CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. MENGOZZI van 7 juni 2007 [1]

1. Met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing vraagt het Gerechtshof te Amsterdam (Nederland) het Hof in wezen te preciseren of een nationale wettelijke regeling als de Nederlandse, die dividenduitkeringen door in Nederland gevestigde vennootschappen aan vennootschappen die in Nederland zijn gevestigd of aldaar een vaste inrichting hebben, vrijstelt van bronbelasting, terwijl zij dividenduitkeringen aan niet-ingezeten vennootschappen wel aan een dergelijke belasting onderwerpt, in strijd is met de artikelen 56 EG en 58 EG.

I — Rechtskader

A — *Toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht*

2. Artikel 56 EG luidt als volgt:

„1. In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden. [...]"

3. Artikel 58 EG, voor zover hier relevant, bepaalt evenwel:

„1. Het bepaalde in artikel 56 doet niets af aan het recht van de lidstaten:

a) de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd;

[...]

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

3. De in de leden 1 en 2 bedoelde maatregelen en procedures mogen geen middel tot willekeurige discriminatie vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer als omschreven in artikel 56."

4. Richtlijn 90/435 voorziet in een vrijstelling van bronbelasting voor dividenduitkeringen van een dochteronderneming aan haar in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij, wanneer laatstgenoemde een minimumdeelneming van 25 % in het kapitaal van haar dochteronderneming bezit. [2]

B — *Toepasselijke bepalingen van nationaal recht*

5. Artikel 1, lid 1, van de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: „Wet DB") bepaalt dat op dividenduitkeringen van in Nederland gevestigde vennootschappen, waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld, in de regel 25 % bronbelasting moet worden ingehouden.

6. Artikel 4 Wet DB, voor zover hier van belang, bepaalt evenwel:

„Inhouding van de belasting mag achterwege blijven ten aanzien van opbrengsten van aandelen [...] indien de deelnemingsvrijstelling, bedoeld in artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, van toepassing is op de voordelen die de tot de opbrengst gerechtigde uit die aandelen, winstbewijzen en geldleningen geniet en de deelneming behoort tot het vermogen van zijn in Nederland gedreven onderneming. De eerste volzin is niet van toepassing ten aanzien van opbrengsten met betrekking waartoe de opbrengstgerechtigde niet de uiteindelijk gerechtigde is". [3]

7. Verder voorziet artikel 4a Wet DB, dat is ingevoegd ingevolge de vaststelling van richtlijn 90/435, in een belastingvrijstelling voor dividenden die worden uitgekeerd aan in de Europese Unie gevestigde aandeelhouders met een aandelenbezit van ten minste 25 % in het kapitaal van een Nederlandse vennootschap.

8. Deze vrijstelling geldt eveneens voor in de EU gevestigde aandeelhouders met een aandelenbezit van ten minste 10 %, mits zij

2 — Artikel 5, lid 1, van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, in de ten tijde van de feiten in het hoofdgeding geldende versie (PB L 225, blz. 6). Deze bepaling is nadien gewijzigd bij richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003 tot wijziging van richtlijn 90/435/EEG (PB L 7, blz. 41).

3 — Niet van toepassing voor de Nederlandse versie.

bij een aandelenbezit van dezelfde grootteorde ook door de lidstaat waarin de aandeelhouder is gevestigd, wordt verleend. [4]

9. Volgens het eerder genoemde artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: „Wet Vpb") is in beginsel sprake van een deelneming wanneer de belastingplichtige voor ten minste 5 % van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. [5]

C — De belastingovereenkomst tussen Nederland en Portugal

10. Artikel 10 van de overeenkomst tussen Portugal en Nederland tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, gesloten te Porto op 20 september 1999 (hierna: „ODB"), bepaalt dat dividenduitkeringen van een ingezeten vennootschap van een van de overeenkomstsluitende staten aan een aandeelhouder die in de andere staat is gevestigd, in beginsel in laatstbedoelde staat belastbaar zijn.

11. Dergelijke dividenden kunnen evenwel ook in de staat van vestiging van de uitkerende vennootschap worden belast, mits de ingehouden belasting niet méér dan 10 % van het brutodividend bedraagt.

12. Artikel 24 ODB bepaalt dat Portugal ter voorkoming van dubbele belasting een aftrek verleent voor de belasting die in Nederland wordt geheven over de aan Portugese ingezetenen uitbetaalde Nederlandse dividenden, die niet méér kan bedragen dan de Portugese belasting die anders op die dividenden verschuldigd zou zijn geweest.

II — Feiten, prejudiciële vraag en procesverloop voor het Hof

13. Ten tijde van de feiten bezat Amurta SGPS, een vennootschap met zetel in Portugal (hierna: „Amurta"), 14 % van het kapitaal van Retailbox BV (hierna: „Retailbox"), een Nederlandse vennootschap met als andere aandeelhouders: Sonaetelecom BV, eveneens een Nederlandse vennootschap, voor 66 %, alsmede Tafin SGPS en Persin SGPS, beide gevestigd in Portugal, voor respectievelijk 14 en 6 %.

4 — Blijkens de verwijzingsbeslissing vindt een dergelijke verlaging geen toepassing ten aanzien van in Portugal gevestigde aandeelhouders.

5 — Met een deelneming wordt gelijkgesteld een aandelenbezit van minder dan 5 %, wanneer het aanhouden van de titels in de lijn ligt van de normale uitoefening van de door de belastingplichtige gedreven onderneming, of wanneer met het verwerven daarvan het algemene belang gediend is geweest.

14. Op 31 december 2002 heeft Retailbox aan haar aandeelhouders dividenden uitgekeerd waarop zij 25 % belasting inhield, behalve op het aan Sonaetelecom BV uitbetaalde dividend, dat uit hoofde van artikel 4 Wet DB van bronbelasting was vrijgesteld.

15. Op 30 januari 2003 heeft Retailbox namens Amurta bezwaar gemaakt bij de Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam (hierna: „Inspecteur") tegen de belastinginhouding op het aan Amurta uitgekeerde dividend. Dit bezwaar is bij uitspraak van de Inspecteur afgewezen.

16. Amurta heeft bij het Gerechtshof te Amsterdam beroep ingesteld strekkende tot vernietiging van die uitspraak en tot teruggaaf van de ingehouden dividendbelasting.

17. Daar de verwijzende rechter twijfelt aan de verenigbaarheid van de betrokken Nederlandse wettelijke regeling met de artikelen 56 EG en 58 EG, heeft hij de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is de vrijstelling van artikel 4 van de Wet op de dividendbelasting 1965, zoals omschreven in de onderdelen [...] van deze uitspraak, bezien in samenhang met de vrijstelling van artikel 4a van die Wet, in overeenstemming met de bepalingen omtrent het vrij verkeer van kapitaal (artikelen 56 tot en met 58, ex artikelen 73B tot en met 73D) van het EG-Verdrag, nu deze vrijstelling alleen van toepassing is op dividenduitkeringen aan in Nederland vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouders of aan buitenlandse aandeelhouders met een vaste inrichting in Nederland waarbij de aandelen behoren tot het vermogen van die vaste inrichting, voor wie de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 van toepassing is?

