou leiden dat de wetgeving op de GBV's als verenigbaar met de vrijheid van vestiging moest worden aangemerkt. [64]

175. Uit deze laatste precisering volgt dat het Hof niet bereid lijkt een wettelijke regeling van een lidstaat toe te laten die elke beweerdelijk kunstmatige constructie categorisch en generiek uitsluit van een belastingvoordeel, zonder de nationale gerechten de mogelijkheid te bieden dit van geval tot geval te onderzoeken, daarbij rekening houdend met de bijzonderheden van het geval, met name op basis van de door de betrokken belastingplichtige verstrekte gegevens. [65]

176. In de onderhavige zaak staat mijns inziens niets eraan in de weg dat het Hof zijn in het reeds aangehaalde arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas uiteengezette oordeel inzake de toetsing van de evenredigheid van de Britse belastingmaatregel herhaalt, waarbij er in casu geen twijfel aan bestaat — geen van de partijen die opmerkingen bij het Hof hebben ingediend, heeft overigens het tegendeel beweerd — dat de vervanging van de vrijstellingsmethode door de in § 20, leden 2 en 3, AStG voorziene verrekeningsmethode geschikt is om het door de Bondsrepubliek Duitsland nagestreefde doel te bereiken.

177. Wat derhalve de evenredigheid van de betrokken maatregel betreft, die primair door de verwijzende rechter moet worden onderzocht, acht ik het nuttig de volgende opmerkingen te maken.

178. Hoewel de aard van de betrokken nationale maatregel, namelijk de vervanging van een methode ter voorkoming van

63 — Ibidem (punten 65 en 66).

64 — Ibidem (punten 62, 72 en 73).

65 — Zie in die zin arrest X en Y, reeds aangehaald (punt 43).

dubbele belasting door een andere, nadeligere, de vrijheid van vestiging minder aantast dan de onderwerping aan een aanvullende belasting, staat het AStG, wanneer is voldaan aan al de algemene toepassingsvoorwaarden ervan waarnaar § 20, leden 2 en 3, AStG verwijst, waarschijnlijk geen toetsing van geval tot geval toe om na te gaan of in elk afzonderlijk geval deze bepaling kan worden uitgesloten op grond van het bestaan van een werkelijke vestiging van een vaste inrichting in de betrokken lidstaat van ontvangst. Wat dat betreft lijkt § 20, leden 2 en 3, AStG te berusten op een onweerlegbaar vermoeden dat er sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie wanneer aan de in deze bepaling genoemde voorwaarden is voldaan. Een dergelijke benadering nu is mijns inziens onevenredig aan de beoogde doelstelling, gelet op de hierboven in de punten 174 en 175 van deze conclusie uiteengezette overwegingen.

179. Zou de verwijzende rechter evenwel over voldoende speelruimte beschikken om op basis van met name andere bepalingen van het Duitse belastingrecht te beoordelen of er sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie in het hoofdgeding, dan zou hij moeten nagaan of er een reële vestiging van Columbus in België bestaat die beoogt daadwerkelijke economische activiteiten in die lidstaat uit te oefenen, zich daarbij baserend op objectieve en controleerbare elementen die onder meer verband houden met de mate van fysiek bestaan van Columbus in termen van lokalen, personeel en uitrusting. Enkel wanneer dit niet het geval is, kan de betrokken nationale maatregel, zoals die in casu is toegepast, worden gerechtvaardigd door het doel van bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies.

180. Met het oog op het (eventuele) onderzoek van deze objectieve elementen door de verwijzende rechter, ben ik van mening dat deze met name zal moeten nagaan of Columbus in het litigieuze belastingjaar bleef voldoen aan alle voorwaarden die van toepassing zijn op coördinatiecentra krachtens het bovengenoemde koninklijk besluit nr. 187 van 30 december 1982, met name in termen van eisen aan het werkgelegenheidsniveau in België. [66]

181. Anders dan de Duitse regering suggereert, denk ik overigens niet dat het feit dat een inrichting als Columbus zich bezighoudt met het bezit en het beheer van kapitaal en in voorkomend geval investeert in andere lidstaten, doorslaggevend kan zijn voor de vaststelling van het bestaan van een volstrekt kunstmatige constructie, in die zin dat die inrichting geen daadwerkelijke economische activiteiten uitoefent in de lidstaat van ontvangst.

