CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 24 januari 2008 [1]

1. Met de onderhavige prejudiciële verwijzing verzoekt de Franse Conseil d'État (Raad van State) om uitlegging van de artikelen 4 en 7, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn [2] (hierna: „richtlijn").

2. De richtlijn kan het best worden begrepen in het licht van de bredere problematiek die zij wil aanpakken.

Belasting van intragroep-dividenden

3. Een dochteronderneming keert dividend uit aan haar moederonderneming. Dividend wordt betaald uit de winst. Indien alle ondernemingen van een groep in dezelfde lidstaat binnenlands belastingplichtig zijn, wordt de dochteronderneming belast over de winst waaruit het dividend wordt betaald, terwijl bij de moeder het dividend, zoals bij iedere aandeelhouder, als inkomen wordt belast. Hetzelfde inkomen wordt aldus tweemaal bij verschillende belastingbetalers belast. Dit is economische dubbele belasting.

4. Om de gevolgen van deze dubbele belasting weg te nemen, hebben sommige lidstaten „verrekeningssystemen" ontwikkeld, waarin aandeelhouders een belastingkrediet wordt toegekend dat geheel of gedeeltelijk gelijk is aan de vennootschapsbelasting die betaald is over de winst waaruit het dividend is bekostigd. Het belastingkrediet wordt verrekend met de door de aandeelhouders verschuldigde belasting over het dividend, waardoor de dubbele belasting geheel of gedeeltelijk wordt weggenomen. Destijds kende Frankrijk een dergelijk nationaal belastingkrediet, het zogenoemde avoir fiscal. [3]

5. Lidstaten die dergelijke belastingkredieten met betrekking tot dividenden toekennen, wensen er zeker van te zijn dat daadwerkelijk

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB L 225, blz. 6). De richtlijn is nadien gewijzigd, maar het hoofdgeding betreft volgens verzoekster enkel de oorspronkelijke versie.

3 — Zie artikel 158 bis van de Code général des impôts (algemeen belastingwetboek).

vennootschapsbelasting is voldaan over de winst waaruit de dividenden zijn betaald. Daarom voorzien verrekeningssystemen in de heffing van een speciale, meestal vooruit te betalen belasting voor vennootschappen die dividend uitkeren dat in aanmerking komt voor een belastingkrediet. Destijds kende Frankrijk een dergelijke belasting: de précompte mobilier. [4]

6. Indien een groep ondernemingen bestaat uit een moedermaatschappij die in een lidstaat is gevestigd, en een of meer dochterondernemingen die in een of meer andere lidstaten zijn gevestigd, zal de grensoverschrijdende betaling van dividenden door de dochteronderneming aan de moeder vanzelfsprekend leiden tot verschillende belastingproblemen.

7. De meeste lidstaten heffen van op hun grondgebied gevestigde ondernemingen belasting op hun buitenlands inkomen, waartoe van oudsher dividenden van buitenlandse dochterondernemingen behoren. De meeste lidstaten belasten ook het inkomen dat niet-ingezetenen op hun grondgebied verwerven, en hebben op grensoverschrijdende dividendbetalingen steeds belasting bij de bron ingehouden. Een dergelijke bronbelasting zorgt ervoor dat de lidstaat van vestiging van de dochteronderneming de verschuldigde belasting ontvangt van aandeelhouders die hij niet rechtstreeks in de belastingheffing kan betrekken.

8. Wanneer een moedermaatschappij inkomen in de vorm van dividend van een buitenlandse dochteronderneming ontvangt, is daarom gewoonlijk reeds tweemaal belasting geheven over dit inkomen: ten eerste de buitenlandse vennootschapsbelasting op de winst waaruit de dochteronderneming het dividend uitkeert, verschuldigd door de dochteronderneming, en ten tweede de buitenlandse bronbelasting op het dividend zelf, verschuldigd door de moedermaatschappij (maar in feite bij de bron ingehouden en door de dochteronderneming aan de buitenlandse belastingautoriteiten betaald). Ook dit is economische dubbele belasting. Indien het dividend onderworpen is aan zowel bronbelasting in de lidstaat van de dochteronderneming als vennootschapsbelasting in de lidstaat van de moedermaatschappij, betaalt deze maatschappij over hetzelfde inkomen belasting in twee lidstaten. Dit is juridische dubbele belasting.