2) Is voor de beantwoording van de [sub 1] gestelde vraag van belang of de woonstaat van de buitenlandse aandeelhouder/vennootschap, voor wie de vrijstelling van artikel 4 van de Wet niet van toepassing is, aan die aandeelhouder/vennootschap een full credit verleent voor de Nederlandse dividendbelasting?"

18. Overeenkomstig artikel 23 van het Statuut van het Hof hebben Amurta, de Commissie, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, de Nederlandse en de Italiaanse

regering alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting waren Amurta, de Commissie, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, de Nederlandse en de Duitse regering alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk vertegenwoordigd.

III — Juridische analyse

19. Vooraf zij opgemerkt dat de aan de orde zijnde regeling de directe belastingen betreft. In dit verband zij herinnerd aan de vaste rechtspraak dat ofschoon de directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, deze niettemin verplicht zijn die bevoegdheid uit te oefenen in overeenstemming met de beginselen van het gemeenschapsrecht, waaronder de fundamentele vrijheden waarop de instelling en de werking van de interne markt is gebaseerd. [6]

20. In de onderhavige zaak dient de aan de orde zijnde nationale regeling te worden getoetst aan de bepalingen van het Verdrag inzake het vrije kapitaalverkeer, daar het normen betreft inzake de belasting op dividenduitkeringen aan vennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan de uitkerende vennootschap, dat wil zeggen, zoals het Hof heeft verklaard, normen inzake verrichtingen die onlosmakelijk met kapitaalbewegingen zijn verbonden. [7]

A — *Analyse van de eerste vraag*

21. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de aan de orde zijnde regeling, waarbij wel bronbelasting wordt ingehouden op dividenduitkeringen van een Nederlandse vennootschap aan vennootschappen die hun zetel niet in Nederland hebben of aldaar niet over een vaste inrichting beschikken, maar niet op dividenduitkeringen aan in Nederland gevestigde vennootschappen, in strijd is met het vrije kapitaalverkeer. [8]

22. Alvorens de te beantwoorden vraag inhoudelijk te bespreken, is het nuttig enkele algemene overwegingen te formuleren inzake de voorwaarden voor belastingheffing over winstuitkeringen van vennootschappen. [9]

6 — Zie onder meer arresten van 6 juni 2000, Verkooijen (C-35/98, Jurispr. blz. I-4071, punt 32); 7 september 2004, Manninen (C-319/02, Jurispr. blz. I-7477, punt 19), en 23 februari 2006, Keller Holding (C-471/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 28).

7 — Zie in die zin arrest Verkooijen, reeds aangehaald, punten 29 en 30.

8 — Zoals de nationale rechter terecht heeft opgemerkt, kan, gelet op de geringe deelneming (14 %) en bij gebreke van andere gegevens waaruit kan worden afgeleid dat Amurta invloed kan uitoefenen op de activiteiten van Retailbox, niet ervan worden uitgegaan dat door het houden van die deelneming het recht van vrije vestiging wordt uitgeoefend.

9 — Met betrekking tot de niveaus van dividendbelasting in de interne markt, zie in het bijzonder de conclusies van advocaat-generaal Geelhoed 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 april 2006 in de zaak Kerckhaert en Morres, die heeft geleid tot het arrest van 14 november 2006 (C-513/04, Jurispr. blz. I-10967), en 27 april 2006 in de zaak Denkavit Internationaal en Denkavit France, die heeft geleid tot het arrest van 14 december 2006 (C-170/05, Jurispr. blz. I-11949).

23. Vennootschapswinst die in de vorm van een dividend wordt uitgekeerd wordt in de regel op twee niveaus belast: eerst als winst van de uitkerende vennootschap in het kader van de vennootschapsbelasting en daarna bij de aandeelhouder. Op dit tweede niveau kan de belastingheffing twee vormen aannemen, namelijk die van de inkomstenbelasting op het niveau van de aandeelhouder die de dividenden ontvangt en/of die van de bronbelasting die door de vennootschap wordt afgedragen namens de aandeelhouder op het ogenblik dat het dividend wordt uitgekeerd.

24. Het bestaan van twee mogelijke niveaus van belastingheffing kan leiden tot economische dubbele belasting (dezelfde inkomsten worden tweemaal belast bij twee verschillende belastingbetalers) én juridische dubbele belasting (twee keer belastingheffing over hetzelfde inkomen, in handen van dezelfde belastingbetaler, in twee verschillende staten). Van economische dubbele belasting is bijvoorbeeld sprake wanneer de winst van de uitkerende vennootschap eerst in de vennootschapsbelasting wordt belast en vervolgens bij de aandeelhouder die over de als dividend uitgekeerde winst inkomstenbelasting moet betalen. Daarentegen doet zich juridische dubbele belasting voor, wanneer een aandeelhouder eerst bronbelasting op de ontvangen dividenden moet betalen en vervolgens inkomstenbelasting die in een andere staat wordt geheven.

25. Wat de onderhavige zaak betreft, zij opgemerkt dat de aan de orde zijnde Nederlandse regeling tot doel heeft, dubbele belasting op de als dividend uitgekeerde vennootschapswinst te vermijden. Artikel 4 Wet DB juncto artikel 13 Wet Vpb, voorziet immers in vrijstelling van de bronheffing van 25 % voor dividenduitkeringen door Nederlandse vennootschappen aan aandeelhouders-vennootschappen met een deelneming van ten minste 5 % die in Nederland hun zetel hebben of aldaar over een vaste inrichting beschikken. Voor niet in Nederland gevestigde vennootschappen geldt de vrijstelling van bronbelasting op dividenden die zij van Nederlandse vennootschappen ontvangen alleen wanneer zij in het kapitaal van laatstbedoelde vennootschappen een deelneming van ten minste 25 % houden (artikel 4a Wet DB).

26. Hieruit volgt dat deze regeling niet in Nederland gevestigde vennootschappen met een deelneming van 5 à 25 % in een Nederlandse vennootschap, op het gebied van de dividendbelasting benadeelt ten opzichte van Nederlandse vennootschappen met een vergelijkbare deelneming, die, anders dan niet in Nederland gevestigde vennootschappen, volledig zijn vrijgesteld van bronbelasting op de ontvangen dividenden.

27. Nagegaan moet dus worden of deze ongelijke behandeling in strijd is met de

beginselen inzake het vrije kapitaalverkeer. [10]

28. In dit verband zij eraan herinnerd dat artikel 56, lid 1, EG alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling verbiedt — waarbij onder *beperking* moet worden verstaan elke maatregel die de grensoverschrijdende overmaking van kapitaal bemoeilijkt of minder aantrekkelijk maakt, zodat de belegger daarvan mogelijk wordt weerhouden — onder voorbehoud van de in artikel 58 EG neergelegde rechtvaardigingsgronden. [11]

29. In het bijzonder kunnen de lidstaten op grond van artikel 58, lid 1, sub a, EG „de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving [toepassen] die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd".

30. De aldus in artikel 58, lid 1, sub a, neergelegde uitzondering op de toepassing van artikel 56, lid 1, wordt evenwel beperkt door lid 3 van eerstgenoemde bepaling, dat bepaalt dat de in lid 1 bedoelde maatregelen en procedures geen willekeurige discriminatie mogen vormen of een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer.