182. Niet alleen zijn financiële activiteiten namelijk niet a priori uitgesloten van de vrijheden van verkeer, maar ook kan niet

66 — De coördinatiecentra moeten in België ten minste tien personen voor een periode van twee jaar voltijds te werk stellen.

volledig worden uitgesloten dat de kapitaalinvesteringen van een onderneming als Columbus ten gunste van haar vennoten worden gerealiseerd in de lidstaat van ontvangst of, op zijn minst, via in België gevestigde tussenpersonen of banken.

183. Dergelijke omstandigheden, samen met een daadwerkelijke fysieke vestiging in de lidstaat van ontvangst, zijn mijns inziens voldoende om het bestaan van een volstrekt kunstmatige constructie uit te sluiten.

184. Hoe dan ook staat het aan de verwijzende rechter om alle onderzoeken te verrichten die nodig zijn om vast te stellen of Columbus over een werkelijke vestiging beschikte in de zin van de rechtspraak van het Hof, in welk geval hij kan concluderen dat in het hoofdgeding de toepassing van § 20, leden 2 en 3, AStG niet gerechtvaardigd is ter bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies.

3. Het behoud van de samenhang van het belastingstelsel

185. De Bondsrepubliek Duitsland verdedigt § 20, leden 2 en 3, AStG ook met het argument dat de samenhang van haar belastingstelsel behouden moet blijven. Volgens haar garandeert deze bepaling de belasting van het wereldinkomen (en -vermogen) van de Duitse belastingplichtigen wat de kapitaalinvesteringen of de neutraliteit van de uitvoer van kapitaal betreft; het gaat hier om een principiële beslissing van de Duitse wetgever overeenkomstig zijn fiscale soevereiniteit.

186. Sinds de arresten Bachmann [67] en Commissie/België [68] heeft het Hof in beginsel aanvaard dat het behoud van de samenhang van het belastingstelsel een doelstelling is die de lidstaten kunnen inroepen om beperkingen van de verkeersvrijheden van het Verdrag te rechtvaardigen.

187. Terwijl als gevolg van deze twee arresten de rechtvaardiging met de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen, behoort tot de dwingende eisen van algemeen belang die op het gebied van de directe belastingen het vaakst door de lidstaten worden ingeroepen, is ook bekend dat het Hof deze rechtvaardiging met name steeds heeft afgewezen met het argument dat, anders dan in de situatie die ten grondslag lag aan de twee bovengenoemde arresten, op basis van de betrokken belastingregels een rechtstreeks verband tussen de toekenning van een belastingvoordeel en de

67 — Arrest van 28 januari 1992 (C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punten 21-23).

68 — Arrest van 28 januari 1992 (C-300/90, Jurispr. blz. I-305, punten 14-16).

compensatie daarvan door een bepaalde belastingheffing [69], dat in beginsel eist dat de aftrek en de heffing in het kader van dezelfde belasting bij dezelfde belastingplichtige plaatsvinden, niet kon worden vastgesteld. [70]

188. Werd deze rechtspraak zeer strikt toegepast, dan zou dit in de onderhavige zaak tot afwijzing van de rechtvaardiging op grond van de samenhang van het belastingstelsel leiden, omdat het aan Columbus toegekende belastingvoordeel en de toepassing van de verrekeningsmethode in het kader van afzonderlijke belastingen en verschillende belastingstelsels plaatsvinden.

