

Voorlopige editie

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

21 juni 2018 (\*)

„Prejudiciële verwijzing – Vrij verkeer van kapitaal en vrijheid van betalingsverkeer – Beperkingen – Heffing van belasting over dividenden die worden uitgekeerd aan instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) – Dividenden die door een in een lidstaat gevestigde vennootschap worden uitgekeerd aan een niet-ingezeten icbe – Vrijstelling voor dividenden die door een in een lidstaat gevestigde vennootschap worden uitgekeerd aan ingezeten icbe's –  
Rechtvaardigingsgronden – Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten – Samenhang van het belastingstelsel – Evenredigheid”

In zaak C-480/16,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Østre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het oosten van Denemarken) bij beslissing van 31 augustus 2016, ingekomen bij het Hof op 5 september 2016, in de procedure

**Fidelity Funds,**

**Fidelity Investment Funds,**

**Fidelity Institutional Funds**

tegen

**Skatteministerium,**

in tegenwoordigheid van:

**NN (L) SICAV,**

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: J. L. da Cruz Vilaça, kamerpresident, E. Levits (rapporteur), A. Borg Barthet, M. Berger, en F. Biltgen, rechters,

advocaat-generaal: P. Mengozzi,

griffier: L. Carrasco Marco, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 5 oktober 2017,

gelet op de opmerkingen van:

– Fidelity Funds, Fidelity Investment Funds en Fidelity Institutional Funds, vertegenwoordigd door P. Farmer, barrister, en J. Skaadstrup Andersen, advocat,

- NN (L) SICAV, vertegenwoordigd door E. Vistisen, advocaat,
- de Deense regering, vertegenwoordigd door C. Thorning en J. Nymann-Lindegren als gemachtigden, bijgestaan door S. Horsbøl Jensen, advocaat,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en R. Kanitz als gemachtigden,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. Bulterman, B. Koopman en J. Langer als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door W. Roels en R. Lyal als gemachtigden, bijgestaan door H. Peytz, advocaat,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 20 december 2017,

het navolgende

## **Arrest**

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 56 en 63 VWEU.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van de gedingen tussen enerzijds Fidelity Funds, Fidelity Investment Funds en Fidelity Institutional Funds, en anderzijds het Skatteministerium (ministerie van Belastingen, Denemarken), betreffende verzoeken tot terugbetaling van bronbelasting die is geheven over dividenden die tussen 2000 en 2009 aan de genoemde vennootschappen zijn uitgekeerd door vennootschappen die zijn gevestigd in Denemarken.

## **Toepasselijke bepalingen**

### **Unierecht**

3 Richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) (PB 1985, L 375, blz. 3) had volgens de vierde overweging ervan tot doel voor de in de lidstaten gevestigde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) gemeenschappelijke minimumregels vast te stellen met betrekking tot toelating, toezicht, inrichting, werkzaamheid en door hen te publiceren informatie. Richtlijn 85/611 is herhaaldelijk gewijzigd voordat zij met ingang van 1 juli 2011 werd ingetrokken bij richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) (PB 2009, L 302, blz. 32), waarbij de icbe-richtlijn is herschikt.

### **Deens recht**

4 Volgens § 1, punt 5a, van de lov om inkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (wet betreffende de vennootschapsbelasting) zijn icbe's die hun fiscale woonplaats hebben in Denemarken, aldaar belastingplichtig. § 1, punt 6, van deze wet ziet op de heffing van belasting bij fondsen die in Denemarken zijn gevestigd en die onder § 16 C van de lov om påligningen af indkomstskat til staten (wet betreffende de vaststelling van de door de Staat geheven inkomstenbelasting; hierna: „ligningslov”) vallen.

5 § 2, lid 1, onder c), van de wet betreffende de vennootschapsbelasting bepaalt dat icbe's en

andere beleggingsfondsen die niet hun fiscale woonplaats hebben in Denemarken, belasting verschuldigd zijn over dividenden die hun worden uitgekeerd door vennootschappen die in Denemarken zijn gevestigd. Deze beperkte belastingplicht strekt zich enkel uit tot inkomsten van Deense oorsprong.