31. Voorts heeft het Hof verklaard dat het de in artikel 73 D, lid 3, EG-Verdrag (thans artikel 58, lid 1, EG) genoemde uitzonderingen op het beginsel van het vrije kapitaalverkeer reeds vóór de inwerkingtreding van deze bepaling in zijn eigen rechtspraak had erkend, waarmee het te kennen heeft gegeven dat deze bepaling de codificatie op normatief vlak van een fundamenteel beginsel vormt, dat reeds vóór de invoering van de desbetreffende bepaling tot uitdrukking was gebracht in de rechtspraak, ook wat andere fundamentele vrijheden betreft. Deze bepaling moet bijgevolg eveneens aan de hand van die rechtspraak worden uitgelegd. [12]

32. Derhalve worden de uitzonderingen op het beginsel van het vrije kapitaalverkeer in de zin van artikel 58, lid 1, sub a, niet alleen beperkt door de in lid 3 van deze bepaling neergelegde beginselen, maar ook door de in de rechtspraak van het Hof vastgestelde grenzen.

10 — Zoals hierna duidelijk zal blijken, verbiedt richtlijn 90/435 (de zogeheten moeder-dochterrichtlijn), in de hier relevante versie, de inhouding van bronbelasting op dividenduitkeringen van een dochteronderneming aan haar in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij weliswaar alleen wanneer laatstbedoelde maatschappij een gekwalificeerde deelneming (ten minste 25 %) in het kapitaal van de dochteronderneming houdt, doch kan daaruit a contrario niet worden afgeleid, zoals de verwijzende rechter in overweging heeft gegeven en de Nederlandse regering heeft gesteld, dat een inhouding in alle andere gevallen is toegestaan, zodat een eventueel verschil in behandeling in de betrekkingen tussen in verschillende lidstaten gevestigde moedermaatschappijen en dochterondernemingen uitsluitend toe te rekenen zou zijn aan het naast elkaar bestaan van verschillende belastingregelingen. Hoewel de lidstaten dienen uit te maken of en in hoeverre dubbele belastingheffing moet worden opgeheven bij deelnemingen die buiten de werkingssfeer van genoemde richtlijn vallen, dienen zij deze bevoegdheid niettemin uit te oefenen met inachtneming van de beginselen van het gemeenschapsrecht, waartoe de fundamentele vrijheden moeten worden gerekend.

11 — Arrest van 16 maart 1999, Trummer en Mayer (C-222/97, Jurispr. blz. I-1661, punt 26).

12 — Zie arrest Verkooijen, reeds aangehaald, punt 43.

33. Met betrekking tot een nationale belastingregeling als die welke thans aan de orde is, waarbij in het kader van de dividendbelasting onderscheid wordt gemaakt naargelang van de zetel van de dividendontvanger, heeft het Hof evenwel geoordeeld dat een dergelijke belastingregeling alleen verenigbaar met de verdragsbepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer kan worden geacht, indien het verschil in behandeling situaties betreft die niet objectief vergelijkbaar zijn, of wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, mits het niet verder gaat dan nodig is om het nagestreefde doel te bereiken. [13]

Vergelijkbaarheid van situaties

34. Zoals hoger reeds aangegeven, behandelen de aan de orde zijnde nationale bepalingen dividenden van Nederlandse vennootschappen anders naargelang zij worden uitgekeerd aan in Nederland gevestigde dan wel aan niet in Nederland gevestigde vennootschappen. [14]

35. Op het gebied van de directe belastingen heeft het Hof geoordeeld dat een verschil in behandeling op grond van de woonplaats niet als zodanig discriminerend is, omdat een dergelijk criterium in beginsel wijst op de band van de belastingbetaler met zijn land van herkomst en bijgevolg een ongelijke behandeling in belastingzaken kan rechtvaardigen. [15]

36. Het Hof heeft voorts gepreciseerd dat, wanneer een fiscaal voordeel wordt onthouden aan niet-ingezetenen, een ongelijke behandeling van deze twee categorieën van belastingplichtigen kan worden aangemerkt als discriminatie in de zin van het Verdrag, indien er geen objectief verschil bestaat dat grond kan opleveren voor een ongelijke behandeling van beide categorieën belastingplichtigen op dit punt. [16]

37. Volgens de redenering van het Hof kan sprake zijn van discriminatie tussen ingezetenen en niet-ingezetenen, wanneer niettegenstaande het feit dat zij in verschillende lidstaten woonachtig zijn, wordt vastgesteld dat de twee categorieën belastingplichtigen zich, gelet op de inhoud en het doel van de betrokken nationale bepalingen, in een vergelijkbare situatie bevinden. [17]

13 — Zie arrest van 15 juli 2004, Lenz (C-315/02, Jurispr. blz. I-7063, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

14 — Onder de onderhavige Nederlandse wettelijke regeling kunnen niet in Nederland gevestigde vennootschappen slechts in aanmerking komen voor de voordelen op het gebied van dividendbelasting die in Nederland gevestigde ondernemingen genieten, wanneer zij over een vaste inrichting in Nederland beschikken terwijl de aandelen in de Nederlandse vennootschap behoren tot het vermogen van die vaste inrichting.

15 — Zie arresten van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punten 31-34); 11 augustus 1995, Wielockx (C-80/94, Jurispr. blz. I-2493, punt 18); 27 juni 1996, Asscher (C-107/94, Jurispr. blz. I-3089, punt 41), en 29 april 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Jurispr. blz. I-2651, punt 27).

16 — Zie reeds aangehaalde arresten Schumacker, punten 36-38; Asscher, punt 42, en Royal Bank of Scotland, punten 27 e.v.

17 — Arrest van 14 september 1999, Frans Gschwind (C-391/97, Jurispr. blz. I-5451, punt 26).

38. Derhalve moet worden nagegaan of, *wat de functie van de bestreden regeling betreft,* een objectief verschil bestaat tussen de situatie van wél in Nederland en niet in Nederland gevestigde aandeelhoudersvennootschappen die aldaar dividenden ontvangen van een Nederlandse vennootschap waarin zij een deelneming houden.

39. Opgemerkt zij dat de betrokken regeling tot doel heeft, economische dubbele belastingheffing op het gebied van winstuitkering door Nederlandse vennootschappen tegen te gaan.