189. In het eerdergenoemde arrest Manninen lijkt het Hof de strikte uitlegging van het begrip samenhang van het belastingstelsel op basis van de tot dan toe in de rechtspraak gehanteerde criteria van dezelfde belasting en dezelfde belastingplichtige evenwel te hebben afgezwakt, door overeenkomstig het voorstel van advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in deze zaak te aanvaarden dat een lidstaat zich kan beroepen op de eis van het behoud van de samenhang van het belastingstelsel, ook wanneer aan de twee bovengenoemde criteria in dat geval niet was voldaan. [71]

190. Het begrip samenhang van het belastingstelsel is als „wat vaag" [72] en zelfs „mysterieus" [73] beschreven. De lidstaten hebben zich daarop vaak zonder onderscheid samen met andere soorten rechtvaardigingen beroepen, die dikwijls zijn erkend als dwingende eisen in de zin van de rechtspraak, zoals de doeltreffendheid van de belastingcontroles, de bestrijding van belastingontwijking en belastingontduiking, en zelfs de derving van belastinginkomsten, die evenwel niet tot deze eisen behoort. [74] In casu lijkt de Bondsrepubliek Duitsland dit begrip gelijk te stellen met het territorialiteitsbeginsel, dat in het internationaal fiscaal recht is vastgelegd en ook door het Hof is erkend als mogelijke rechtvaardiging van een beperking van een van de verkeersvrijheden. [75]

191. Zoals advocaat-generaal Poiares Maduro in zijn conclusie in de zaak Marks & Spencer heeft gepreciseerd [76], heeft het begrip samenhang van het belastingstelsel als

69 — Arresten ICI, reeds aangehaald (punt 29); Baars, reeds aangehaald (punt 40); De Groot, reeds aangehaald (punt 109); van 18 september 2003, Bosal (C-168/01, Jurispr. blz. I-9409, punt 31); 15 juli 2004, Weidert en Paulus (C-242/03, Jurispr. blz. I-7379, punt 22); 10 maart 2005, Laboratoires Fournier (C-39/04, Jurispr. blz. I-2057, punt 21), en 26 oktober 2006, Commissie/Portugal (C-345/05, Jurispr. blz. I-10633, punt 29).

70 — Zie met name arresten Baars, reeds aangehaald (punt 40); van 6 juni 2000, Verkooijen (C-35/98, Jurispr. blz.I-4071, punten 57 en 58); Bosal, reeds aangehaald (punten 29 en 30); van 15 juli 2004, Lenz (C-315/02, Jurispr. blz. I-7063, punt 36); Manninen, reeds aangehaald (punt 42), en van 14 september 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Jurispr. blz. I-8203, punt 54).

71 — Punten 45 en 46 van het arrest en met name punten 54-57 van de conclusie.

72 — Punt 51 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Manninen, reeds aangehaald.

73 — Vanistendael, F., „Cohesion: The Phoenix rises from his ashes", *EC Tax Review*, 2005, blz. 211.

74 — Zie dienaangaande met name reeds aangehaalde arresten Verkooijen (punt 59); X en Y (punt 50); Lenz (punt 40), en Marks & Spencer (punt 44).

75 — Zie arresten van 15 mei 1997, Futura Participations en Singer (C-250/92, Jurispr. blz. I-2471, punt 22); Bosal, reeds aangehaald (punt 37); Manninen, reeds aangehaald (punt 38), en Marks & Spencer, reeds aangehaald (punt 39).

76 — Punten 66 en 67.

functie de bescherming van de integriteit van de nationale fiscale regelingen, mits het de integratie van deze stelsels in het kader van de interne markt niet belemmert. In die zin beoogt het een „subtiel evenwicht" te waarborgen, dat wordt vertaald met een regel van „dubbele neutraliteit", namelijk enerzijds de door artikel 52 EG-Verdrag van de lidstaten verlangde fiscale neutraliteit met betrekking tot de vestiging van ondernemingen in de Gemeenschap, en anderzijds de neutraliteit die de uitoefening van de vrijheid van vestiging moet verzekeren met betrekking tot de door de lidstaten vastgestelde fiscale regelingen, zodat de gemeenschapsburgers geen gebruik maken van de communautaire bepalingen om hieruit voordelen te behalen die geen verband houden met die uitoefening.

