CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
L. A. GEELHOED
van 27 april 2006 [1]

I — Inleiding

1. Met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing vraagt de Franse Conseil d'État, of het in strijd is met artikel 43 EG dat een lidstaat een dividendbelastingregeling handhaaft op grond waarvan hij aan binnenlandse moedermaatschappijen uitgekeerde dividenden bij die moedermaatschappijen bijna volledig vrijstelt van belasting, terwijl hij uitgaande dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezeten moedermaatschappijen onderwerpt aan economische dubbele belasting, waarvoor in feite geen verlichting wordt geboden krachtens de toepassing van het geldende verdrag tot vermijding van dubbele belasting (hierna: „belastingverdrag").

2. Daar deze zaak de behandeling van uitgaande dividenden door een lidstaat betreft, gaat het wederom om de omvang van de verplichtingen die krachtens artikel 43 EG op een bronstaat rusten. Ik heb dit punt in detail behandeld in mijn conclusie in zaak C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation. [2]

II — Rechtskader

A — *De op het relevante tijdstip van kracht zijnde Franse wetgeving*

3. Artikel 119 bis, lid 2, van de Franse Code général des impôts (hierna: „CGI") bepaalde dat op de in de artikelen 108 tot en met 117 bis van de CGI genoemde inkomsten — waaronder inkomsten uit aandelen — een bronbelasting werd geheven tegen het in artikel 187, lid 1, CGI bepaalde tarief, wanneer zij ten goede kwamen aan personen die fiscaal niet in Frankrijk woonden of gevestigd waren. Volgens artikel 187, lid 1,

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Conclusie van 23 februari 2006 in de zaak C-374/04, aanhangig bij het Hof.

CGI was het tarief van die bronbelasting 25 %. Bepaalde belastingverdragen voorzagen echter in een lager bronbelastingtarief.

4. Keerde een Franse dochtermaatschappij dividend uit aan een Franse moedermaatschappij, dan werd geen bronbelasting geheven. Voorts konden ondernemingen en andere lichamen die tegen het normale tarief onderworpen waren aan de Franse vennootschapsbelasting, krachtens artikel 145, lid 1, CGI als gevolg van de aanwezigheid van hun zetel of een vestiging in Frankrijk in aanmerking komen voor de zogenoemde „moedermaatschappij"-belastingregeling van artikel 216 CGI. In de voor de onderhavige zaak relevante versie bepaalde dit artikel voornamelijk dat dividenden die recht gaven op toepassing van de moedermaatschappijregeling en onder artikel 145 CGI vielen, bij de moedermaatschappij bijna volledig van belasting waren vrijgesteld: dergelijke dividenden kwamen in mindering op haar totale belastbare winst, met de uitzondering dat een vast percentage van 5 % van de totale inkomsten uit aandelen van de moedermaatschappij, belastingkredieten daaronder begrepen, niet aftrekbaar was (zijnde vergoedingen en heffingen).

B — *Het Frans-Nederlands verdrag tot het vermijden van dubbele belasting van 16 maart 1973*

5. Artikel 10, lid 1, van het Frans-Nederlands belastingverdrag bepaalt dat dividenden die door een in een staat gevestigde onderneming aan een inwoner van een andere staat worden betaald, in laatstgenoemde staat worden belast. Volgens artikel 10, lid 2, van dit verdrag mogen dergelijke dividenden in de staat van vestiging van de uitkerende onderneming evenwel worden belast tegen ten hoogste 5 % van het brutobedrag van de dividenden, indien de begunstigde daarvan een vennootschap op aandelen („société par actions") of een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid („société à responsabilité limitée") is die onmiddellijk ten minste 25 % van het kapitaal van de uitkerende onderneming bezit.

6. Artikel 24, lid 1, van het Frans-Nederlands belastingverdrag bepaalt dat Nederland, teneinde dubbele belasting te vermijden, bevoegd is om in zijn belastinggrondslag bestanddelen van inkomen of vermogen op te nemen die, overeenkomstig de bepalingen van dat verdrag, in Frankrijk mogen worden belast. Artikel 24, lid 3, van het belastingverdrag bepaalt hoofdzakelijk dat met betrekking tot de bestanddelen van het inkomen die ingevolge artikel 24, lid 1, in de belastinggrondslag zijn opgenomen en, onder meer, volgens artikel 10, lid 2, van het verdrag mogen worden belast, Nederland een krediet zal verlenen voor Franse bronbelasting die over dividenden uit Franse bron was geheven, en wel tot het bedrag van de Nederlandse belasting die anders over die dividenden verschuldigd zou zijn.

III — Feiten en procesverloop

7. Denkavit International BV is een Nederlandse vennootschap die op het relevante tijdstip twee Franse dochtermaatschappijen had, Agro Finances SARL, waarin zij een deelneming van 99,9 % had, en Denkavit France SARL, waarin zij een deelneming van 50 % had. De overige 50 % van het kapitaal in Denkavit France was in handen van Agro Finances, hetgeen betekende dat Denkavit International nagenoeg het volledige kapitaal van Agro Finances en Denkavit France beheerste. Van 1987 tot 1989 betaalden deze twee ondernemingen 14,5 miljoen FRF aan dividend aan Denkavit International. Krachtens de bepalingen van de Franse belastingwetgeving juncto die van het Frans-Nederlands belastingverdrag werd over die dividenden 5 % bronbelasting geheven.

8. Ofschoon dit in de verwijzingsbeslissing niet expliciet wordt gesteld, wordt aangenomen dat dividenden van een Franse dochtermaatschappij aan een Nederlandse moedermaatschappij als Denkavit International, krachtens Nederlands recht bij de moedermaatschappij waren vrijgesteld van Nederlandse belasting.

9. Denkavit International en Denkavit France hebben bij de Franse belastingdienst bezwaar ingediend tegen de 5 % Franse bronbelasting, op grond dat deze in strijd was met artikel 43 EG en met de nondiscriminatieclausule van artikel 25 van het Frans-Nederlands belastingverdrag.