40. Dienaangaande heeft het Hof geoordeeld dat dividend ontvangende ingezeten aandeelhouders met betrekking tot maatregelen die een staat heeft getroffen om opeenvolgende belastingheffingen of dubbele belasting van door een ingezeten vennootschap uitgekeerde winst te voorkomen of te verminderen, niet noodzakelijkerwijs in een situatie verkeren die vergelijkbaar is met die van dividend ontvangende aandeelhouders die ingezetenen zijn van een andere lidstaat. [18]

41. Zoals het Hof heeft vastgesteld, handelt de lidstaat van vestiging van een uitkerende vennootschap ten aanzien van de niet-ingezeten aandeelhouder normaal gesproken immers als „bronstaat", waarbij zijn heffingsbevoegdheid beperkt is tot de inkomsten die de niet-ingezetene op zijn grondgebied heeft verkregen. Eisen dat een dergelijke staat waarborgt dat een winstuitkering aan een niet-ingezeten aandeelhouder niet wordt getroffen door economische dubbele belasting of door opeenvolgende belastingheffingen, zou de facto betekenen dat deze staat moet afzien van zijn recht om belasting te heffen over inkomen dat door een economische activiteit op zijn grondgebied is gegenereerd. [19] De lidstaat van vestiging van de aandeelhouder is daarentegen doorgaans het beste in staat om laatstgenoemde een fiscaal voordeel te verlenen waardoor economische dubbele belasting dan wel opeenvolgende belastingheffingen kunnen worden verminderd of voorkomen. In het geval van een aandeelhouder-natuurlijke persoon is de woonstaat namelijk het beste geplaatst om de persoonlijke draagkracht van de belastingplichtige te beoordelen. [20] Ten aanzien van dividenduitkeringen van een vennootschap verplicht artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435 de lidstaat van de moedermaatschappij die van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming een winstuitkering ontvangt — en niet de laatstbedoelde staat — dubbele belasting te voorkomen, waarbij de staat van de moedermaatschappij de keuze heeft deze winst niet of wél te belasten; in dit laatste geval dient hij de moedermaatschappij echter toe te staan het gedeelte van de belasting van de dochteronderneming dat op deze winst betrekking heeft en, in voorkomend geval, het bedrag dat door de lidstaat van vestiging van de dochteronderneming aan de bron is ingehouden, van haar eigen belasting af te trekken. [21]

42. Het Hof heeft evenwel gepreciseerd dat „[z]odra een lidstaat, hetzij unilateraal hetzij

18 — Zie reeds aangehaalde arresten Denkavit Internationaal en Denkavit France, punt 34, en Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, punten 57-65.

19 — Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, reeds aangehaald, punt 59.

20 — Dit beginsel is bevestigd in het reeds aangehaalde arrest Schumacker.

21 — Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, reeds aangehaald, punt 60.

door het sluiten van overeenkomsten, niet alleen ingezeten aandeelhouders, maar ook niet-ingezeten aandeelhouders voor het dividend dat zij van een ingezeten vennootschap ontvangen, aan de inkomstenbelasting onderwerpt, [...] de situatie van deze niet-ingezeten aandeelhouders [...] die van de ingezeten aandeelhouders [benadert]". [22]

43. In dat geval oefent de staat waarin de uitkerende vennootschap is gevestigd — zij het in het kader van zijn bevoegdheid als „bronstaat" — over niet-ingezeten aandeelhouders immers een heffingsbevoegdheid uit die niet verschilt van die welke hij uitoefent over ingezetenen, en stelt hij in de hem voorbehouden uitoefening van zijn belastingbevoegdheid een dubbele belastingheffing vast voor de beide categorieën belastingplichtigen.

44. Wanneer ingezeten en niet-ingezeten aandeelhouders in een vergelijkbare situatie verkeren, zal de „bronstaat" de niet-ingezetenen fiscale voordelen moeten toekennen die gelijkwaardig zijn aan die welke voor de ingezetenen gelden, indien de uitoefening van zijn belastingbevoegdheid voor de niet-ingezetenen leidt tot dubbele belastingheffing die vergelijkbaar is met die welke de ingezetenen treffen.

45. Wanneer bijgevolg zoals in het onderhavige geval de bronstaat beslist zijn ingezetenen vrij te stellen van nationale dubbele belasting, door hen vrij te stellen van bronbelasting op dividenden die zij ontvangen van een Nederlandse vennootschap, zal hij deze vrijstelling evenzeer aan de niet-ingezetenen moeten verlenen, daar ook zij als gevolg van de uitoefening van zijn belastingbevoegdheid te hunnen aanzien worden getroffen door deze nationale dubbele belasting.

46. Uit de analyse tot dusver volgt dat de betrokken regeling, nu daarbij geen vrijstelling van bronbelasting wordt verleend voor dividenduitkeringen aan aandeelhouders die geen ingezetenen van Nederland zijn, terwijl in een dergelijke vrijstelling wél is voorzien voor dividenduitkeringen aan ingezeten aandeelhouders, een met de artikelen 56 EG en 58 EG strijdige willekeurige discriminatie vormt. [23]

47. De Italiaanse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk stellen zich evenwel op het standpunt dat de uit de bestreden regeling voortvloeiende ongelijke behandeling ten nadele van de niet-ingezetenen louter een gevolg is van de verdeling van de belastingbevoegdheid tussen Nederland en Portugal.

22 — Ibid., punten 68-70.

23 — Tot een soortgelijke oplossing is het EVA-Hof gekomen in het arrest van 23 november 2004, Fokus Bank (zaak E-1/04), waarin het heeft geoordeeld dat een Noorse regeling waarbij alleen aan in Noorwegen gevestigde aandeelhouders een belastingkrediet werd toegekend voor de aldaar ontvangen dividenden, in strijd was met artikel 40 EER-Overeenkomst, dat overeenkomt met artikel 56 EG (Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte; PB 1994, L 1, blz. 3-36).

48. Dienaangaande dienen een aantal preciseringen te worden gegeven.

49. Overeenkomstig artikel 220, tweede streepje, EG-Verdrag (thans artikel 293, tweede streepje, EG) „[treden] [d]e lidstaten, voor zover nodig, met elkaar in onderhandeling ter verzekering, voor hun onderdanen, van de afschaffing van dubbele belasting binnen de Gemeenschap".

50. Deze programmatische bepaling is tot op heden niet uitgevoerd. Het gemeenschapsrecht voorziet in zijn huidige stand van ontwikkeling niet in algemene criteria voor de verdeling van de bevoegdheden tussen de lidstaten ter zake van de afschaffing van dubbele belasting binnen de Gemeenschap. 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 [24], verdrag 90/436/EEG van 23 juli 1990 ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen [25], en richtlijn 2003/48/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling [26], die geen van alle van toepassing zijn op het onderhavige geval, is tot dusver in het kader van het gemeenschapsrecht immers geen enkele unificatie- of harmonisatiemaatregel tot afschaffing van dubbele belastingen vastgesteld, noch hebben de lidstaten met het oog daarop multilaterale verdragen in de zin van artikel 220, tweede streepje, EG-Verdrag gesloten. [27]

51. Bij gebreke van communautaire unificatie- of harmonisatiemaatregelen, blijven de lidstaten bijgevolg bevoegd om de criteria voor de belasting naar het inkomen vast te stellen teneinde, in voorkomend geval door het sluiten van een verdrag, dubbele belastingen af te schaffen. [28] In dit verband heeft het Hof eerst gepreciseerd dat het de lidstaten vrijstond om in het kader van bilaterale verdragen de aanknopingsfactoren ter verdeling van de heffingsbevoegdheid vast te stellen. [29] In latere uitspraken heeft het daaraan toegevoegd dat de lidstaten deze vrijheid evenzeer hadden in het kader van eenzijdig vastgestelde maatregelen. [30]

24 — Aangehaald in voetnoot 2.

25 — PB L 225, blz. 10.