9. Teneinde deze economische en/of juridische dubbele belasting van dividend geheel of gedeeltelijk weg te nemen, zijn de meeste lidstaten van oudsher tegemoetgekomen aan dividendontvangers die fiscaal ingezetenen zijn op hun grondgebied. Zij deden dit ofwel eenzijdig ofwel ter uitvoering van een overeenkomst tot vermijding van dubbele belasting, met gebruikmaking van de vrijstellings- of de verrekeningsmethode.

10. Bij de vrijstellingsmethode wordt het betrokken buitenlandse inkomen volledig vrijgesteld van binnenlandse

4 — Zie artikel 223 sexies van de Code général des impôts.

vennootschaps- of inkomstenbelasting. In de verrekeningsmethode blijft een land buitenlands inkomen belasten, maar verleent een krediet voor bepaalde over het inkomen betaalde buitenlandse belastingen (namelijk de belasting op de winsten waaruit het dividend is betaald, en/of de bronbelasting op het dividend), dat vervolgens kan worden verrekend met de verschuldigde binnenlandse belasting.

11. Krachtens de door Frankrijk met andere lidstaten gesloten belastingverdragen wordt een dergelijk buitenlands belastingkrediet (crédit d'impôt étranger) aan een in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij toegekend voor winstuitkeringen van een dochteronderneming die in een andere lidstaat is gevestigd, wanneer deze uitkering in de andere lidstaat onderworpen is aan bronbelasting. Het buitenlandse belastingkrediet is gelijk aan het bedrag van de bronbelasting.

De richtlijn

12. De richtlijn heeft tot doel, de fiscale benadeling op te heffen die vennootschappen uit verschillende lidstaten in vergelijking met vennootschappen uit dezelfde lidstaat ondervinden, wanneer zij met elkaar willen samenwerken door de vorming van groepen moeder- en dochtermaatschappijen. [5]

13. Artikel 3, lid 1, sub a, bepaalt dat de lidstaten de hoedanigheid van moedermaatschappij ten minste toekennen aan iedere vennootschap [6] die haar fiscale woonplaats in een lidstaat heeft en een deelneming van minimaal 25 % [7] bezit in het kapitaal van een vennootschap van een andere lidstaat (in artikel 3, lid 1, sub b, omschreven als „dochteronderneming").

14. Artikel 4, lid 1, bepaalt dat, wanneer een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij dividend van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming ontvangt, de lidstaat van de moedermaatschappij ofwel zich onthoudt van het belasten van dit dividend (de vrijstellingsmethode), ofwel het dividend belast, maar toestaat dat de moedermaatschappij het gedeelte van de belasting van de dochteronderneming dat betrekking heeft op de als dividend uitgekeerde winst, van haar eigen belasting aftrekt (de verrekeningsmethode).

15. Krachtens artikel 4, lid 2, blijven de lidstaten evenwel bevoegd om te bepalen dat lasten die betrekking hebben op de deelneming en waardeverminderingen die

5 — Tweede en derde overweging van de considerans.

6 — Nauwkeuriger gezegd, iedere vennootschap die een van de in de bijlage bij de richtlijn genoemde rechtsvormen heeft en die onderworpen is aan een van de in artikel 2, sub c, opgesomde belastingen.

7 — Dit minimum is met ingang van 2 februari 2004 tot 20 % verlaagd en met ingang van 1 januari 2007 tot 15 %, en zal per 1 januari 2009 tot 10 % worden verlaagd (richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003 tot wijziging van richtlijn 90/435/EEG; PB 2004, L 7, blz. 41).

voortvloeien uit de uitkering van de winst van de dochteronderneming, niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst van de moedermaatschappij. Indien in dit geval de kosten van beheer met betrekking tot de deelneming forfaitair worden vastgesteld, „mag het forfaitaire bedrag niet meer dan 5 % bedragen van de door de dochteronderneming uitgekeerde winst".

16. Artikel 5, lid 1, schrijft voor dat de door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst van bronbelasting wordt vrijgesteld. Voor Griekenland, Duitsland en Portugal gelden echter uitzonderingen. Deze lidstaten mogen gedurende verschillende overgangsperioden bronbelasting heffen op de door dochterondernemingen aan moedermaatschappijen van andere lidstaten „uitgekeerde winst". [8]

17. Artikel 7, lid 2, bepaalt:

„Deze richtlijn laat onverlet de toepassing van nationale of verdragsbepalingen, die gericht zijn op de afschaffing of vermindering van dubbele economische belasting van dividenden, in het bijzonder van de bepalingen betreffende de betaling van belastingkredieten aan de gerechtigde tot de dividenden."