6 Krachtens § 65, lid 1, van de kildeskattelov (wet betreffende de bronbelasting) moet bij elk besluit van een in Denemarken gevestigde vennootschap om dividend uit te keren een bepaald percentage van de totale uitkering als bronbelasting worden ingehouden, tenzij anders is bepaald. Het percentage van de bronbelasting bedroeg 25 % in 2000 en 28 % in de periode tussen 2001 en 2009.

7 Volgens de Deense regeling wordt het percentage van de bronbelasting gereduceerd tot 15 % wanneer de autoriteiten van de staat waar de betrokken icbe is gevestigd, gehouden zijn inlichtingen uit te wisselen met de Deense autoriteiten op grond van een dubbelbelastingverdrag, een andere internationale overeenkomst of een administratieve regeling inzake bijstand in belastingzaken. Voor belastingplichtigen die in de Europese Unie zijn gevestigd, mag de eindheffing volgens de bovengenoemde bepaling in de praktijk niet meer bedragen dan 15 %. Bovendien kan de belasting ook nog worden beperkt op grond van belastingovereenkomsten tussen het Koninkrijk Denemarken en de staat waar de betrokken icbe is gevestigd.

8 De wet betreffende de bronbelasting is van toepassing op icbe's die in Denemarken zijn gevestigd. Deze icbe's zijn dan ook in beginsel onderworpen aan de bedoelde regeling inzake de heffing van belasting over dividenden. Blijkens § 65, lid 8, van de wet betreffende de bronbelasting kan de minister van Belastingen evenwel regels vaststellen op grond waarvan geen belasting wordt ingehouden op dividenduitkeringen aan fondsen die onder § 16 C van de ligningslov vallen (hierna: „§ 16 C-fondsen”).

9 Bij de vaststelling van het besluit betreffende de bronbelasting heeft de minister van Belastingen van deze mogelijkheid gebruikgemaakt om § 16 C-fondsen volledig vrij te stellen van bronbelasting. Volgens § 38 van dat besluit kan elke icbe namelijk een vrijstellingscertificaat ontvangen en van de heffing van bronbelasting over dividenden worden vrijgesteld op voorwaarde dat zij ten eerste een instelling is die onder § 1, [lid 1,] punt 6, van de wet betreffende de vennootschapsbelasting valt, dat wil zeggen in Denemarken is gevestigd, en ten tweede de status van § 16 C-fonds heeft. Een in Denemarken gevestigde icbe die niet voldoet aan de voorwaarden van § 16 C van de ligningslov, is niet vrijgesteld van de bronbelasting over dividenden.

10 In § 16 C van de ligningslov wordt omschreven wat moet worden verstaan onder een § 16 C-fonds.

11 Zo kon een icbe volgens de regeling die tot 1 juni 2005 van kracht was, alleen als § 16 C-fonds worden aangemerkt indien zij een minimumuitkering uitbetaalde. De minimumuitkering vormt de grondslag voor de heffing van belasting over de inkomsten van het betrokken fonds bij zijn deelnemers.

12 De regels voor de vaststelling van de minimumuitkering zijn nader bepaald in § 16 C, leden 2 tot en met 6, van de ligningslov. Volgens § 16 C, lid 2, van deze wet is de minimumuitkering de som van de inkomsten en nettobedragen van het desbetreffende boekjaar, na aftrek van verliezen en uitgaven. § 16 C, lid 3, van de ligningslov bepaalt dat bij deze berekening een lange reeks nader opgesomde inkomsten in aanmerking wordt genomen, waaronder rente-inkomsten, dividenden uit aandelen, opbrengsten uit vorderingen en financiële overeenkomsten alsook winst door de vervreemding van aandelen. Volgens § 16 C, leden 4 en 5, van de ligningslov kunnen § 16 C-fondsen fiscaal relevante verliezen en administratieve uitgaven aftrekken.

13 Sinds de vaststelling van wet nr. 407 van 1 juni 2005, en met ingang van deze datum, hoeven beleggingsfondsen niet langer daadwerkelijk een minimumuitkering aan de deelnemers te betalen om de status van § 16 C-fonds te genieten. Om deze status te verkrijgen, moet de icbe evenwel nog altijd een minimumuitkering vaststellen, waarover haar deelnemers belasting moeten betalen in de vorm van bronbelasting die door de betrokken instelling wordt ingehouden.