26 — PB L 157, blz. 38.

27 — Zie met name, wat het vrije kapitaalverkeer betreft, arrest Kerckhaert en Morres, reeds aangehaald, punt 22, en, wat artikel 52 EG-Verdrag betreft, arrest Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, reeds aangehaald, punt 51.

28 — Arresten van 12 mei 1998, Gilly (C-336/96, Jurispr. blz. I-2793, punten 24 en 30), alsmede van 12 december 2002, De Groot (C-385/00, Jurispr. blz. I-11819, punt 93), wat artikel 48 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 39 EG) betreft. Arresten van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 57), wat de artikelen 52 EG-Verdrag en 58 EG-Verdrag betreft, en 23 februari 2006, Van Hilten-van der Heijden (C-513/03, Jurispr. blz. I-1957, punt 47), wat het vrije kapitaalverkeer betreft.

29 — Arresten Gilly, reeds aangehaald (punten 24-30); Saint-Gobain ZN, reeds aangehaald (punt 57); De Groot, reeds aangehaald (punt 93); 3 oktober 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, Jurispr. blz. I-9461, punt 55), en Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, reeds aangehaald (punt 52).

30 — Wat het vrije kapitaalverkeer betreft, reeds aangehaalde arresten Van Hilten-van der Heijden (punt 47) en, met betrekking tot de vrijheid van vestiging, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (punt 52).

52. Bij de uitoefening van de heffingsbevoegdheid dienen de lidstaten zich niettemin te houden aan de gemeenschapsregels. [31]

53. Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen de lidstaten dus vrij beslissen of, in hoeverre en hoe — eenzijdig dan wel door het sluiten van internationale verdragen — zij dubbele belasting zullen afschaffen of vermijden, doch dienen zij zich bij de uitoefening van hun belastingbevoegdheid te houden aan de beginselen van het gemeenschapsrecht, ook wanneer deze bevoegdheid voortvloeit uit een eerdere bilaterale of multilaterale verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. [32]

54. In de onderhavige zaak is de discriminatie van de niet-ingezeten vennootschappen op grond van de Nederlandse regeling inzake dividendbelasting duidelijk niet het gevolg van de verschillen tussen de voor het onderhavige geval relevante nationale belastingstelsels noch van de verdeling van de belastingbevoegdheid tussen Nederland en Portugal. Zoals hierboven reeds uiteengezet, betreft het integendeel een discriminerende behandeling die *uitsluitend* is toe te schrijven aan de betrokken Nederlandse regeling, waarbij niet-ingezeten aandeelhouders een fiscaal voordeel wordt ontzegd dat ingezetenen wél krijgen, zonder dat deze ongelijke behandeling door relevante, objectieve factoren wordt gerechtvaardigd, gelet op de vergelijkbare situatie waarin de twee categorieën belastingplichtigen ten aanzien van doel en functie van de betrokken bepalingen verkeren.

55. Uit de analyse van de tweede vraag zal evenwel blijken welke invloed een adequate verdeling van de heffingsbevoegdheid door het sluiten van een dubbelbelastingverdrag kan hebben op de neutralisering van de discriminerende gevolgen van een nationale regeling als de Nederlandse die thans aan de orde is.

56. Subsidiair stellen de Nederlandse en de Italiaanse regering dat de betrokken regeling wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te bewaren. De vrijstelling van bronbelasting op nationale dividenden die door Nederlandse vennootschappen worden uitbetaald aan in Nederland gevestigde vennootschappen vormt huns inziens namelijk een essentiële aanvulling op de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting (artikel 13 Wet Vpb) die geldt voor Nederlandse vennootschappen die in Nederland onbeperkt belastingplichtig zijn en in het kader van deze belasting niet worden belast op winst uit aandelen. In het bijzonder vormt deze vrijstelling de noodzakelijke aanvulling op de uitsluiting van de uitgekeerde winst van de belastbare grondslag in de Nederlandse vennootschapsbelasting en bewerkstelligt zij een louter administratieve

31 — Reeds aangehaalde arresten De Groot (punt 94) en FKP Scorpio Konzertproduktionen (punt 55).

32 — Arrest De Groot, reeds aangehaald (punten 93-94).

vereenvoudiging, omdat zo wordt vermeden dat het in het kader van de dividendbelasting ingehouden bedrag daarna in het kader van de vennootschapsbelasting moet worden teruggegeven aan de dividendontvangers voor wie in Nederland de zogeheten deelnemingsvrijstelling geldt. Een dergelijke administratieve vereenvoudiging kan volgens hen bijgevolg niet ook worden uitgebreid tot niet-ingezeten aandeelhouders van Nederland die aldaar niet zijn onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting.

57. Dit argument kan niet worden aanvaard.

58. Met betrekking tot het behoud van de samenhang van het nationale belastingstelsel zij om te beginnen eraan herinnerd dat dit begrip in de rechtspraak is ontwikkeld vanuit de arresten Bachmann en Commissie/België, waarin het Hof in beginsel heeft erkend dat deze noodzaak een dwingende reden van openbaar belang vormt die een beperking van de fundamentele beginselen inzake de vrijheid van verkeer kan rechtvaardigen. [33]

59. In de genoemde zaken heeft het Hof met een beroep op de samenhang van het belastingstelsel een nationale regeling gerechtvaardigd waarbij de aftrekbaarheid van premies voor verzekering tegen ouderdom en overlijden afhankelijk werd gesteld van de voorwaarde dat deze premies waren betaald in de staat die deze aftrek toestond. Deze beperking werd gerechtvaardigd door de noodzaak om de derving van belastinginkomsten als gevolg van de aftrek van in het kader van verzekeringsovereenkomsten betaalde premies te compenseren door belastingheffing over de uit hoofde van deze overeenkomsten ontvangen bedragen, welke heffing echter niet mogelijk zou zijn geweest in het geval dat de verzekeringsondernemingen in het buitenland waren gevestigd.

60. Op basis van deze uitspraken geldt het behoud van de samenhang van het belastingstelsel als de rechtvaardigingsgrond waarop de lidstaten zich ter zake van de directe belastingen het meeste beroepen. Het Hof heeft het begrip fiscale samenhang evenwel sterk beperkt en in zijn vaste rechtspraak erkend dat deze noodzaak een beperking van de fundamentele vrijheden rechtvaardigt mits aan drie verschillende voorwaarden is voldaan: a) er moet een rechtstreeks verband bestaan tussen de toekenning van een fiscaal voordeel en de compensatie van dit voordeel door een fiscale heffing, b) de aftrek en de heffing moeten in het kader van dezelfde belasting en c) ten aanzien van dezelfde belastingplichtige plaatsvinden.

61. Een strikte toepassing van deze rechtspraak leidt prima facie tot de vaststelling dat in het onderhavige geval geen beroep kan worden gedaan op de samenhang van het belastingstelsel als rechtvaardigingsgrond, omdat het bij de vrijstelling van dividendbelasting en de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, die volgens de

33 — Arresten van 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punten 21-28), en Commissie/België, (C-300/90, Jurispr. blz. I-305, punten 14-21).