18. Krachtens artikel 1, lid 2, vormt de richtlijn „geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken".

19. De richtlijn diende op 1 januari 1992 met inachtneming van de overgangsbepalingen van artikel 5 in nationaal recht te zijn omgezet.

Relevante nationale wetgeving [9]

20. Frankrijk heeft voor de vrijstellingsmethode van artikel 4, lid 1, van de richtlijn gekozen. Dienovereenkomstig bepaalt artikel 216 van de Code général des impôts [10]

8 — Artikel 5, respectievelijk de leden 2, 3 en 4. De overgangsbepalingen werden bij de in voetnoot 7 aangehaalde richtlijn 2003/123 ingetrokken.

9 — Zoals beschreven door de verwijzende rechter bij wie op 22 december 2003 een beroep tot nietigverklaring is ingesteld. Het avoir fiscal en de précompte mobilier zijn daarna afgeschaft (met ingang van 1 januari 2005).

10 — In de versie van artikel 43, lid 1, van de financieringswet 1999 (nr. 98-1266 van 30 december 1998, JORF 20050), zoals gewijzigd bij artikel 20 van de financieringswet 2000 (nr. 99-1172 van 30 december 1999, JORF 19914).

(hierna: „artikel 216 CGI") dat de door een moedermaatschappij in de loop van een boekjaar ontvangen netto-inkomsten uit deelnemingen die recht geven op toepassing van de belastingregeling voor moedermaatschappijen [11], in mindering komen op haar totale nettowinst, na aftrek van een aandeel voor kosten en lasten ten belope van 5 % van de totale inkomsten uit deelnemingen, belastingkredieten daaronder begrepen. [12] Het gevolg van deze bepaling is dat deze 5 % bij het belastbaar inkomen van de moedermaatschappij wordt geteld (hierna: „bijtelling van 5 %").

21. Een van de belastingautoriteiten uitgaande circulaire [13] (hierna: „circulaire") vermeldt dat het belastingkrediet als bedoeld in artikel 216 CGI zowel het binnenlands belastingkrediet (avoir fiscal) voor in Frankrijk verkregen inkomen omvat, als het buitenlands belastingkrediet (crédit d'impôt étranger) voor inkomen van dochterondernemingen die in een land zijn gevestigd waarmee Frankrijk een belastingverdrag heeft gesloten.

22. Krachtens artikel 146, lid 2, van de Code général des impôts (hierna: „artikel 146, lid 2, CGI") kunnen belastingkredieten, indien een moedermaatschappij dividend van een buitenlandse dochteronderneming uitkeert aan haar eigen aandeelhouders en ter zake de précompte mobilier wordt geheven, alleen met de précompte mobilier worden verrekend wanneer zij betrekking hebben op dividenden die gedurende de laatste vijf jaar zijn betaald. Op grond van een buitenwettelijke faciliteit mogen deze belastingkredieten in voorkomend geval ook worden verrekend met de af te dragen bronbelasting op de dooruitdeling van dividend door de moedermaatschappij aan personen die fiscaal niet in Frankrijk zijn gevestigd of aldaar niet hun maatschappelijke zetel hebben.

De verwijzing in de onderhavige zaak

23. De Banque Fédérative du Crédit Mutuel (hierna: „Banque Fédérative") heeft voor de Conseil d'État nietigverklaring van de circulaire gevorderd. Zij stelt dat de circulaire, door in de grondslag van de berekening van de bijtelling van 5 % buitenlandse belastingkredieten op te nemen die krachtens tussen Frankrijk en andere staten gesloten belastingverdragen zijn betaald, niet in overeenstemming is met artikel 4 van de richtlijn, dat het bedrag van de kosten die niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst van de moedermaatschappij, indien dit forfaitair is vastge-

11 — Artikel 145 van de Code général des impôts, dat ten tijde van de feiten bepaalde dat de op moedermaatschappijen toepasselijke belastingregeling gold voor maatschappijen die aan het normale tarief van de vennootschapsbelasting waren onderworpen, indien zij ten minste 5 % van het kapitaal van de betrokken vennootschap in bezit hadden.