### **Hoofdgedingen en prejudiciële vraag**

14 Verzoeksters in de hoofdgedingen zijn icbe's in de zin van richtlijn 85/611 die respectievelijk hun zetel hebben in het Verenigd Koninkrijk en Luxemburg. Hun beleggingen in vennootschappen die in Denemarken zijn gevestigd, zijn portfolio-investeringen en bedragen niet meer dan 10 % van het aandelenkapitaal. De door verzoeksters in de hoofdgedingen aangeboden producten zijn toegankelijk voor cliënten die in Denemarken zijn gevestigd, maar maken niet het voorwerp uit van een actieve marketing in deze lidstaat. Voorts hebben verzoeksters in de hoofdgedingen bij de Deense belastingautoriteiten geen aanvraag ingediend om de status van § 16 C-fonds te genieten, noch hun statuten aangepast aan de regels die tot het belastingjaar 2005 golden voor dergelijke fondsen.

15 Verzoeksters in de hoofdgedingen hebben bij de nationale rechter vorderingen ingesteld tot terugbetaling van bronbelasting die is geheven over dividenden die zij tussen 2000 en 2009 hebben ontvangen van vennootschappen die in Denemarken zijn gevestigd. Daarbij hebben zij aangevoerd dat in Denemarken gevestigde icbe's, anders dan icbe's die niet in deze lidstaat zijn gevestigd, kunnen worden vrijgesteld van bronbelasting. Op grond van de nationale belastingregeling hangt de vrijstelling namelijk af van twee voorwaarden, te weten dat de betrokken icbe in Denemarken is gevestigd en dat zij haar inkomsten vaststelt en aangeeft overeenkomstig de Deense belastingregeling. Niet-ingezeten icbe's kunnen per definitie niet voldoen aan de eerste van deze voorwaarden en kunnen onmogelijk, althans bijzonder moeilijk, voldoen aan de tweede voorwaarde, temeer daar zij geenszins worden gestimuleerd om hieraan te voldoen, omdat zij wegens de eerste voorwaarde toch niet kunnen worden vrijgesteld van bronbelasting.

16 Verzoeksters in de hoofdgedingen stellen zich dan ook op het standpunt dat zij recht hebben op de terugbetaling van de geheven bronbelasting, ook al voldoen zij niet aan de tweede voorwaarde inzake de verplichting om een minimumuitkering vast te stellen en aan te geven overeenkomstig de Deense regeling.

17 De minister van Belastingen erkent dat de Deense regeling tot gevolg heeft dat in Denemarken gevestigde icbe's en in andere lidstaten gevestigde icbe's in bepaalde gevallen fiscaal verschillend worden behandeld met betrekking tot dividenden die zij ontvangen van vennootschappen die in Denemarken zijn gevestigd. Hij is evenwel van mening dat deze beperking wordt gerechtvaardigd door de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te behouden en door de noodzaak te zorgen voor een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.

18 In dit verband zijn partijen in de hoofdgedingen het erover eens dat deze verschillende fiscale behandeling een beperking van het vrij verkeer vormt. Verzoeksters in de hoofdgedingen betogen echter dat deze beperking niet kan worden gerechtvaardigd door de redenen die worden aangevoerd door de minister van Belastingen, en dat de Deense regeling hoe dan ook verder gaat dan nodig is om de heffing van belasting in Denemarken te garanderen.

19 In deze omstandigheden heeft de Østre Landsret de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Is een fiscale regeling als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, op grond waarvan bronbelasting wordt ingehouden op dividenden die door Deense vennootschappen worden uitgekeerd aan buitenlandse icbe's die onder [richtlijn 85/611] vallen, in strijd met artikel 56 EG (thans artikel 63 VWEU) inzake het vrije verkeer van kapitaal of met artikel 49 EG (thans artikel 56 VWEU) inzake het vrij verrichten van diensten, wanneer vergelijkbare Deense icbe's van de bronbelasting kunnen worden vrijgesteld, ofwel omdat zij daadwerkelijk aan hun deelnemers een minimumuitkering betalen waarop bronbelasting wordt ingehouden, ofwel omdat zij technisch gezien een minimumuitkering vaststellen waarop ten laste van hun deelnemers bronbelasting wordt ingehouden?”