10. Nadat dit bezwaar was afgewezen, hebben de ondernemingen beroep ingesteld bij het Tribunal administratif de Nantes, dat hun vordering bij vonnis van 10 april 1997 toewees, op grond dat de heffing van de bronbelasting in strijd was met artikel 43 EG, en hun teruggaaf van die belasting verleende. De Franse Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie stelde hoger beroep in bij de Cour administrative d'appel de Nantes, die het vonnis vernietigde en bevestigde dat de bronbelasting rechtsgeldig was geheven. Denkavit International en Denkavit France gingen op hun beurt van dit vonnis in beroep bij de Conseil d'État, die het Hof bij vonnis van 15 december 2004 de volgende prejudiciële vragen heeft voorgelegd:

„1) Is een regeling die een niet in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij bij ontvangst van dividenden aan een belasting onderwerpt, doch de in Frankrijk gevestigde moedermaatschappijen daarvan vrijstelt, vatbaar voor kritiek vanuit het oogpunt van het beginsel van de vrijheid van vestiging?

2) Is een dergelijke bronbelastingregeling als zodanig vatbaar voor kritiek vanuit het oogpunt van het beginsel van vrijheid van vestiging, of dient bij de beoordeling van de verenigbaarheid van deze regeling met het beginsel van de vrijheid van vestiging rekening te worden gehouden met een belastingverdrag tussen Frankrijk en een andere lidstaat, dat deze bronbelasting toestaat en voorziet in de mogelijkheid om

krachtens deze regeling gedragen belasting af te trekken van de in de andere staat verschuldigde belasting?

3) Ingeval het tweede onderdeel van de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord, is dan het bestaan van voormeld verdrag voldoende om deze regeling te kunnen beschouwen als een gewone methode ter verdeling van het belastingobject tussen de twee betrokken staten, die geen invloed op de ondernemingen heeft, of moet deze regeling, gelet op de omstandigheid dat het voor een niet in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij onmogelijk kan zijn de aftrek krachtens het verdrag toe te passen, worden beschouwd als een schending van het beginsel van de vrijheid van vestiging?"

IV — Analyse

11. Als opmerking vooraf wijs ik erop dat de feiten die in deze zaak ter discussie staan zich voordeden tussen 1987 en 1989, dat wil zeggen vóór de vaststelling van richtlijn 90/435 van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (hierna: „moeder-dochterrichtlijn"). [3] De oorspronkelijk versie van artikel 5, lid 1, van deze richtlijn bepaalde dat de door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst werd vrijgesteld van bronbelasting, althans wanneer laatstgenoemde een minimumdeelneming van 25 % bezat in het kapitaal van de dochteronderneming. [4] Ingevolge artikel 8 dienden de lidstaten de richtlijn vóór 1 januari 1992, dat wil zeggen na de feiten die aanleiding hebben gegeven tot de onderhavige zaak, in nationaal recht om te zetten. De moeder-dochterrichtlijn is in casu dus niet van toepassing.

12. Voorts wijs ik erop dat aangezien Denkavit International nagenoeg het volledige kapitaal van Agro Finances en Denkavit France in handen had, de zaak duidelijk op haar verenigbaarheid met artikel 43 EG en niet met artikel 56 EG moet worden getoetst. Het is immers vaste rechtspraak van het Hof dat een in een lidstaat gevestigde onderneming die een deelneming in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming bezit waardoor zij zodanig invloed op de besluiten van die onderneming heeft dat zij de activiteiten kan bepalen, haar recht van vestiging uitoefent. [5]

A — *Eerste vraag*

13. Met zijn eerste vraag wenst de nationale rechter te vernemen, of een maatregel die

3 — 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).

4 — Dit artikel is gewijzigd bij richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003 tot wijziging van richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 2004, L 7, blz. 41).

5 — Zie arrest van 13 april 2000, Baars, C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 22, en mijn conclusie in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, aangehaald in voetnoot 2, punt 27.

niet in Frankrijk ingezeten moedermaatschappen bij ontvangst van dividenden wél, maar in Frankrijk ingezeten moedermaatschappijen bij ontvangst van dividenden niet aan belasting onderwerpt, in strijd is met de vrijheid van vestiging.

14. In de context van de feiten van de onderhavige vraag wenst de nationale rechter in wezen te vernemen, of het in beginsel in strijd is met artikel 43 EG dat Frankrijk bronbelasting heft op dividenden die een Franse dochtermaatschappij aan een Nederlandse moedermaatschappij uitkeert, maar geen soortgelijke belasting heft op dividenden die een Franse dochtermaatschappij aan een Franse moedermaatschappij uitkeert.

15. Bij de beantwoording van deze vraag is het voor de duidelijkheid van de analyse van belang, onderscheid te maken tussen de verschillende niveaus van belastingheffing die bij uitgekeerde winst van dochtermaatschappijen in beginsel kunnen ontstaan. In de eerste plaats kan dergelijke winst bij de dochteronderneming als vennootschapsbelasting worden belast. In de tweede plaats kan de winst bij uitkering worden belast op het niveau van de aandeelhouder (moedermaatschappij), en wel als inkomstenbelasting bij ontvangst van de dividenden en/of als door de uitkerende onderneming in te houden bronbelasting.

16. Het bestaan van deze twee mogelijke niveaus van belastingheffing kan economische dubbele belasting (dezelfde inkomsten worden tweemaal belast bij twee verschillende belastingbetalers) én juridische dubbele belasting (twee keer belastingheffing van hetzelfde inkomen, in handen van dezelfde belastingbetaler) tot gevolg hebben. Economische dubbele belasting bijvoorbeeld wanneer dezelfde winst eerst als vennootschapsbelasting bij de onderneming wordt belast en vervolgens als inkomstenbelasting bij de aandeelhouder. Juridische dubbele belasting bijvoorbeeld wanneer een aandeelhouder eerst met bron- en vervolgens met inkomstenbelasting wordt geconfronteerd, geheven door verschillende lidstaten over dezelfde winst.