12 — Gemaximeerd: per belastingperiode tot ten hoogste het totale bedrag van alle door de houdstermaatschappij gemaakte soorten kosten en gedane uitgaven in dezelfde periode.

13 — Van 25 juni 1999, *Bulletin officiel des impôts* 4 H-4-99; zie met name artikel 15.

steld, limiteert tot 5 % van slechts „de door de dochteronderneming uitgekeerde winst”. [14]

24. De Conseil d'État merkt op dat krachtens de door Frankrijk met andere lidstaten gesloten belastingverdragen een in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij een belastingkrediet ontvangt bij uitkering van winst door een dochteronderneming gevestigd in een andere lidstaat, waar deze winstuitkering onderworpen is aan een door deze andere lidstaat geheven bronbelasting. [15] Dit belastingkrediet is gelijk aan het aldus afgetrokken bedrag van de bronbelasting. De bijtelling van 5 % brengt de moedermaatschappij in een positie die identiek is aan die waarin zij zou zijn geweest indien geen bronbelasting was geheven, mits het belastingkrediet volledig kan worden verrekend met de door de moedermaatschappij te betalen belasting. Uit de artikelen 146, lid 2, CGI en 216 CGI en de circulaire vloeit voort dat belastingkredieten die worden toegekend bij dividenduitkeringen van in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming, enkel kunnen worden verrekend met de door de moedermaatschappij te betalen belasting in geval van dooruitdeling van deze dividenden in de volgende vijf jaar. In dat geval tast de bijtelling van 5 % het beginsel van de fiscale neutraliteit van de grensoverschrijdende winstuitkering niet aan.

25. Gaat de moedermaatschappij echter binnen die periode niet over tot dooruitdeling van haar dividend, leidt de bijtelling van 5 % volgens de Conseil d'État tot een verhoging van haar belastbaar inkomen boven de door artikel 4 van de richtlijn vastgestelde grens en in zoverre tot een aantasting van de fiscale neutraliteit van de grensoverschrijdende winstuitkering. De Conseil d'État vraagt zich af, of de daaruit resulterende verhoging van de door de moedermaatschappij te betalen vennootschapsbelasting in overeenstemming is met artikel 7, lid 2, van de richtlijn.

26. De Conseil d'État heeft bijgevolg het Hof de volgende vraag voorgelegd:

„De bijtelling bij de belastbare winst van een in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij van 5 % van de belastingkredieten

14 — De Banque Fédérative betoogde voor de Conseil d'État ook dat: i) artikel 216 CGI in strijd is met artikel 4, lid 2, van de richtlijn door te bepalen dat de bijtelling van 5 % per belastingperiode niet meer kan bedragen dan het totale bedrag van de door de moedermaatschappij gemaakte kosten en gedane uitgaven van welke aard ook tijdens deze periode, en ii) de meetelling van het avoir fiscal (in het geval van in Frankrijk gevestigde dochterondernemingen) en de crédit d'impôt étranger (in het geval van in derde landen gevestigde dochterondernemingen) in de grondslag waarop de bijtelling van 5 % wordt berekend, de in Frankrijk gevestigde moedermaatschappijen discrimineert, zulks in strijd met de artikelen 43 EG en 56 EG. De Conseil d'État heeft beide argumenten verworpen en heeft hierover geen prejudiciële vragen gesteld.

15 — Het is duidelijk dat deze situatie niet meer mag voorkomen, aangezien artikel 5, lid 1, van de richtlijn voorschrijft dat winsten die door een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij in een andere lidstaat worden uitgekeerd, vrijgesteld zijn van bronbelasting. De onderhavige verwijzing betreft een beroep tot nietigverklaring van nationale wetgeving en niet zozeer een geschil over een specifieke belastingaanslag. Het is daarom mogelijk dat het arrest van het Hof gevolgen heeft voor de belastingaanslag in vroeger jaren, toen de overgangsbepalingen van artikel 5, leden 2, 3 en 4, nog van toepassing waren.