### **Verzoek tot heropening van de mondelinge behandeling**

20 Naar aanleiding van de conclusie van de advocaat-generaal hebben verzoeksters in de hoofdgedingen bij akte, neergelegd ter griffie van het Hof op 18 januari 2018, verzocht om heropening van de mondelinge behandeling overeenkomstig artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

21 Ter ondersteuning van hun verzoek voeren verzoeksters in de hoofdgedingen in essentie aan dat de conclusie van de advocaat-generaal berust op een onjuist begrip van de omvang en de aard van de vereisten van § 16 C van de ligningslov. Voorts is de verwijzing van de advocaat-generaal naar de omstandigheid dat minimumuitkeringen zijn uitbetaald door bepaalde niet in Denemarken gevestigde icbe's, feitelijk onjuist, en zijn omtrent de omstandigheden betreffende dergelijke icbe's geen standpunten uitgewisseld voor het Hof.

22 In dit verband zij eraan herinnerd dat de advocaat-generaal op grond van artikel 252, tweede alinea, VWEU tot taak heeft, in het openbaar en in volkomen onpartijdigheid en onafhankelijkheid met redenen omklede conclusies te nemen aangaande zaken waarin zulks overeenkomstig het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie is vereist. Het Hof is niet gebonden door de conclusie van de advocaat-generaal, noch door de motivering op grond waarvan hij tot die conclusie komt (arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, EU:C:2017:489, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 Tevens zij in deze context eraan herinnerd dat het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Reglement voor de procesvoering van het Hof belanghebbenden niet de mogelijkheid bieden om opmerkingen in te dienen in antwoord op de conclusie van de advocaat-generaal (arrest van 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het feit dat een belanghebbende het oneens is met de conclusie van de advocaat-generaal, kan als zodanig geen grond opleveren voor de heropening van de mondelinge behandeling, ongeacht welke kwesties de advocaat-generaal in zijn conclusie heeft onderzocht (arresten van 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, punt 24, en 29 november 2017, King, C-214/16, EU:C:2017:914, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24 Met hun argumenten over de omvang en de aard van de vereisten van § 16 C van de ligningslov proberen verzoeksters in de hoofdgedingen een antwoord te bieden op de conclusie van de advocaat-generaal, waarbij zij opkomen tegen de beschrijving van de regeling die in Denemarken van kracht is sinds de wijziging in 2005, zoals deze beschrijving naar voren komt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing, uit het dossier waarover het Hof beschikt en uit de ter terechtzitting verstrekte inlichtingen. Uit de in het vorige punt aangehaalde rechtspraak volgt dat in

de teksten betreffende de procesvoering voor het Hof niet is voorzien in de mogelijkheid om dergelijke opmerkingen in te dienen.

25 Volgens artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering kan het Hof evenwel in elke stand van het geding, de advocaat-generaal gehoord, de heropening van de mondelinge behandeling gelasten, onder meer wanneer het zich onvoldoende voorgelicht acht, wanneer een partij na afsluiting van deze behandeling een nieuw feit aanbrengt dat van beslissende invloed kan zijn op de beslissing van het Hof, of wanneer een zaak moet worden beslecht op grond van een argument waarover de partijen of de in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie bedoelde belanghebbenden hun standpunten niet voldoende hebben kunnen uitwisselen.

26 In casu is het Hof, de advocaat-generaal gehoord, van oordeel dat het beschikt over alle gegevens die noodzakelijk zijn om te antwoorden op de vraag van de verwijzende rechter, en dat voor het Hof in voldoende mate standpunten zijn uitgewisseld over alle voor de beslechting van de onderhavige zaak relevante argumenten, met name over de vraag of een niet in Denemarken gevestigde instelling overeenkomstig de Deense regeling een minimumuitkering kan vaststellen en de hoedanigheid van § 16 C-fonds kan verkrijgen.

27 Gelet op het voorgaande hoeft de heropening van de mondelinge behandeling niet te worden gelast.

### **Beantwoording van de prejudiciële vraag**

28 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of de artikelen 56 en 63 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een regeling van een lidstaat zoals de regeling die in de hoofdgedingen aan de orde is, op grond waarvan bronbelasting wordt ingehouden op dividenden die door een in die lidstaat gevestigde vennootschap worden uitgekeerd aan een niet-ingezeten icbe, terwijl dividenden die worden uitgekeerd aan een in diezelfde lidstaat gevestigde icbe, zijn vrijgesteld van bronbelasting mits de betrokken instelling een minimumuitkering uitbetaalt aan haar deelnemers of technisch gezien een minimumuitkering vaststelt en over deze reële of fictieve minimumuitkering belasting inhoudt ten laste van haar deelnemers.