17. In de onderhavige zaak bood de Franse dividendbelastingregeling bij dividenden die door een Franse dochtermaatschappij aan een Franse moedermaatschappij werden uitgekeerd, bijna volledige verlichting van economische dubbele belasting op de dividenden, door deze slechts één keer te belasten — als vennootschapsbelasting die over de winst van de dochtermaatschappij werd geheven — en deze bijna volledig vrij te stellen van een tweede niveau van belastingheffing bij de moedermaatschappij.

18. Werden de dividenden echter door Franse dochtermaatschappijen aan Nederlandse moedermaatschappijen uitgekeerd, dan onderwierp de Franse regeling — afzonderlijk beschouwd en zonder rekening te houden met de gevolgen van het Frans-Nederlands belastingverdrag, conform de eerste vraag van de nationale rechter — die dividenden aan economische dubbele belasting, eerst als vennootschapsbelasting over

de winst van de dochtermaatschappij en vervolgens, bij de moedermaatschappij, als bij uitkering van die dividenden geheven bronbelasting.

19. De vraag is, of een dergelijk verschil in behandeling onrechtmatige discriminatie tussen een Franse en een Nederlandse moedermaatschappij oplevert, die in strijd is met artikel 43 EG.

20. Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, doch dat deze niettemin verplicht zijn, die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen. [6] Zoals ik in mijn conclusies in de zaken Test Claimants in the ACT Group Litigation, Test Claimants in the FII Group Litigation en Kerckhaert en Morres [7] heb opgemerkt, wordt er inbreuk gemaakt op de artikelen 43 EG en 56 EG wanneer de verschillende behandeling door de betrokken lidstaat van zijn belastingplichtigen niet een rechtstreeks en logisch gevolg is van het feit dat, bij de huidige stand van ontwikkeling van het gemeenschapsrecht, verschillende fiscale verplichtingen voor personen kunnen gelden voor grensoverschrijdende en voor louter nationale situaties. [8] Dit betekent met name dat, om onder de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer te vallen, een nadelige fiscale behandeling het gevolg moet zijn van rechtstreekse of verkapte discriminatie als gevolg van de regels van één bevoegdheid, en niet van dispariteiten of verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de belastingstelsels van (twee of meer) lidstaten dan wel van de co-existentie van nationale belastingdiensten. [9]

21. In de onderhavige zaak is de heffingsbevoegdheid die Frankrijk uitoefent over uitgaande dividenden die aan Nederlandse moedermaatschappijen — als niet in Frankrijk ingezeten ondernemingen — worden uitgekeerd, beperkt tot hetgeen in internationaal belastingrecht de bevoegdheid van de „bronstaat" of territoriale bevoegdheid wordt genoemd: dat wil zeggen, Frankrijk heeft alleen heffingsbevoegdheid over het inkomen dat de Nederlandse moedermaatschappij binnen de jurisdictie van de bronstaat verdient.

22. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak Test Claimants in the ACT Group Litigation heb uiteengezet, is de aard van de krachtens artikel 43 EG op een bronstaat rustende verplichting, voorzover hij heffingsbevoegdheid over inkomsten van niet-ingezetenen uitoefent, om deze op vergelijkbare wijze te behandelen als inkomsten van ingezetenen,

6 — Zie bijvoorbeeld arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 29, en aldaar aangehaalde zaken.

7 — Zie mijn conclusie in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, aangehaald in voetnoot 2, punten 32 e.v., mijn conclusie van 6 april 2006 in de zaak Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04, punten 37 e.v., en mijn conclusie van 6 april 2006 in de zaak Kerckhaert en Morres, C-513/04, aanhangig bij het Hof, punten 18 en 19.

8 — Zie voor een uitgebreid betoog hierover, punten 31-54 van mijn conclusie in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, aangehaald in voetnoot 2.

9 — Ibidem, punt 55.

dat wil zeggen een verplichting om geen onderscheid te maken tussen ingezetenen en niet-ingezetenen, voorzover laatstgenoemden onder zijn heffingsbevoegdheid vallen. [10] Zo heeft het Hof bijvoorbeeld geoordeeld dat voorzover een bronstaat heffingsbevoegdheid over een buitenlands filiaal uitoefent, hij dat filiaal niet aan een hoger vennootschapsbelastingtarief mag onderwerpen dan het tarief dat hij op zijn eigen ingezeten ondernemingen toepast. [11] Ook moeten belastingvoordelen die aan ingezeten ondernemingen worden verleend — met inbegrip van die welke krachtens belastingverdragen worden verleend [12] — op dezelfde wijze worden verleend aan filialen (permanente inrichtingen) van niet-ingezeten ondernemingen indien die filialen anderszins op dezelfde wijze als ingezeten ondernemingen belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting. [13] Bovendien, voorzover een bronstaat ervoor kiest om zijn ingezetenen verlichting te geven van nationale economische dubbele belasting, moet hij die verlichting uitbreiden tot niet-ingezetenen voorzover dezelfde nationale economische dubbele belasting het resultaat is van de uitoefening van zijn heffingsbevoegdheid over die niet-ingezetenen [bijvoorbeeld waar de bronstaat ondernemingswinst eerst aan de vennootschapsbelasting onderwerpt en vervolgens, bij uitkering, aan een tweede niveau van (inkomsten- of bron-) belasting]. Dit volgt uit het beginsel dat belastingvoordelen die de bronstaat aan niet-ingezetenen verleent dezelfde moeten zijn als die welke aan ingezetenen worden verleend, voorzover de bronstaat overigens een gelijke heffingsbevoegdheid over beide groepen uitoefent. [14]