die zijn toegekend bij de uitkering van winst door een in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde dochteronderneming wanneer deze uitgekeerde winst in die andere lidstaat aan een bronbelasting was onderworpen, heeft geen invloed op de hoogte van de belasting van de moedermaatschappij, indien deze die belastingkredieten volledig met de door haar verschuldigde belasting kan verrekenen. Wanneer de moedermaatschappij niet binnen vijf jaar tot dooruitdeling van deze winst aan haar eigen aandeelhouders overgaat, waardoor zij geen gebruik kan maken van het belastingvoordeel dat deze belastingkredieten vertegenwoordigen, kan de heffing — bovenop de vennootschapsbelasting — waartoe de bijtelling van 5 % van de belastingkredieten bij haar belastbaar resultaat leidt, dan als door artikel 7, lid 2, van richtlijn 90/435/EEG van 23 juli 1990 toegestaan worden beschouwd, gelet op het lage bedrag van een dergelijke heffing en de omstandigheid dat zij in rechtstreeks verband staat met de betaling van belastingkredieten die de economische dubbele belasting van de dividenduitkering beogen te verminderen, of moet zij in strijd worden geacht met de door artikel 4 van deze richtlijn nagestreefde doelstellingen?"

27. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Banque Fédérative, de Franse en de Duitse regering en de Commissie, die alle, behalve de Duitse regering, ter terechtzitting waren vertegenwoordigd.

28. De vraag van de verwijzende rechter gaat ervan uit dat, tenzij toegestaan door artikel 7, lid 2, de nationale wetgeving volgens de uitlegging in de circulaire in strijd is met artikel 4, lid 2, van de richtlijn, voor zover belastingkredieten niet kunnen worden gebruikt omdat de moedermaatschappij de winsten niet binnen vijf jaar dooruitdeelt. De Franse en de Duitse regering stellen echter dat de wetgeving met artikel 4, lid 2, verenigbaar is zonder dat een beroep op artikel 7, lid 2, behoeft te worden gedaan. Ik zal daarom logischerwijs eerst de vraag behandelen of de betrokken nationale wetgeving in beginsel in strijd is met artikel 4, lid 2, van de richtlijn, en, zo ja, daarna de vraag of deze wetgeving toch rechtmatig is op grond van de uitzondering van artikel 7, lid 2, van de richtlijn (en/of, zoals de Franse regering stelt, op grond van artikel 1, lid 2).

Artikel 4, lid 2, van de richtlijn

29. De Banque Fédérative en de Commissie stellen dat de uitlegging van de nationale wetgeving in de circulaire in strijd is met artikel 4, lid 2, van de richtlijn. De beide regeringen bestrijden deze zienswijze.

30. Artikel 4, lid 2, van de richtlijn bepaalt dat, indien een lidstaat de beheerskosten van de deelneming die niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst van de moedermaatschappij, forfaitair vaststelt, dit forfaitaire bedrag niet meer mag bedragen dan 5 % van „de door de dochteronderneming uitgekeerde winst". De partijen die opmerkingen hebben ingediend, zijn verdeeld over de vraag of, in het geval dat het dividend aan bronbelasting is onderworpen, de „door [een] dochteronderneming uitgekeerde winst" betekent het nettobedrag van het dividend dat de moedermaatschappij daadwerkelijk (na aftrek van de bronbelasting) ontvangt, dan wel het brutobedrag van het dividend, namelijk het werkelijk ontvangen bedrag verhoogd met het bedrag van het belastingkrediet dat Frankrijk toekent ter compensatie van de bronbelasting.

31. De Conseil d'État en allen die opmerkingen hebben ingediend, citeren uitgebreid uit het arrest Océ van der Grinten [16], waarin het Hof onder meer werd gevraagd of de 5 %-belasting op het gecumuleerde bedrag van de dividenden die door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochteronderneming aan haar in Nederland gevestigde moedermaatschappij waren betaald, en het belastingkrediet waartoe deze uitkering het recht gaf, neerkwam op een met artikel 5, lid 1, van de richtlijn strijdige bronbelasting.

32. In die zaak was uitdrukkelijk betoogd dat het belastingkrediet deel uitmaakt van de door de dochteronderneming uitgekeerde winst. [17] Het Hof heeft dit argument niet aanvaard:

„Voor het deel dat drukt op het belastingkrediet waarop de dividenduitkering recht geeft, vertoont de 5 %-belasting niet de kenmerken van een in beginsel door artikel 5, lid 1, van de richtlijn verboden bronbelasting op winstuitkering, omdat de door de dochteronderneming uitgekeerde winst niet het voorwerp van de belasting is.