29 Zoals blijkt uit de door de verwijzende rechter gegeven beschrijving van de nationale regeling die in de hoofdgedingen aan de orde is, kan een icbe enkel een vrijstelling van bronbelasting genieten indien zij in Denemarken is gevestigd en de status van § 16 C-fonds heeft.

30 Om deze status te verkrijgen, moet een icbe voldoen aan de voorwaarden van § 16 C van de ligningslov en met name, overeenkomstig de regeling die van kracht was vóór 1 juni 2015, zich ertoe verbinden een minimumuitkering uit te betalen en daarover bronbelasting in te houden ten laste van haar deelnemers. Sinds die datum is niet langer vereist dat een minimumuitkering wordt uitbetaald aan de deelnemers, maar kan de betrokken icbe die status genieten indien zij een minimumuitkering vaststelt waarover bij haar deelnemers belasting wordt geheven doordat zij bronbelasting inhoudt. In Denemarken gevestigde icbe's die niet de status van § 16 C-fonds hebben verkregen, zijn onderworpen aan bronbelasting over dividenden die worden uitgekeerd door vennootschappen die in die lidstaat zijn gevestigd.

31 Uit het dossier blijkt en voor het Hof is niet betwist dat tijdens de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde periode enkel in Denemarken gevestigde icbe's konden worden vrijgesteld van bronbelasting. Uit de verklaringen van de Deense regering en van partijen in de hoofdgedingen volgt dat een niet in Denemarken gevestigde icbe weliswaar in beginsel kan voldoen aan de in § 16 C van de ligningslov gestelde voorwaarden, maar niet in aanmerking komt voor de vrijstelling

van bronbelasting over dividenden die worden uitgekeerd door ingezetene vennootschappen, omdat zij een niet in die lidstaat gevestigde instelling is.

### **In het geding zijnde vrijheid**

32 Aangezien de prejudiciële vraag is gesteld uit het oogpunt van zowel artikel 56 VWEU als artikel 63 VWEU, dient vooraf te worden uitgemaakt of – en in voorkomend geval in hoeverre – een nationale regeling als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting en het vrij verkeer van kapitaal ongunstig kan beïnvloeden.

33 In dit verband volgt uit vaste rechtspraak dat daarbij rekening moet worden gehouden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie (arresten van 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, punt 90 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 5 februari 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, C-385/12, EU:C:2014:47, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 De hoofdgedingen hebben betrekking op het verzoek tot terugbetaling van bronbelasting die is geheven over de dividenden die verzoeksters in de hoofdgedingen tussen 2000 en 2009 hebben ontvangen van vennootschappen die zijn gevestigd in Denemarken, en op de verenigbaarheid met het Unierecht van een nationale regeling waarbij de mogelijkheid om vrijstelling van bronbelasting te genieten is voorbehouden aan icbe's die zijn gevestigd in Denemarken en die voldoen aan de voorwaarden van § 16 C van de *ligningslov*.

35 Het voorwerp van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde nationale regeling is dus de fiscale behandeling van dividenden die door icbe's worden ontvangen.

36 Derhalve dient te worden vastgesteld dat de situatie die in de hoofdgedingen aan de orde is, onder het vrij verkeer van kapitaal valt.

37 Gesteld dat de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde wettelijke regeling de werkzaamheden van een icbe die is gevestigd in een andere lidstaat dan het Koninkrijk Denemarken – waar zij rechtmatig soortgelijke diensten verricht – verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt, vloeien deze gevolgen bovendien onvermijdelijk voort uit de fiscale behandeling van de dividenden die worden uitgekeerd aan die niet in Denemarken gevestigde icbe, en rechtvaardigen zij niet dat die regeling afzonderlijk wordt getoetst aan de vrijheid van dienstverrichting (zie in die zin arrest van 17 september 2009, *Glaxo Wellcome*, C-182/08, EU:C:2009:559, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Deze vrijheid is in casu immers ondergeschikt aan het vrij verkeer van kapitaal en kan daarmee worden verbonden [arrest van 26 mei 2016, *NN (L) International*, C-48/15, EU:C:2016:356, punt 41].