23. Bij toepassing van deze beginselen op de feiten van de onderhavige zaak, levert het scenario dat de nationale rechter in zijn eerste vraag schetst een duidelijk voorbeeld op van discriminatie, door Frankrijk, tussen Franse moedermaatschappijen (binnenlandse dividenden) en Nederlandse moedermaatschappijen (uitgaande dividenden). Zoals ik heb uiteengezet, verzekerde de betrokken Franse regeling dat nagenoeg volledige verlichting werd geboden van dubbele belasting op winst die een Franse dochtermaatschappij uitkeerde aan een Franse moedermaatschappij (door middel van vrijstelling van belasting bij de moedermaatschappij), maar onderwierp zij winst die een Franse dochteronderneming aan een Nederlandse moedermaatschappij uitkeerde aan economische dubbele belasting (door middel van een bronbelasting op uitgaande dividenden). [15] Op zich beschouwd en de werking van toepasselijke belastingverdragen buiten beschouwing gelaten — welk punt aan de orde komt in de tweede en de derde vraag van de nationale rechter — is een dergelijke behandeling dus zonder meer discriminerend in de zin van artikel 43 EG: Frankrijk belastte dividenden die aan Nederlandse moedermaatschappijen werden uitgekeerd immers zwaarder dan „binnenlandse" dividenden die aan Franse moedermaatschappijen werden uitgekeerd.

10 — Ibidem, punten 66-73 en punt 88.

11 — Arrest van 29 april 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97, Jurispr. blz. I-2651.

12 — Arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain, C-307/97, Jurispr. blz. I-6161.

13 — Arresten van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk („Avoir Fiscal"), C-270/83, Jurispr. blz. 273; 13 juli 1993, Commerzbank, C-330/91, Jurispr. blz. I-4017, en 15 mei 1997, Futura Participations en Singer, C-250/95, Jurispr. blz. I-2471.

14 — Zie de in voetnoten 12 en 13 aangehaalde zaken.

15 — Ofschoon dit in de verwijzingsbeslissing niet aan de orde komt, lijkt dit ook het geval te zijn voor andere niet-Franse moedermaatschappijen, hoewel de exacte hoogte van de bronbelasting op uitgaande dividenden afhing van de bepalingen van het toepasselijke belastingverdrag (indien aanwezig).

24. Het is juist dat krachtens artikel 216, lid 2, CGI aan een Franse moedermaatschappij uitgekeerde dividenden bij die moedermaatschappij weliswaar bijna volledig waren vrijgesteld van belasting, doch een vast percentage van 5 % van de totale inkomsten uit aandelen van de moedermaatschappij, waaronder belastingkredieten, niet aftrekbaar was van haar totale belastbare winst (zijnde vergoedingen en heffingen verband houdende met vrijgesteld dividendinkomen). Ofschoon dit tot gevolg had dat binnenlands dividendinkomen niet volledig was vrijgesteld van economische dubbele belasting — dat wil zeggen, 5 % van dit inkomen was opgenomen in de belastbare winst van de Franse moedermaatschappij — was de algehele belastingdruk op dit dividendinkomen duidelijk lager dan op uitgaande dividenden, waarover ingevolge artikel 187, lid 1, CGI en bij ontbreken van een toepasselijk belastingverdrag 25 % bronbelasting werd geheven en, in het geval van uitgaande dividenden die aan een Nederlandse moedermaatschappij werden uitgekeerd, 5 % bronbelasting als gevolg van het Frans-Nederlands belastingverdrag.

25. De Franse regering stelt echter dat dit verschil in behandeling geen discriminatie in de zin van artikel 43 EG oplevert, aangezien Frankrijk – als bronstaat — krachtens het territorialiteitsbeginsel gerechtigd is om dividenden van een Franse dochtermaatschappij aan een niet-Franse moedermaatschappij te belasten.

26. Dit argument is duidelijk niet overtuigend. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation heb uiteengezet, berust de bevoegdheid om de heffingsgrondslag te verdelen weliswaar uitsluitend bij de lidstaten en heeft het Hof herhaaldelijk uitdrukkelijk aanvaard dat het fundamentele onderscheid tussen de bevoegdheid van de woonstaat en die van de bronstaat in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht, maar de lidstaten moeten bij de uitoefening van die bevoegdheid wel het in de artikelen 43 EG en 56 EG neergelegde discriminatieverbod in acht nemen. [16]

27. De Franse regering stelt voorts dat het krachtens internationaal belastingrecht in beginsel aan de woonstaat van de belastingplichtige is — dat wil zeggen, in het geval van een Nederlandse moedermaatschappij, Nederland — om in een situatie van grensoverschrijdende inkomsten verlichting van dubbele belasting te bieden. Ook dit argument is mijns inziens echter volkomen irrelevant. Het is juist dat, zoals ik in mijn conclusie in de zaak Kerckhaert en Morres heb opgemerkt, in zaken waarin als gevolg van grensoverschrijdend inkomen juridische dubbele belasting ontstaat, het op grond van het in internationaal belastingrecht neergelegde beginsel van het „recht van de bron-

16 — Zie mijn conclusie in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, aangehaald in voetnoot 2, punten 51 en 52. Zie eveneens arresten van 19 januari 2006, Bouanich, C-265/04, Jurispr. blz. I-923, punten 49 en 50; 5 juli 2005, D., C-376/03, Jurispr. blz. I-5821, punt 28; 12 juni 2003, Gerritse, C-234/01, Jurispr. blz. I-5933, punt 45; 12 december 2002, De Groot, C 385/00, Jurispr. blz. I-11819, punt 93; 12 mei 1998, Gilly, C-336/96, Jurispr. blz. I-2793, punten 30 en 31; Saint-Gobain, aangehaald in voetnoot 12; Futura Participations en Singer, aangehaald in voetnoot 13, punten 20 en 21, en arrest van 14 februari 1995, Schumacker, C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 57.

staat" in beginsel aan de woonstaat is om ervoor te kiezen, of en in hoeverre hij verlichting van die dubbele belasting wil bieden. [17] Dit neemt echter niet weg dat een bronstaat verplicht is om niet-ingezetenen op vergelijkbare wijze te behandelen als ingezetenen, voorzover eerstgenoemden onder zijn heffingsbevoegdheid vallen.