Nederlandse en de Italiaanse regering wegens hun complementariteit samen moeten worden toegepast om de samenhang van het Nederlandse stelsel te waarborgen, om twee verschillende belastingen gaat, die bovendien formeel gezien niet dezelfde belastingplichtige betreffen.

62. In het arrest Manninen lijkt het Hof de strikte uitlegging van het begrip samenhang van het belastingstelsel, waarbij het om dezelfde belasting en dezelfde belastingplichtige moet gaan, te hebben versoepeld, door, zoals advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in die zaak in overweging had gegeven, te erkennen dat een lidstaat de noodzaak om de samenhang van zijn belastingstelsel te bewaren kan inroepen, ook indien niet aan de twee hiervóór bedoelde criteria is voldaan. [34]

63. Onder verwijzing naar de genoemde rechtspraak van het Hof stelt de Nederlandse regering dat het in casu om twee onderling samenhangende vrijstellingen gaat, waarvan de ene de uitwerking vormt van de andere, die formeel gezien weliswaar betrekking hebben op twee verschillende belastingen (dividendbelasting en vennootschapsbelasting), doch materieel één enkele belastingheffing betreffen, daar de bronbelasting op dividenduitkeringen niet meer is dan een integraal met de vennootschapsbelasting te verrekenen voorbelasting, en die feitelijk op dezelfde belastingplichtige drukken (de aandeelhouder die de dividenden ontvangt).

64. Gesteld al dat de twee betrokken vrijstellingen in wezen dezelfde belastingplichtige en dezelfde belastingheffing betreffen, moet vervolgens worden vastgesteld dat het, gelet op de doelstellingen van de bestreden regeling, inderdaad noodzakelijk is om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te verzekeren.

65. Volgens de Nederlandse en de Italiaanse regering is de vrijstelling van bronbelasting voor de zogeheten nationale dividenden noodzakelijk om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te bewaren, aangezien zonder deze vrijstelling de daarmee samenhangende deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting wordt ondergraven — zij het tijdelijk — totdat de dividendbelasting wordt verrekend met de vennootschapsbelasting. Het lijkt voor de hand liggend dat het Nederlandse stelsel, aldus omschreven, „een louter administratieve vereenvoudiging" wil bewerkstelligen, die op zich in geen geval een met de fundamentele vrijheden strijdige discriminerende behandeling kan rechtvaardigen.

66. De Nederlandse regering toont echter niet aan in welk opzicht de samenhang van

34 — Punten 45 en 46 van het arrest en in het bijzonder punten 54-57 van de conclusie.

het Nederlandse belastingstelsel in gevaar zou worden gebracht, mocht de vrijstelling van dividendbelasting ook aan de niet-ingezeten aandeelhouders worden toegekend die, ofschoon zij in Nederland niet aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen, zoals hierboven uiteengezet, in een soortgelijke situatie als de ingezetenen verkeren wat de dividendbelasting en de eventuele met de afschaffing van de dubbele belasting gepaard gaande fiscale voordelen betreft. Het is integendeel duidelijk dat het doel van de bestreden regeling, namelijk dubbele belastingheffing over als dividend uitgekeerde winst vermijden, ook kan worden bereikt zonder discriminatie van de niet-ingezeten aandeelhouders — door hen evenals de ingezeten aandeelhouders vrij te stellen van bronbelasting — en zonder dat de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel in gevaar wordt gebracht.

67. Uit het voorgaande blijkt dat de argumenten van de regeringen die opmerkingen hebben ingediend een uit de betrokken belastingregeling voortvloeiende beperking van het kapitaalverkeer niet kunnen rechtvaardigen.

68. De eerste vraag moet bijgevolg aldus worden beantwoord dat de bepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer zich verzetten tegen een nationale regeling — bezien zonder rekening te houden met de gevolgen van eventuele toepasselijke overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting — waarbij dividenduitkeringen van een Nederlandse vennootschap van bronbelasting worden vrijgesteld wanneer zij worden gedaan aan in Nederland gevestigde vennootschappen, maar niet wanneer zij worden gedaan aan vennootschappen die hun zetel niet in Nederland hebben of aldaar niet over een vaste inrichting beschikken.

B — *Analyse van de tweede vraag*

69. Met de tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of voor de toetsing van de betrokken Nederlandse wettelijke regeling aan de beginselen van het gemeenschapsrecht inzake vrij kapitaalverkeer van belang is dat een vennootschap die niet in Nederland is gevestigd, of aldaar niet over een vaste inrichting beschikt, de bronbelasting die in Nederland is ingehouden op dividenduitkeringen van een Nederlandse vennootschap in haar land van vestiging volledig in mindering kan brengen.

70. Vooraf zij opgemerkt dat de verwijzende rechter niet aangeeft op grond van welke bepalingen een vennootschap als Amurta in haar land van vestiging (Portugal) recht zou hebben op een full credit (of een volledig belastingkrediet) ter compensatie van de in Nederland toegepaste bronbelasting.

71. Ik zal dus eerst nagaan welk belang voor de toetsing van de betrokken Nederlandse regeling mogelijk uitgaat van de omstandig-

heid dat een niet-ingezeten aandeelhouder een full credit krijgt op grond van de wettelijke regeling van zijn land van vestiging, en zal daarna stilstaan bij het geval waarin een soortgelijk belastingkrediet wordt toegekend uit hoofde van de ODB tussen Nederland en Portugal.

1. Belang van een full credit (volledig belastingkrediet) onder de nationale wettelijke regeling van de staat waar de betrokken belastingplichtige is gevestigd

72. Mijns inziens heeft de verwijzende rechter met de vermelding van een eventueel full credit ter compensatie van de Nederlandse bronbelasting die is ingehouden op de door Amurta ontvangen dividenden in het algemeen gerefereerd aan de mogelijkheid die voor deze vennootschap vermoedelijk bestaat op grond van de Portugese wettelijke regeling. In de relevante passage van de verwijzingsbeslissing merkt de nationale rechter immers op dat Portugal — blijkens de opmerkingen van Amurta — een bepaling kent die, analoog aan de Nederlandse, voorziet in teruggaaf van de ingehouden dividendbelasting wanneer op deze inkomsten geen vennootschapsbelasting verschuldigd is (full credit-stelsel). Bedoelde rechter leidt daaruit af dat de Nederlandse bronbelasting in het onderhavige geval in Portugal waarschijnlijk zal worden verrekend op grond van het genoemde full credit-mechanisme.

73. In de onderhavige procedure heeft Amurta evenwel ontkend dat er sprake zou zijn van een eventueel full credit als hetwelk de verwijzende rechter in zijn beslissing beschrijft, dat zij in Portugal zou kunnen doen gelden ter verrekening van de bronbelasting die in Nederland is ingehouden op de aldaar ontvangen dividenden. Volgens Amurta kent ook Portugal een stelsel van deelnemingsvrijstelling dat vergelijkbaar is met het Nederlandse, op grond waarvan de inkomsten uit deelnemingen zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Bijgevolg kan de in Nederland ingehouden dividendbelasting niet worden verrekend met de Portugese vennootschapsbelasting, omdat in Portugal geen vennootschapsbelasting verschuldigd is.