38 Voorts blijkt uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens dat de beleggingen in Denemarken van verzoeksters in de hoofdgedingen portfolio-investeringen zijn en nooit meer dan 10 % van het aandelenkapitaal van een in Denemarken gevestigde vennootschap hebben bedragen. Vast staat dat de vrijheid van vestiging niet in het geding is bij de prejudiciële vraag.

39 Deze vraag dient dan ook te worden beantwoord uit het oogpunt van artikel 63 VWEU.

### **Bestaan van een beperking van het vrij verkeer van kapitaal**

40 Volgens vaste rechtspraak strekken de maatregelen die krachtens artikel 63, lid 1, VWEU verboden zijn omdat zij het kapitaalverkeer beperken, zich uit tot maatregelen die niet-ingezetenen ervan kunnen doen afzien in een lidstaat investeringen te doen, of die ingezetenen van deze lidstaat kunnen ontmoedigen in andere staten investeringen te doen (arrest van 10 mei 2012,

Santander Asset Management SGIIC e.a., C?338/11–C?347/11, EU:C:2012:286, punt 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41 In casu worden in Denemarken gevestigde icbe's en in een andere lidstaat gevestigde icbe's op grond van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde regeling onderworpen aan een verschillende behandeling ten aanzien van dividenden die zij ontvangen van vennootschappen die zijn gevestigd in Denemarken.

42 Over dividenden die aan niet-ingezetenen icbe's worden uitgekeerd door vennootschappen die zijn gevestigd in Denemarken, wordt namelijk bronbelasting geheven. In Denemarken gevestigde icbe's kunnen daarentegen voor deze dividenden worden vrijgesteld van bronbelasting mits zij voldoen aan de voorwaarden van § 16 C van de ligningslov.

43 De in de hoofdgedingen aan de orde zijnde nationale regeling leidt tot een ongunstige behandeling van dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezetenen icbe's, doordat op grond van die regeling bronbelasting wordt ingehouden op die dividenden en de mogelijkheid om vrijstelling van bronbelasting te genieten is voorbehouden aan ingezetenen icbe's.

44 Een dergelijke ongunstige behandeling kan niet-ingezetenen icbe's ervan doen afzien te beleggen in vennootschappen die zijn gevestigd in Denemarken, en kan daarnaast in Denemarken gevestigde beleggers ervan doen afzien aandelen in dergelijke instellingen te verwerven (arrest van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a., C?338/11–C?347/11, EU:C:2012:286, punt 17).

45 De nationale wettelijke regeling die in de hoofdgedingen aan de orde is, vormt dan ook een in beginsel door artikel 63 VWEU verboden beperking van het vrij verkeer van kapitaal.

### **Bestaan van een rechtvaardiging**

46 Volgens artikel 65, lid 1, onder a), VWEU doet artikel 63 VWEU evenwel niet af aan het recht van de lidstaten om 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.

47 Deze bepaling is een uitzondering op het fundamentele beginsel van het vrij verkeer van kapitaal en moet daarom strikt worden uitgelegd. Zij kan dan ook niet aldus worden uitgelegd dat elke wettelijke belastingregeling waarbij tussen belastingplichtigen onderscheid wordt gemaakt naargelang van hun woonplaats of van de staat waar zij hun kapitaal beleggen, automatisch verenigbaar is met het VWEU. De afwijking waarin artikel 65, lid 1, onder a), VWEU voorziet, wordt immers zelf beperkt door artikel 65, lid 3, VWEU, dat bepaalt dat de in lid 1 van dit artikel bedoelde nationale bepalingen „geen middel tot willekeurige discriminatie [mogen] vormen, noch een verkapt beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer als omschreven in artikel 63 [VWEU]” (arrest van 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C?190/12, EU:C:2014:249, punten 55 en 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

48 Derhalve moet een onderscheid worden gemaakt tussen de door artikel 65, lid 1, onder a), VWEU toegestane verschillen in behandeling en de door artikel 65, lid 3, VWEU verboden gevallen van discriminatie. Volgens de rechtspraak van het Hof kan een nationale wettelijke belastingregeling als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, alleen verenigbaar met de Verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van kapitaal worden geacht indien het verschil in behandeling situaties betreft die niet objectief vergelijkbaar zijn, of indien dat verschil wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang (arrest van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a., C?338/11–C?347/11, EU:C:2012:286, punt 23 en

aldaar aangehaalde rechtspraak).