Het belastingkrediet is namelijk een fiscaal instrument om te voorkomen dat economisch gesproken tweemaal belasting wordt geheven op winstuitkering in de vorm van dividenden, eerst van de dochteronderneming en vervolgens van de dividendgerechtigde moedermaatschappij. Het belastingkrediet vormt dus geen opbrengst van waardepapieren." [18]

33. Het belastingkrediet in de zaak Océ van der Grinten betrof het bedrag dat de

16 — Arrest van 25 september 2003 (C-58/01, Jurispr. blz. I-9809).

17 — Zie punten 38 en 42.

18 — Punten 55 en 56.

onderneming die het dividend als zodanig uitkeerde, als voorschot op de vennootschapsbelasting over dit dividend had betaald. Het was derhalve bedoeld om, zoals het Hof uitlegde, de economische dubbele belasting te verminderen. [19] In de onderhavige zaak dient het betrokken belastingkrediet ertoe, de aandeelhouder te compenseren voor de bronbelasting op het dividend, en heeft daarom tot doel de juridische dubbele belasting te verminderen. [20] Ik ben het dus niet eens met de Commissie, die in haar zeer beknopte opmerkingen [21] eenvoudigweg stelt dat blijkens het arrest Océ van der Grinten het belastingkrediet niet als uitgekeerde winst kan worden beschouwd.

34. Uitgaande van een letterlijke interpretatie kan ik niet inzien waarom „door [een] dochteronderneming uitgekeerde winst" niet zou kunnen worden opgevat als het bedrag van het werkelijk ontvangen dividend, vermeerderd met het bedrag van het belastingkrediet dat Frankrijk verstrekt om de bronbelasting te compenseren. Gesteld dat de dochteronderneming een dividend van 100 EUR betaalbaar stelt, dan keert zij vanuit haar gezichtshoek bezien 100 EUR winst uit. Is er geen bronbelasting, dan gaat dit bedrag van de dochteronderneming rechtstreeks naar de moedermaatschappij. Ik zie niet in waarom het anders zou zijn wanneer de lidstaat van de dochteronderneming van haar verlangt dat zij op die uitkering een bedrag inhoudt overeenkomend met de door de moedermaatschappij te betalen belasting, en dat bedrag rechtstreeks afdraagt aan zijn belastingdienst. Zoals het Hof met betrekking tot een bronbelasting oordeelde in de zaak Athinaiki Zythopoiia [22], „moet de vennootschap een deel van de dividenden die zij uitkeert, inhouden en aan de belastingautoriteiten afdragen". Deze uitlegging lijkt mij bovendien te worden bevestigd door artikel 5 van de richtlijn, dat Duitsland, Griekenland en Portugal de heffing van een bronbelasting op de „uitgekeerde winst" toestaat.

35. De Franse regeling komt er, naar mijn mening en zoals de Franse regering heeft betoogd, eenvoudigweg op neer dat de bijtelling van 5 % wordt berekend over het totale bedrag van het vastgestelde dividend; de verwijzing naar het belastingkrediet is slechts een middel om er zeker van te zijn dat deze uitkomst wordt bereikt. Ik aanvaard derhalve niet het argument van de Banque Fédérative dat, omdat een in een belastingverdrag opgenomen belastingkrediet ter compensatie van de door de bronbelasting veroorzaakte vermindering van het dividendbedrag de vorm aanneemt van een staatskrediet,

19 — Dubbele belasting van hetzelfde inkomen bij twee verschillende belastingplichtigen: zie hierboven, punt 3.

20 — Dubbele belasting van hetzelfde inkomen bij dezelfde belastingplichtige: zie hierboven, punt 8.

21 — De Commissie wijdt vier korte paragrafen aan de vraag of de nationale wetgeving als uitgelegd door de circulaire, in overeenstemming is met artikel 4, lid 2, van de richtlijn.