192. Zo gezien zou dus kunnen worden gesuggereerd dat het begrip samenhang van het belastingstelsel samenvalt met misbruik van recht of met de eis van bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies. Indien dat het geval zou zijn, zou in casu kunnen worden volstaan met te verwijzen naar de overwegingen met betrekking tot die rechtvaardigingsgrond in deze conclusie.

193. Gezien de bijna systematische afwijzing van het argument inzake het behoud van de samenhang van het belastingstelsel, ook in de ruimere uitlegging die in het eerdergenoemde arrest Manninen is gegeven, en gezien de problemen met de exacte afbakening van dit begrip ten opzichte van de andere door de lidstaten aangevoerde rechtvaardigingsgronden [77], rijst de vraag of het wel een echt bruikbaar argument is.

194. Deze vraag is zonder twijfel te verklaren door de situaties waarin het Hof die rechtvaardiging moest beoordelen. In zaken waarin het argument inzake de noodzaak van de samenhang van het belastingstelsel het meest serieus werd aangevoerd, ging het om nationale regelingen waarin op een of andere manier sprake was van een verschillende behandeling van een interne situatie en een grensoverschrijdende situatie waarin de betrokken belastingplichtigen gebruik hadden gemaakt van een van de vrijheden van verkeer. Uiteindelijk werd in deze regelingen geweigerd een fiscale behandeling in de vorm van een belastingvoordeel, dat was voorbehouden aan op het nationale grondgebied verrichte soortgelijke operaties, uit te breiden tot een in de Gemeenschap verrichte operatie. [78] Zo stelde de Finse regeling in de eerdergenoemde zaak Manninen de toekenning van een belastingkrediet aan in Finland woonachtige aandeelhouders die in die lidstaat onbeperkt belastingplichtig waren, afhankelijk van de voorwaarde dat de dividenden werden uitgekeerd door in Finland gevestigde vennootschappen die in dezelfde lidstaat vennootschapsbelasting moesten betalen. Het Hof heeft de evenredigheid onderzocht van de betrokken belastingmaat-

77 — Ik merk nog op dat het Hof in het arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, bij het onderzoek van de eventuele rechtvaardiging van de Britse wettelijke regeling die de groepsaftrek beperkte tot het verlies van de ingezeten vennootschappen, zich niet heeft gebaseerd op het behoud van de samenhang van het nationale belastingstelsel, maar op een bundel van drie cumulatieve gronden, namelijk ten eerste het behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, ten tweede het gevaar van een dubbele verrekening van het verlies, en ten slotte het gevaar van belastingontwijking.

78 — Zie met name de feiten die ten grondslag liggen aan de reeds genoemde arresten Verkooijen, Bosal, Lenz en Manninen, evenals het arrest van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727).

regel, waarmee dubbele belasting van aan de vennootschappen uitgekeerde winsten moest worden voorkomen, en geoordeeld dat de uitbreiding van het belastingkrediet tot de Finse aandeelhouders van een in Zweden gevestigde vennootschap, berekend op basis van de vennootschapsbelasting die deze vennootschap in laatstgenoemde lidstaat verschuldigd was, de samenhang van het Finse belastingstelsel niet zou aantasten en minder restrictief zou zijn voor het vrije kapitaalverkeer. [79]

195. Zoals gezegd, voert de betrokken belastingmaatregel in casu geen verschil in tussen de fiscale behandeling van de vennoten van Columbus die in Duitsland onbeperkt belastingplichtig zijn en die gebruik hebben gemaakt van de vrijheid van vestiging, en die van de vennoten van een in Duitsland gelegen vaste inrichting. Daarentegen behandelt hij grensoverschrijdende situaties anders, afhankelijk van het feit of de lidstaat waar de vaste inrichting van de Duitse vennoten is gelegen een lager of hoger belastingniveau toepast dan het door het AStG voorziene tarief. Deze maatregel houdt de weigering in om ter voorkoming van dubbele belasting vrijstelling te verlenen van inkomsten- en vermogensbelasting in Duitsland voor inkomsten uit kapitaalinvesteringen in een vaste inrichting die gelegen is in een lidstaat met een lagere belasting dan het door het AStG vastgestelde tarief, door daarop, eveneens ter voorkoming van dubbele belasting, de methode van verrekening van de in het buitenland geheven belasting toe te passen.