28. Als laatste punt wil ik hieraan toevoegen dat de Franse regering geen enkel argument heeft aangevoerd waarom een dergelijke discriminerende behandeling gerechtvaardigd zou moeten worden geacht, bijvoorbeeld teneinde misbruik van recht te voorkomen [18] of wegens de noodzaak om de fiscale samenhang van de nationale belastingstelsels [19] te verzekeren, en dat in de verwijzingsbeslissing evenmin melding wordt gemaakt van een dergelijke rechtvaardiging.

29. Derhalve moet op de eerste vraag worden geantwoord dat een maatregel als in het hoofdgeding aan de orde is, die niet in Frankrijk ingezeten moedermaatschappijen die dividenden ontvangen van in Frankrijk ingezeten dochtermaatschappijen onderwerpt aan een bronbelasting op die dividenden, maar in Frankrijk ingezeten moedermaatschappijen die dividenden ontvangen van in Frankrijk ingezeten dochtermaatschappijen aan geen enkele belasting op die dividenden onderwerpt, een discriminerende en met artikel 43 EG strijdige beperking van de vrijheid van vestiging is.

B — *De tweede en de derde vraag*

30. Met zijn tweede vraag wenst de nationale rechter te vernemen of, waar een bronbelasting als bedoeld in de eerste vraag op grond van een belastingverdrag tussen Frankrijk en een andere lidstaat is toegestaan en dat belastingverdrag voorziet in de mogelijkheid om die belasting te verrekenen met de in die andere lidstaat verschuldigde belasting, dit verdrag in aanmerking moet worden genomen wanneer de maatregel op zijn verenigbaarheid met artikel 43 EG wordt beoordeeld. Met zijn derde vraag wenst hij te vernemen of, indien inderdaad rekening moet worden gehouden met het toepasselijke belastingverdrag, de mogelijkheid dat een niet in Frankrijk ingezeten moedermaatschappij feitelijk wellicht geen gebruik kan maken van de in het verdrag voorziene verrekening, betekent dat de maatregel strijdig met artikel 43 EG moet worden geacht.

31. Deze vragen, gezamenlijk genomen, stellen de relevantie aan de orde van het feit dat 1) Nederland krachtens artikel 24, lid 3, van het Frans-Nederlands belastingverdrag een krediet diende te verlenen voor de 5 % Franse bronbelasting die over dividenden uit Franse bron was geheven, tot het bedrag van de Nederlandse belasting die anders over die dividenden verschuldigd zou zijn; maar 2) Nederland in feite, aangezien het inkomende dividenden uit Franse (en andere

17 — Zie voetnoot 7, punten 34 e.v.

18 — Zie bijvoorbeeld arresten van 12 december 2002, Lankhorst-Hohorst, C-324/00, Jurispr. blz. I-11779, en 16 juli 1998, ICI, C-264/96, Jurispr. blz. I-4695.

19 — Arrest van 28 januari 1992, Bachmann, C-204/90, Jurispr. blz. I-249.

buitenlandse) bron bij de Nederlandse moedermaatschappij vrijstelde van belasting, geen enkel krediet verleende voor de Franse bronbelasting.

32. Ik zal eerst ingaan op de beginselen voor de analyse van de relevantie van de werking van belastingverdragen voor de beoordeling van de verenigbaarheid met artikel 43 EG in een bepaald geval, en zal die beginselen daarna op de onderhavige zaak toepassen.

1. Moet bij de beoordeling van de verenigbaarheid van nationale maatregelen met artikel 43 EG rekening worden gehouden met de werking van belastingverdragen?

33. Om te beginnen ben ik van mening dat, zoals ik mijn conclusie in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation reeds duidelijk heb gemaakt, bij de beoordeling van de vraag of een belastingplichtige in een specifiek geval wordt gediscrimineerd op een met artikel 43 EG strijdige wijze, rekening moet worden gehouden met het feitelijke gevolg van een belastingverdrag voor de situatie van die belastingplichtige. Bij de vraag of lidstaten voldoen aan hun verdragsverplichtingen op het gebied van het vrije verkeer, moet om twee belangrijke redenen rekening worden gehouden met de werking van belastingverdragen. [20]

34. In de eerste plaats volgt dit uit het feit dat, zoals ik reeds heb opgemerkt [21], lidstaten krachtens het gemeenschapsrecht vrij zijn om onderling niet alleen de heffingsbevoegdheid te verdelen, maar ook de voorrang van belastingheffing. In het gemeenschapsrecht bestaan er tot op heden geen alternatieve criteria noch een basis voor die criteria. Zo erkende het Hof in het arrest Gilly, na te hebben opgemerkt dat de verdeling van de fiscale bevoegdheid op basis van nationaliteit als zodanig niet kan worden geacht discriminatie op te leveren, dat dergelijke onderscheidingen „nu tot dusver op het niveau van de Gemeenschap geen unificatie- of harmonisatiemaatregelen, met name ter uitvoering van artikel [293] van het Verdrag, zijn vastgesteld, [...] immers een uitvloeisel (zijn) van de bevoegdheid van de overeenkomstsluitende partijen om, teneinde dubbele belastingen af te schaffen, de criteria ter verdeling van de heffingsbevoegdheid vast te stellen. Met het oog op die verdeling van de fiscale bevoegdheid is het ook niet onredelijk, dat de lidstaten zich laten leiden door de internationale praktijk en het door de OESO opgestelde modelverdrag [...]. [22] Het Hof heeft deze redenering onder meer bevestigd in zijn arrest D. [23]

35. Dit betekent bijvoorbeeld dat het een bronstaat die economische dubbele belasting heft vrijstaat om er door middel van een belastingverdrag en na onderhandelingen

20 — Zie punt 71 van mijn conclusie in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, aangehaald in voetnoot 2.

21 — Zie mijn conclusies in de zaken Kerckhaert en Morres, aangehaald in voetnoot 7, punten 32 en 33, en Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, aangehaald in voetnoot 2, punt 52.