22 — Arrest van 4 oktober 2001 (C-294/99, Jurispr. blz. I-6797, punt 7).

het niet de kenmerken van een dividend kan hebben en dus ook niet van uitgekeerde winst in de zin van de richtlijn. Overigens heeft de Banque Fédérative in verband met een stelling die ik niet behandel omdat ze uitdrukkelijk de uitlegging van de nationale wetgeving ter discussie stelt waarop de Conseil d'État zijn verwijzing naar het Hof heeft gebaseerd, aangevoerd dat de bronbelasting, ofschoon juridisch verschuldigd door de uitkerende onderneming, in werkelijkheid wordt gedragen door de ontvangers van het dividend. Dit argument lijkt mij de uitlegging te ondersteunen die ik voorstel.

36. Ik ben het ook eens met de Duitse regering, dat het doel van de richtlijn niet aan deze zienswijze in de weg staat. Om de fiscale neutraliteit te waarborgen, verbiedt artikel 5, lid 1, van de richtlijn de lidstaten bronbelasting te heffen op de door een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitgekeerde winst. In de onderhavige zaak is het gebrek aan fiscale neutraliteit te wijten aan de bronheffing in de staat van de dochteronderneming. Zolang een beroep kan worden gedaan op de overgangsbepalingen, zal een volledige fiscale neutraliteit wel niet kunnen worden bereikt. Dit wil niet zeggen dat een uitlegging die tot een onvolmaakte of onvolledige fiscale neutraliteit leidt, daarom onjuist is. Het ligt in de aard van overgangsbepalingen, dat tijdens hun looptijd de doelstellingen van de regeling waarop zij een uitzondering vormen, mogelijk niet volledig worden bereikt. Om van Frankrijk, dat voor de vrijstellings- en niet voor de verrekeningsmethode heeft gekozen, te verlangen dat het de volledige verrekening toestaat van de bronbelasting die gedurende de overgangsperiode is geheven, zou bovendien erop neerkomen dat het beide methodes zou moeten toepassen, terwijl de richtlijn de lidstaten voorschrijft voor de ene of voor de andere te kiezen.

37. Ik ben bijgevolg van mening dat wanneer een lidstaat krachtens artikel 4, lid 2, ervoor heeft gekozen lasten die betrekking hebben op een deelneming van een moedermaatschappij in een dochteronderneming in een andere lidstaat, en waardeverminderingen die voortvloeien uit de uitkering van de winst van de dochteronderneming, niet aftrekbaar te stellen van de belastbare winst van de moedermaatschappij, het niet in strijd is met die bepaling, dat de beheerskosten van de deelneming worden gesteld op 5 % van het totale inkomen uit de deelneming, daaronder begrepen belastingkredieten ter compensatie van bronbelasting die over het dividend is geheven overeenkomstig artikel 5, leden 2, 3 of 4, van de richtlijn.

38. Op grond van het bovenstaande is het niet nodig na te gaan of de regeling kan worden gerechtvaardigd door andere

bepalingen van de richtlijn. Desalniettemin wil ik kort ingaan op de relevantie van deze bepalingen.

Artikel 7, lid 2, van de richtlijn

39. De nationale rechter vraagt of, indien de nationale regeling zoals uitgelegd door de circulaire in strijd is met artikel 4, lid 2, van de richtlijn, zij niettemin geoorloofd kan zijn op grond van artikel 7, lid 2, ervan omdat zij — daar het enige gevolg van de bijtelling van 5 % is, dat het aan de moedermaatschappij toegekende belastingkrediet ter zake van de uitkering van dividend gedeeltelijk vermindert — kan worden beschouwd als behorend tot een geheel van maatregelen betreffende de betaling van belastingkredieten aan dividendgerechtigden en dus als bedoeld om dubbele belasting te verminderen.

40. Artikel 7, lid 2, bepaalt dat de richtlijn „de toepassing van nationale of verdragsbepalingen [onverlet laat], die gericht zijn op de afschaffing of vermindering van dubbele economische belasting van dividenden, in het bijzonder van de bepalingen betreffende de betaling van belastingkredieten aan de gerechtigde tot de dividenden".

41. De Banque Fédérative en de Commissie zijn van mening dat de uitzondering van artikel 7, lid 2, van de richtlijn niet van toepassing is. De Franse regering is in haar schriftelijke opmerkingen de tegengestelde mening toegedaan, hoewel zij ter terechtzitting heeft betoogd dat de regeling met artikel 4, lid 2, verenigbaar is, zodat artikel 7, lid 2, irrelevant is. De Duitse regering heeft geen standpunt ingenomen ten aanzien van artikel 7, lid 2.