74. Gaat men ervan uit dat de zienswijze van Amurta juist is, dan zou, gelet verder op de onvolledigheid van de verwijzingsbeslissing, die op dit punt geen verdere nuttige informatie bevat, de tweede vraag aan het Hof louter hypothetisch zijn.

75. In dat geval is het Hof niet bevoegd om deze vraag te beantwoorden, daar volgens de bekende rechtspraak „de reden voor de prejudiciële verwijzing en bijgevolg voor de bevoegdheid van het Hof niet is het formuleren van rechtsgeleerde adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken [...], maar de behoefte aan de werkelijke beslechting van een geschil". [35]

35 — Zie arrest Lenz, reeds aangehaald, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

76. Mocht het Hof van oordeel zijn dat het toch gepast is uitspraak te doen over de tweede vraag van de verwijzende rechter, dan dient deze mijns inziens te worden beantwoord als volgt.

77. Naar mijn mening kan aan een fiscaal voordeel — ongeacht de omvang en de uitwerking daarvan — dat berust op een nationale wettelijke regeling van een lidstaat, geen belang worden toegekend voor de toetsing van de wettelijke regeling van een andere lidstaat aan de beginselen van het gemeenschapsrecht.

78. Mijns inziens kan in een geval als het onderhavige niet ervan worden uitgegaan dat de discriminerende gevolgen van een nationale wettelijke regeling voor een belastingplichtige kunnen worden geneutraliseerd door voordelen die hem op grond van de wettelijke regeling van een andere lidstaat worden toegekend. Anders zou een lidstaat in wezen kunnen verzaken aan de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen, en zou de nakoming daarvan afhankelijk worden gesteld van de eventuele werking van een andere nationale wettelijke regeling, die door de staat die deze heeft vastgesteld steeds eenzijdig kan worden gewijzigd. In dat geval zou er geen enkele rechtszekerheid bestaan met betrekking tot de inachtneming door een lidstaat van het verbod van willekeurige discriminatie in de zin van de artikelen 56 EG en 58 EG. [36]

79. Uit het voorgaande volgt dat voor de toetsing van de verenigbaarheid van de Nederlandse regeling inzake dividendbelasting volstrekt irrelevant is of een vennootschap als Amurta in haar land van vestiging op grond van de aldaar geldende wettelijke regeling aanspraak kan maken op een full credit, waarmee de Nederlandse bronbelasting die is ingehouden op de dividenden die deze vennootschap in Nederland heeft ontvangen eventueel kan worden verrekend.

2. Belang van de overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting en reële gevolgen van de relevante ODB

80. Tot een andere slotsom dan die in het vorige punt komt men mijns inziens evenwel in het geval dat de neutralisering van de discriminerende gevolgen van een nationale wettelijke regeling wordt verzekerd door een adequate verdeling van de belastingbevoegdheid tussen lidstaten op grond van een

36 — Het argument dat een met een fundamentele vrijheid strijdige ongunstige fiscale behandeling kan worden gerechtvaardigd met een beroep op het bestaan van andere fiscale voordelen, gesteld dat dit inderdaad het geval is, is door het Hof overigens stelselmatig afgewezen. Zie met betrekking tot nationale fiscale behandelingen getoetst aan: a) het vrije verkeer van werknemers, arrest De Groot, reeds aangehaald, punt 97; b) de vrijheid van vestiging, arrest van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk (270/83, Jurispr. blz. 273, punt 21), en reeds aangehaalde arresten Asscher, punt 53, en Saint-Gobain ZN, punt 54; c) het vrije verkeer van kapitaal, arrest Verkooijen, punt 61.

internationale overeenkomst ter vermijding van dubbele belasting. Dat volgt uit het feit dat het in aanmerking nemen van de reële gevolgen van een ODB voor de situatie van een belastingplichtige, om uit te maken of in een individueel geval de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden van verkeer worden beperkt, geen rechtvaardiging vormt voor het discriminerende nadeel dat de betrokken belastingplichtige lijdt als gevolg van de toepassing van een nationale wettelijke regeling en de erop volgende verrekening van dat nadeel met een onzeker voordeel, dat niets te maken heeft met het bedoelde nadeel en gekoppeld is aan de wettelijke regeling van een andere lidstaat, die door deze te allen tijde kan worden gewijzigd. Door de feitelijke gevolgen van een ODB voor de situatie van een belastingplichtige in de beschouwing te betrekken, kan integendeel om te beginnen rekening worden gehouden met „de economische realiteit [...] van de werkzaamheid en de [eventuele] beweegredenen van die belastingplichtige in [de] grensoverschrijdende context" waarin hij werkt [37], maar ook en vooral met de wijze waarop de lidstaten door een adequate verdeling van hun belastingbevoegdheden, waarbij zij *op grond van een voor hen bindende handeling wederzijdse verbintenissen* aangaan, de inachtneming van de fundamentele vrijheden hebben verzekerd. Hoewel zodoende de mogelijkheid voor de lidstaten in aanmerking wordt genomen om — bij gebreke van communautaire harmonisatie — teneinde dubbele belasting tegen te gaan, de criteria voor de verdeling van hun belastingbevoegdheden vrij vast te stellen, ontstaat met betrekking tot de nakoming van de op hen rustende communautaire verplichtingen geen situatie van rechtsonzekerheid.

81. Dit is mogelijk mits aan twee essentiële voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats moet worden onderzocht of de globale behandeling waaraan een belastingplichtige wordt onderworpen uit hoofde van de relevante bepalingen van een ODB, *in het concrete geval* strookt met de beginselen van het gemeenschapsrecht inzake vrij verkeer. In een situatie als de onderhavige zou de bronstaat bijvoorbeeld door een ODB kunnen verzekeren dat ingezeten en niet-ingezeten belastingplichtigen die in een vergelijkbare situatie verkeren dezelfde voordelen krijgen wat de afschaffing van dubbele belasting betreft. In de tweede plaats moet op de staat waarvan de wettelijke regeling als zodanig in strijd blijkt met de beginselen van gemeenschapsrecht, de verplichting blijven rusten, ervoor te zorgen dat de verstorende gevolgen van zijn regeling worden geneutraliseerd zonder dat hij zich met het verweer dat de andere overeenkomstsluitende partij niet heeft voldaan aan de bepalingen van de ODB, kan onttrekken aan de krachtens het Verdrag op hem rustende verplichtingen. [38]

82. Tot een vergelijkbare conclusie met betrekking tot het aan ODB's toe te kennen belang is ook het Hof gekomen, dat heeft geoordeeld dat rekening moet worden gehouden met de bepalingen van een ODB om een voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te

37 — Zie punten 33-38 van de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 27 april 2006 in de zaak waarin het reeds aangehaalde arrest Denkavit Internationaal en Denkavit France is gewezen en mijn conclusie van 29 maart 2007 in de zaak Columbus (C-298/05, nog aanhangig bij het Hof, punt 47).