22 — Aangehaald in voetnoot 16, punten 30 en 31. Zie eveneens arrest Saint-Gobain, aangehaald in voetnoot 12, punt 57.

23 — Aangehaald in voetnoot 16, punten 50-53.

tussen de staten voor te zorgen dat hiervoor verlichting wordt geboden door de woonstaat.

36. In de tweede plaats, indien in een individueel geval geen rekening werd gehouden met het gevolg van het belastingverdrag zou dit betekenen dat de economische realiteit wordt genegeerd van de werkzaamheid en de beweegredenen van die belastingplichtige in een grensoverschrijdende context. Anders gezegd, het zou het reële gevolg voor die belastingplichtige kunnen verstoren van de combinatie van verplichtingen van de woon- en bronstaat.

37. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation heb opgemerkt, moet de combinatie van de krachtens de bepalingen betreffende het vrije verkeer op de woon- en op de bronstaat rustende verplichtingen meer als een geheel worden gezien of als het bereiken van een soort evenwicht. Onderzoek van de situatie van een individuele marktdeelnemer in het kader van slechts één van deze staten — zonder rekening te houden met de verplichtingen die krachtens artikel 43 EG op de andere staat rusten — zou een onevenwichtige en misleidende indruk kunnen geven en zou voorbij kunnen gaan aan de economische realiteit waarin die marktdeelnemer actief is. [24]

24 — Aangehaald in voetnoot 2, punt 72.

38. Dit soort benadering heeft het Hof bijvoorbeeld gevolgd in het arrest Bouanich. [25] Die zaak betrof de verenigbaarheid met artikel 56 EG van een Zweedse wettelijke regeling op grond waarvan bij verlaging van het aandelenkapitaal het aan een niet-ingezeten aandeelhouder uitbetaalde bedrag van de terugkoop van aandelen werd belast als uitkering van dividenden zonder dat recht op aftrek van de aankoopkosten van die aandelen bestond, terwijl dit bedrag werd belast als vermogenswinst met recht op aftrek van de aankoopkosten wanneer het aan een ingezeten aandeelhouder werd uitbetaald. Het Hof oordeelde dat deze wettelijke regeling, op zich beschouwd en zonder rekening te houden met het geldende belastingverdrag, duidelijk discriminerend was. Waar de nationale rechter op basis van de feiten van de zaak echter had geoordeeld dat het geldende belastingverdrag [26] tot gevolg had dat niet-ingezetenen in feite niet ongunstiger werden behandeld dan ingezetenen, was er geen sprake van schending van artikel 56 EG. Het Hof redeneerde:

„Aangezien de belastingregeling die voortvloeit uit de Frans-Zweedse overeenkomst, uitgelegd in het licht van het commentaar bij het OESO-modelverdrag, deel uitmaakt van het in het hoofdgeding toepasselijk rechtskader en als zodanig door de verwijzende rechterlijke instantie is gepresenteerd, dient het Hof hiermee rekening te houden om een

25 — Aangehaald in voetnoot 16, punt 51.

26 — In dat geval, het Frans-Zweeds belastingverdrag, dat voor niet-ingezeten aandeelhouders een bovengrens aan de belasting van dividenden stelde die lager was dan die welke op ingezeten aandeelhouders van toepassing was, en die, door uitlegging van deze overeenkomst in het licht van het commentaar van de OESO bij haar toepasselijke modelverdrag, de aftrek van de nominale waarde van deze aandelen van het bedrag van de terugkoop van aandelen toestond.

voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te geven [...]" [27]

39. Met deze conclusie van het Hof stem ik graag in. [28]

40. Uit het bovenstaande volgt dat een lidstaat in beginsel vrij is om ervoor te zorgen dat hij aan de krachtens de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer op hem rustende verplichtingen voldoet door middel van bepalingen die in een belastingverdrag zijn opgenomen. Zo mag, om een voorbeeld te noemen, een bronstaat die niet-ingezetenen op dezelfde wijze als ingezetenen aan nationale economische dubbele belasting onderwerpt, mijns inziens in beginsel door middel van een belastingverdrag ervoor zorgen dat de niet-ingezetenen dezelfde verlichting van dubbele belasting krijgen als de ingezetenen.

41. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation heb opgemerkt, gelden voor dit beginsel echter twee belangrijke voorwaarden.

42. In de eerste plaats moet de feitelijke werking van de behandeling die niet-ingezetenen krachtens het geldende belastingverdrag genieten, gelijkwaardig zijn aan die welke ingezetenen genieten. In het arrest Bouanich heeft het Hof mijns inziens terecht geoordeeld dat het aan de nationale rechter stond om op basis van de feiten van een bepaalde zaak vast te stellen, of niet-ingezeten aandeelhouders, rekening houdend met de werking van het belastingverdrag, in feite niet ongunstiger werden behandeld dan ingezeten aandeelhouders. [29] In de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation kwam ik op basis van de feiten tot een soortgelijke conclusie, namelijk dat in gevallen waarin het Verenigd Koninkrijk van Groot-Britannië en Noord-Ierland krachtens bepaalde belastingverdragen uitgaande dividenden, in de vorm van in het Verenigd Koninkrijk te betalen inkomstenbelasting, aan economische dubbele belasting onderwierp, het door middel van belastingverdra-

27 — Voetnoot 16, punt 51.