42. Mijns inziens is het duidelijk dat artikel 7, lid 2, in de onderhavige zaak niet relevant kan zijn, aangezien de aan de orde zijnde nationale regeling niet bedoeld is om een economische dubbele belasting weg te nemen of te verminderen. Hoewel de prejudiciële vraag vermeldt dat de bijkomende heffing die het gevolg is van de 5 %-bijtelling, „in rechtstreeks verband staat met de betaling van belastingkredieten die de economische dubbele belasting van de dividenduitkering beogen te verminderen", blijkt duidelijk uit de verwijzingsbeschikking als geheel dat de betrokken belastingkredieten (crédits d'impôt étranger) de juridische dubbele belasting op hetzelfde dividend bij

de moedermaatschappij zowel in de lidstaat van de dochteronderneming als in die van de moedermaatschappij willen verminderen.

Artikel 1, lid 2, van de richtlijn

43. De Franse regering heeft het Hof verzocht, naast de artikelen 4, lid 2, en 7, lid 2, van de richtlijn die de verwijzende rechter specifiek heeft vermeld, artikel 1, lid 2, in zijn overwegingen te betrekken. Volgens deze bepaling vormt de richtlijn geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruik. De Franse regering merkt op dat de nationale bepaling die aanleiding was tot het hoofdgeding, inhoudt dat een moedermaatschappij belastingkredieten die zij heeft verkregen van dochterondernemingen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, enkel kan verrekenen met de précompte mobilier die is geheven van aan haar aandeelhouders uitgekeerd dividend, indien de uitkering binnen vijf jaar plaatsvindt. Deze beperking tot vijf jaar weerspiegelt het streven van de Franse regering om fraude te bestrijden. Het risico van fraude en de moeilijkheid van fiscale controle zouden groter worden indien ondernemingen belastingkredieten konden verrekenen die verband houden met dividenden die 10 of 20 jaar eerder zijn ontvangen. De belastingdienst zou niet bij machte zijn om na te gaan of de kredieten terecht waren en dus om het risico van fraude met fictieve belastingkredieten te voorkomen.

44. Dit argument kan ik niet aanvaarden. Zoals het Hof in de zaak Leur-Bloem oordeelde, kan een algemeen vermoeden van belastingfraude of -ontwijking geen rechtvaardiging vormen voor een belastingmaatregel die afbreuk doet aan het door een richtlijn nagestreefde doel.[23] Die zaak betrof een nationale wettelijke bepaling die, overeenkomstig artikel 11 van de fusierichtlijn[24], beoogde te verhinderen dat de belastingvoordelen waarin deze richtlijn voorziet, worden toegekend voor handelingen die als hoofddoel belastingfraude of -ontwijking hebben. Hetzelfde beginsel behoort duidelijk ook te gelden wanneer, zoals in casu, een richtlijn de lidstaten toestaat om van haar bepalingen af te wijken op grond van fraude of misbruik. Indien de Franse autoriteiten willen nagaan of bepaalde belastingkredieten juist zijn, kunnen zij een beroep doen op de wederzijdse bijstandsrichtlijn[25] teneinde alle informatie van de bevoegde autoriteiten van een andere lidstaat te verkrijgen die nodig is voor de juiste vaststelling van de vennootschapsbelasting.

23 — Arrest van 17 juli 1997 (C-28/95, Jurispr. blz. I-4161, punt 44).

24 — Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (PB L 225, blz. 1).

25 — Richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen (PB L 336, blz. 15).

Conclusie

45. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vraag van de Conseil d'État (Frankrijk) te beantwoorden als volgt:

„Wanneer een lidstaat krachtens artikel 4, lid 2, van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, ervoor heeft gekozen lasten die betrekking hebben op een deelneming van een moedermaatschappij in een dochteronderneming in een andere lidstaat, en waardeverminderingen die voortvloeien uit de uitkering van de winst van de dochteronderneming, niet aftrekbaar te stellen van de belastbare winst van de moedermaatschappij, is het niet in strijd met die bepaling, dat de beheerskosten van de deelneming worden gesteld op 5 % van het totale inkomen uit de deelneming, daaronder begrepen belastingkredieten ter compensatie van bronbelasting die over het dividend is geheven overeenkomstig artikel 5, leden 2, 3 of 4, van deze richtlijn."