196. Zelfs wanneer men in zijn algemeenheid erkent dat in een situatie waarin een methode ter voorkoming van dubbele belasting eenzijdig wordt vervangen door een andere, een doelstelling van behoud van de samenhang van het belastingstelsel kan bestaan, vraag ik me in de onderhavige zaak toch af, zoals reeds is op te maken uit het voorgaande, of deze rechtvaardigingsgrond de werkelijke doelstelling is die de Duitse autoriteiten met de vaststelling van de betrokken belastingmaatregel beogen. Zoals gezegd, lijkt deze maatregel in wezen ingegeven te zijn door de wens belastingontwijking in de vorm van volstrekt kunstmatige constructies te bestrijden, of zelfs het territorialiteitsbeginsel te handhaven.

197. Als het om de verdediging van dit beginsel gaat, waarop de Bondsrepubliek Duitsland zich beroept, is het mijns inziens in het bijzonder onsamenhangend en nauwelijks verenigbaar met dit beginsel om vermogensbelasting te heffen over het vermogen afkomstig uit een vaste inrichting die gelegen is in een andere lidstaat die deze belasting niet heft en waarvan de inkomstenbelasting lager is dan de in Duitsland toepaste belasting, en deze vermogensbelasting niet te heffen wanneer het vermogen afkomstig is uit een inrichting die gelegen is in een lidstaat met een hoger belastingniveau dan Duitsland, terwijl die andere lidstaat eveneens geen vermogensbelasting heft.

79 — Arrest Manninen, reeds aangehaald, punt 46.

198. In deze omstandigheden kan de betrokken belastingmaatregel mijns inziens niet worden gerechtvaardigd door de zorg om het behoud van de samenhang van het Duitse belastingstelsel, zoals deze rechtvaardigingsgrond door de Bondsrepubliek Duitsland wordt aangevoerd en uitgelegd.

199. Concluderend ben ik van mening dat artikel 52 EG-Verdrag aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een belastingregeling van een lidstaat die, ter voorkoming van dubbele belasting, de vrijstellingsmethode vervangt door de verrekeningsmethode voor de belasting van de inkomsten en het vermogen van ingezetenen van die staat die afkomstig zijn uit kapitaalinvesteringen in een door die ingezetenen opgerichte vaste inrichting die gelegen is in een andere lidstaat waarvan het belastingniveau lager is dan het niveau dat is voorzien door de nationale belastingregeling van eerstgenoemde lidstaat, tenzij die regeling wordt gerechtvaardigd door het vereiste van bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies die beogen de nationale regeling te omzeilen. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of de toepassing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale belastingregeling om die reden kan worden gerechtvaardigd.

200. Ik voeg hieraan toe dat dezelfde conclusie geboden is, indien de onderhavige zaak in het licht van artikel 73 B EG-Verdrag zou moeten worden beoordeeld.

VI — Conclusie

201. Gelet op het bovenstaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Finanzgericht Münster als volgt te beantwoorden:

„De artikelen 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) en 73 B EG-Verdrag (thans artikel 56 EG) moeten aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een

belastingregeling van een lidstaat die, ter voorkoming van dubbele belasting, de vrijstellingsmethode vervangt door de verrekeningsmethode voor de belasting van de inkomsten en het vermogen van ingezetenen van die staat die afkomstig zijn uit kapitaalinvesteringen in een door die ingezetenen opgerichte vaste inrichting die gelegen is in een andere lidstaat waarvan het belastingniveau lager is dan het niveau dat is voorzien door de nationale belastingregeling van eerstgenoemde lidstaat, tenzij die regeling wordt gerechtvaardigd door het vereiste van bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies die beogen de nationale regeling te omzeilen. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of de toepassing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale belastingregeling om die reden kan worden gerechtvaardigd."