28 — Ik wijs erop dat, zoals ik in voetnoot 83 van mijn conclusie in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, aangehaald in voetnoot 2, heb opgemerkt, het EVA-Hof in zijn arrest Fokus Bank (arrest van 23 november 2004, Fokus Bank/Noorse Staat, E-1/04) voor een andere benadering heeft gekozen. In die zaak ging het onder meer om de verenigbaarheid met het vrije kapitaalverkeer (artikel 40 EER-overeenkomst, gelijk aan artikel 56 EG) van Noorse regels ingevolge waarvan Noorwegen ondernemingswinst eerst aan vennootschapsbelasting onderwierp en vervolgens bij uitkering 1) in het geval van ingezetenen, aan inkomstenbelasting. Aan ingezeten aandeelhouders werd echter een volledig verrekeningskrediet toegekend teneinde verlichting te geven van de economische dubbele belasting van dividenden; 2) in het geval van niet-ingezeten aandeelhouders, 15 % bronbelasting. Op grond van het in die zaak relevante belastingbedrag werd deze 15 % echter in mindering gebracht op in de woonstaat geheven belasting. Met zijn oordeel dat deze regel in strijd was met het beginsel van vrij verkeer van kapitaal stelde het EVA-Hof de belastingheffing van uitgaande dividenden (belastingheffing door de bronstaat) gelijk aan inkomende dividenden (belastingheffing door de woonstaat), zich hierbij baserend op de arresten van het Hof in de zaken Lenz en Manninen (punt 30), en redeneerde het dat een bronstaat in beginsel geen beroep kan doen op bepalingen van een belastingverdrag met het oog op de verlichting van economische dubbele belasting die door die bronstaat werd veroorzaakt (punt 37). Om de in die conclusie uiteengezette redenen ben ik het met deze analyse niet eens.

29 — Zie voetnoot 16, punten 54-56.

gen of anderszins diende te verzekeren dat die niet-ingezetenen een gelijkwaardige behandeling (in dat geval een gelijkwaardige verlichting van economische dubbele belasting) genoten als ingezetenen die in het Verenigd Koninkrijk aan dezelfde inkomstenbelasting waren onderworpen. [30]

43. In de tweede plaats dient de lidstaat waarvan de maatregelen op het eerste gezicht — zonder rekening te houden met het geldende belastingverdrag — discriminerend zijn, ervoor te zorgen dat door het belastingverdrag in feite een niet-discriminerend resultaat is bereikt. Met andere woorden, in een beroep wegens inbreuk op de verbodsbepalingen van het Verdrag kan duidelijk niet als verweer worden aangevoerd dat de andere partij bij het belastingverdrag niet voldeed aan zijn uit dat belastingverdrag voortvloeiende verplichtingen, door bijvoorbeeld niet het betrokken belastingvoordeel te verlenen of geen verlichting van de relevante economische dubbele belasting te geven. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak Kerckhaert en Morres heb opgemerkt, zijn de beoordeling van de verenigbaarheid van de nationale wettelijke regeling van een verdragsluitende partij met het toepasselijke belastingverdrag en de mogelijke gevolgen van een inbreuk volgens het nationale recht, louter een zaak voor de nationale rechtelijke instantie. [31] Omgekeerd betekent het feit dat een wettelijke regeling van een lidstaat in overeenstemming is met of wordt voorgeschreven door de bewoordingen van het toepasselijke belastingverdrag op zich niet, dat een dergelijke behandelingswijze voldoet aan de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer: het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat de lidstaten bij de uitoefening van de door belastingverdragen verdeelde heffingsbevoegdheid zich dienen te houden aan het discriminatieverbod van de artikelen 43 EG en 56 EG. [32] Daarom concludeerde ik in mijn conclusie in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation dat het Verenigd Koninkrijk in die zaak mijns inziens op grond van artikel 43 EG onder meer verplicht was ervoor te zorgen dat de niet in het Verenigd Koninkrijk ingezeten verzoekers door middel van een belastingverdrag een behandeling ontvingen die gelijkwaardig was aan die van ingezetenen die in het Verenigd Koninkrijk aan een gelijkwaardige economische dubbele belasting waren onderworpen, en dat het Verenigd Koninkrijk niet als verweer kon aanvoeren dat de andere verdragspartij niet aan haar verplichtingen ingevolge het belastingverdrag had voldaan door geen verlichting van de relevante economische dubbele belasting te geven. [33]

2. Toepassing van deze beginselen op de onderhavige zaak

44. Wanneer deze beginselen op de onderhavige zaak worden toegepast, lijkt mij dat Frankrijk, indien het gevolg van het Frans-

30 — Conclusie Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, aangehaald in voetnoot 2, punt 88.

31 — Zie voetnoot 7, punt 37. Zie eveneens, naar analogie, de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Gilly, aangehaald in voetnoot 16, punt 25, waarin hij opmerkte dat het Hof niet bevoegd is zich uit te spreken over de verenigbaar met het gemeenschapsrecht van de bepalingen van een belastingverdrag, en dat het die bepalingen, als onderdeel van een „bilaterale overeenkomst die is gesloten op een gebied als dat van de directe belastingen, dat buiten de bevoegdheidssfeer van de Gemeenschap valt en ten aanzien waarvan de lidstaten bij uitsluiting bevoegd zijn", evenmin mag uitleggen.

32 — Ibidem. Zie bijvoorbeeld ook de conclusie van het Hof in zijn arrest Bouanich, aangehaald in voetnoot 16, punt 56, en 's Hofs arresten De Groot, aangehaald in voetnoot 16, punten 93 en 94, en Saint-Gobain, aangehaald in voetnoot 12, punten 57 en 58.

33 — Aangehaald in voetnoot 2, punt 89.

Nederlands belastingverdrag was geweest dat de verlichting die aan Nederlandse moedermaatschappijen werd geboden voor de economische dubbele belasting waaraan Frankrijk dividenden uit Franse bron onderwierp, in feite gelijkwaardig was aan die welke Franse moedermaatschappijen voor uit die lidstaat afkomstige dividenden ontvingen, moet worden geacht aan zijn verplichtingen ex artikel 43 EG te hebben voldaan.

45. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt echter dat dit niet het geval was.