38 — Zie in die zin punten 39-43 van de conclusie in de zaak Denkavit Internationaal en Denkavit France.

geven, wanneer die rechter die ODB presenteert als deel uitmakend van het in het hoofdgeding toepasselijke rechtskader. [39]

83. Wat de onderhavige zaak betreft, verzoekt de verwijzende rechter, zoals hiervóór uiteengezet, het Hof uitspraak te doen over het belang van een full credit waarvan hij aanneemt dat Amurta er in Portugal recht op heeft, zonder evenwel te verduidelijken of deze mogelijkheid voortvloeit uit de toepassing van de relevante ODB tussen Portugal en Nederland.

84. De Nederlandse en de Italiaanse regering alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk stellen zich op het standpunt dat het Hof met die ODB rekening moet houden bij de toetsing van de verenigbaarheid van de betrokken Nederlandse wettelijke regeling met de beginselen van het vrije kapitaalverkeer.

85. Zoals ik reeds heb toegelicht, kan mijns inziens evenwel uit geen enkel gegeven in de verwijzingsbeslissing worden opgemaakt dat de verwijzende rechter aan de relevante bepalingen van de ODB tussen Portugal en Nederland heeft willen refereren; bedoelde rechter lijkt met het vermelden van het bestaan van de mogelijkheid van een full credit veeleer in het algemeen en alleen naar de Portugese nationale wettelijke regeling te hebben verwezen. [40]

86. Ik zal derhalve louter subsidiair ingaan op de concrete gevolgen van de relevante ODB voor de toetsing van de verenigbaarheid van de aan de orde zijnde Nederlandse regeling, voor het geval dat het Hof zou oordelen dat de nationale rechter met zijn vermelding van het bestaan van een full credit heeft gerefereerd aan bedoelde ODB, zodat deze deel uitmaakt van het rechtskader waarover het Hof een uitspraak moet doen.

87. Om de gevolgen van de betrokken Nederlandse regeling, die, zoals hiervóór is vastgesteld, niet-ingezetenen discrimineert, daadwerkelijk te neutraliseren, zou de relevante ODB in een zodanige verdeling van de belastingbevoegdheid tussen de overeenkomstsluitende partijen moeten voorzien, dat het nadeel dat de niet-ingezetenen lijden wegens de bronbelasting die in Nederland op hen van toepassing is, concreet wordt weggenomen. Dat kan alleen wanneer de gevolgen van die inhouding in Portugal volledig ongedaan worden gemaakt, met andere woorden, wanneer de in Nederland ingehouden dividendbelasting volledig wordt verrekend met de vennootschapsbelasting die anders in Portugal verschuldigd zou zijn

39 — Zie arrest Manninen, punt 21, arrest van 19 januari 2006, Bouanich (C-265/04, Jurispr. blz. I-923, punt 51), alsmede arresten Test Claimants in Class IV of the Act group litigation, punt 71, en Denkavit Internationaal en Denkavit France, punt 45.

40 — Dit is overigens ook het standpunt van de EVA-Autoriteit.

op die dividenden. Technisch gesproken zo het gaan het om een zogeheten full credit, ook wel een volledig belastingkrediet genoemd, dat het land van vestiging van de betrokken belastingplichtige (Portugal) zou verlenen ter verrekening van de in de „bronstaat" (Nederland) ingehouden dividendbelasting. [41]

88. Artikel 24 van de betrokken ODB voorziet echter in een stelsel van gewoon of gedeeltelijk krediet, dat wil zeggen dat de belastingplichtige de in Nederland ingehouden dividendbelasting mag aftrekken ten belope van het bedrag dat anders in Portugal zou moeten worden betaald als vennootschapsbelasting op winstuitkeringen in de vorm van buitenlandse dividenden. [42] In dat geval blijft een Portugese vennootschap als Amurta gedeeltelijk de gevolgen dragen van de Nederlandse bronbelasting, wat niet het geval is voor een in Nederland gevestigde vennootschap, die krachtens de Nederlandse wettelijke regeling volledig is vrijgesteld van dubbele belastingheffing over in Nederland ontvangen dividenden. Bijgevolg zijn de voordelen die worden toegekend aan de niet in Nederland gevestigde vennootschappen niet gelijkwaardig met die van de aldaar gevestigde vennootschappen die in een vergelijkbare situatie verkeren wat betreft de gevolgen van de dubbele belasting op inkomsten uit deelnemingen in Nederlandse vennootschappen, zodat de betrokken Nederlandse regeling een bij de artikelen 56 EG en 58 EG verboden willekeurige discriminatie blijft opleveren.

89. Zo tot slot mocht worden vastgesteld dat in Portugal een stelsel van deelnemingsvrijstelling geldt op basis waarvan van de vennootschapsbelasting zijn vrijgesteld de inkomsten uit deelnemingen, zou Amurta, al aangenomen dat de betrokken ODB voorziet in volledig belastingkrediet, er in concreto niet voor in aanmerking komen aangezien zij, zoals gezegd, in Portugal geen belasting over inkomsten uit deelnemingen verschuldigd zou zijn waarmee zij de Nederlandse inhouding op uitgekeerde dividenden zou kunnen verrekenen.

90. Zoals het Hof evenwel heeft geoordeeld, dient de nationale rechter het relevante nationale recht uit te leggen, zodat het aan hem staat om na te gaan of de globale behandeling die als gevolg van de gezamenlijke uitoefening van de belastingbevoegdheid, zoals die bij overeenkomst tussen de „bronstaat" en de staat van vestiging is verdeeld, wordt verleend aan een niet-ingezeten vennootschap, in het onderhavige geval niet minder gunstig is dan die welke ingezeten vennootschappen ten deel valt. [43]

41 — Soortgelijke oplossing in de zaak Denkavit Internationaal en Denkavit France, punten 54-56.

42 — Met het stelsel van gedeeltelijk belastingkrediet is de neutralisering van de gevolgen van de Nederlandse bronbelasting alleen dan denkbaar, wanneer in Nederland en in Portugal hetzelfde belastingtarief wordt toegepast, zodat het bedrag van de Nederlandse bronbelasting gelijk is aan dat van de Portugese vennootschapsbelasting die van toepassing is op de Nederlandse dividenden en dus volledig met laatstgenoemde belasting kan worden verrekend.

43 — In die zin arrest Bouanich, punt 51.

IV — Conclusie

91. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Gerechtshof te Amsterdam te beantwoorden als volgt:

„1) De artikelen 56 EG en 58 EG verzetten zich tegen een nationale regeling als die aan de orde in het hoofdgeding — bezien zonder rekening te houden met de gevolgen van eventuele toepasselijke overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting — waarbij dividenduitkeringen van vennootschappen met zetel in Nederland van bronbelasting worden vrijgesteld wanneer zij worden gedaan aan in deze staat gevestigde vennootschappen, maar niet wanneer zij worden gedaan aan vennootschappen die hun zetel niet in Nederland hebben of aldaar niet over een vaste inrichting beschikken.

2) Voor het antwoord op de eerste vraag is volstrekt irrelevant of een vennootschap die haar zetel niet in Nederland heeft of aldaar niet over een vaste inrichting beschikt, in haar land van vestiging op grond van de aldaar geldende wettelijke regeling aanspraak kan maken op een volledig belastingkrediet (full credit) ter compensatie van de Nederlandse dividendbelasting, gesteld dat deze mogelijkheid bestaat."