46. Aangezien Nederland dividenden uit buitenlandse bron die aan Nederlandse moedermaatschappijen werden uitgekeerd vrijstelde, waren inkomende dividenden uit Franse bron in feite aan geen enkele Nederlandse belasting onderworpen waarmee de 5 % Franse bronbelasting kon worden verrekend. Dit resultaat lijkt mij overigens volledig in overeenstemming te zijn geweest met de verdeling van de heffingsbevoegdheid zoals voorzien in artikel 24 van het Frans-Nederlands belastingverdrag. Artikel 24, lid 1, van dit belastingverdrag bepaalde immers dat Nederland in zijn belastinggrondslag inkomen of vermogen kon opnemen dat overeenkomstig de bepalingen van het verdrag in Frankrijk mocht worden belast. Alleen in gevallen waarin Nederland ervoor had gekozen dergelijk inkomen in zijn belastinggrondslag op te nemen, was het ingevolge artikel 24, lid 3, van het belastingverdrag verplicht om een krediet te verlenen voor Franse bronbelasting die op dividenden uit Franse bron was ingehouden, en in dat geval alleen tot het bedrag van de Nederlandse belasting die anders over die dividenden verschuldigd zou zijn.

47. Nederland had er echter uiteindelijk voor gekozen om inkomende dividenden uit Franse bron bij Nederlandse moedermaatschappijen vrij te stellen van belasting. Dit toont mijns inziens aan dat Nederland ervoor had gekozen om dergelijke dividenden niet in zijn belastinggrondslag op te nemen, zodat het niet verplicht was om een krediet te verlenen voor de Franse bronbelasting. Een dergelijke verplichting was hoe dan ook beperkt tot de verlening van een krediet tot het bedrag van de Nederlandse belasting die anders over die dividenden verschuldigd was, hetgeen in casu nul was.

48. Het resultaat was dat dividenden uit Franse bron die aan Nederlandse moedermaatschappijen werden uitgekeerd onderworpen bleven aan de door Frankrijk opgelegde dubbele „laag" van belasting (vennootschapsbelasting bij de Franse dochtermaatschappij gevolgd door bronbelasting bij de Nederlandse moedermaatschappij) en dat er geen enkele verlichting werd geboden voor economische dubbele belasting. Dividenden uit Franse bron die aan Franse moedermaatschappijen werden uitgekeerd waren daarentegen in feite slechts aan één belasting onderworpen (vennootschapsbelasting bij de dochtermaatschappij) en waren nagenoeg volledig vrijgesteld van economische dubbele belasting.

49. Om de in mijn antwoord op de eerste vraag uiteengezette redenen, is dit duidelijk discriminerend en in strijd met artikel 43 EG.

50. Ofschoon niet rechtstreeks relevant voor de onderhavige zaak, wil ik hier toch aan toevoegen dat ik om de hierboven uiteengezette redenen van mening ben dat zelfs al had Nederland, in strijd met zijn verplichtingen ingevolge het belastingverdrag, geen krediet verleend voor de ingehouden Franse bronbelasting, dit voor Frankrijk onvoldoende verweer zou zijn tegen een stelling dat zijn discriminerende fiscale bepalingen in strijd waren met artikel 43 EG. [34]

51. In haar verweer heeft de Franse regering gesteld dat eventuele beperkende gevolgen van haar wettelijke regeling als gevolg van het feit dat Nederlandse moedermaatschappijen de Franse bronbelasting niet kunnen verrekenen met belasting in Nederland, niet moet worden gezien als een rechtstreeks gevolg van de Franse wettelijke regeling, maar veeleer van dispariteiten tussen het Franse en het Nederlandse belastingstelsel. Uit het bovenstaande volgt echter duidelijk dat met dit argument niet het onderscheid wordt begrepen tussen loutere dispariteiten tussen afzonderlijke (niet-discriminerende) nationale belastingstelsels, die buiten de werkingssfeer van artikel 43 EG vallen [35], en een discriminerende behandeling als gevolg van de regels van slechts één bevoegdheid, die, tenzij gerechtvaardigd, in strijd is met artikel 43 EG.

52. Gelet op een en ander, ben ik van mening dat op de tweede en de derde vraag van de nationale rechter moet worden geantwoord dat bij de beoordeling van de vraag, of een belastingplichtige in een specifiek geval op een met artikel 43 EG strijdige wijze is gediscrimineerd, in beginsel rekening moet worden gehouden met de feitelijke werking van een belastingverdrag voor de situatie van die belastingplichtige. Door niet te verzekeren dat een niet-Franse moedermaatschappij die dividend uit Franse bron ontving in feite een gelijkwaardige verlichting voor de door Frankrijk geheven economische dubbele belasting ontving als die welke een Franse moedermaatschappij ontving, of dat nu krachtens het geldende belastingverdrag of anderszins was, heeft Frankrijk inbreuk gemaakt op artikel 43 EG.

34 — Zie punt 43 hierboven.

35 — Zie mijn conclusie in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, aangehaald in voetnoot 2, punten 43-47.

V — Conclusie

53. Ik geef het Hof derhalve in overweging, de vragen van de Conseil d'État te beantwoorden als volgt:

„1) Een maatregel die niet in Frankrijk ingezeten moedermaatschappijen die dividenden ontvangen van in Frankrijk ingezeten dochtermaatschappijen onderwerpt aan een bronbelasting op die dividenden, maar in Frankrijk ingezeten moedermaatschappijen die dividenden ontvangen van in Frankrijk ingezeten dochtermaatschappijen aan geen enkele belasting op die dividenden onderwerpt, is een discriminerende en met artikel 43 EG strijdige beperking van de vrijheid van vestiging.

2) Bij de beoordeling van de vraag, of een belastingplichtige in een specifiek geval op een met artikel 43 EG strijdige wijze is gediscrimineerd, moet in beginsel rekening worden gehouden met de feitelijke werking van een belastingverdrag voor de situatie van die belastingplichtige. Door niet te verzekeren dat een niet-Franse moedermaatschappij die dividend uit Franse bron ontving in feite een gelijkwaardige verlichting voor de door Frankrijk geheven economische dubbele belasting ontving als die welke een Franse moedermaatschappij ontving, of dat nu krachtens het geldende belastingverdrag of anderszins was, heeft Frankrijk inbreuk gemaakt op artikel 43 EG".