49 Bijgevolg dient te worden onderzocht of het feit dat de mogelijkheid om vrijstelling van bronbelasting te verkrijgen is voorbehouden aan icbe's die zijn gevestigd in Denemarken, wordt gerechtvaardigd doordat in Denemarken gevestigde icbe's en niet-ingezeten icbe's zich in een objectief verschillende situatie bevinden.

50 In dit verband volgt uit de rechtspraak van het Hof om te beginnen dat de vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een interne situatie moet worden onderzocht op basis van het doel dat wordt nagestreefd met de in het geding zijnde nationale bepalingen, alsook van het voorwerp en de inhoud van die bepalingen (arrest van 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51 Daarbij komt dat alleen de criteria die in de betreffende wettelijke regeling als relevante onderscheidingscriteria zijn vastgesteld, in aanmerking moeten worden genomen om te beoordelen of het uit een dergelijke regeling voortvloeiende verschil in behandeling een weerspiegeling van objectief verschillende situaties vormt (arresten van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIC e.a., C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 28, en 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, punt 49).

52 Zoals blijkt uit de opmerkingen van de Deense regering, heeft de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde regeling tot doel ervoor te zorgen dat de belastingdruk voor particulieren die door tussenkomst van een icbe beleggen in vennootschappen die zijn gevestigd in Denemarken, even hoog is als de belastingdruk voor particulieren die rechtstreeks beleggen in dergelijke vennootschappen. Deze regeling voorkomt dus een dubbele economische belasting, waarvan sprake zou zijn indien over dividenden belasting werd geheven bij zowel de betrokken icbe als haar deelnemers. Daarnaast heeft die regeling volgens de Deense regering tot doel te waarborgen dat dividenden die worden uitgekeerd door vennootschappen die zijn gevestigd in Denemarken, niet aan de heffingsbevoegdheid van het Koninkrijk Denemarken ontsnappen doordat zij zijn vrijgesteld bij de icbe's, en ervoor te zorgen dat zij één keer daadwerkelijk aan die heffingsbevoegdheid worden onderworpen.

53 Wat de eerste door de Deense regering vermelde doelstelling betreft, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat ingezetene ontvangende vennootschappen zich met betrekking tot maatregelen die een lidstaat heeft getroffen om opeenvolgende belastingheffingen over of economische dubbele belasting van door een ingezetene vennootschap uitgekeerde opbrengsten te voorkomen of te verminderen, niet noodzakelijk bevinden in een situatie die vergelijkbaar is met die van ontvangende vennootschappen die zijn gevestigd in een andere lidstaat (arrest van 25 oktober 2012, Commissie/België, C-387/11, EU:C:2012:670, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

54 Zodra een lidstaat – eenzijdig of bij verdrag – niet alleen ingezetene maar ook niet-ingezetene vennootschappen aan de inkomstenbelasting onderwerpt voor de inkomsten die zij van een ingezetene vennootschap ontvangen, benadert de situatie van die niet-ingezetene vennootschappen evenwel die van de ingezetene vennootschappen (zie in die zin arrest van 25 oktober 2012, Commissie/België, C-387/11, EU:C:2012:670, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

55 Het is namelijk uitsluitend doordat die staat zijn fiscale bevoegdheid uitoefent, dat – los van enige heffing van belasting in een andere lidstaat – het risico op opeenvolgende belastingheffingen of op een economische dubbele belasting ontstaat. In een dergelijk geval moet de staat van vestiging van de uitkerende vennootschap erop toezien dat niet-ingezetene vennootschappen in het kader van de in zijn nationale recht vervatte regeling ter voorkoming of vermindering van opeenvolgende belastingheffingen of economische dubbele belasting op

dezelfde wijze worden behandeld als ingezeten vennootschappen, opdat niet-ingezeten ontvangende vennootschappen niet worden geconfronteerd met een in beginsel door artikel 63 VWEU verboden beperking van het vrij verkeer van kapitaal (zie in die zin arrest van 25 oktober 2012, Commissie/België, C-387/11, EU:C:2012:670, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

56 Aangezien het Koninkrijk Denemarken ervoor gekozen heeft zijn fiscale bevoegdheid uit te oefenen ten aanzien van inkomsten van niet-ingezeten icbe's, bevinden deze icbe's zich – wat betreft het risico op dubbele economische belasting van dividenden die worden uitgekeerd door in Denemarken gevestigde vennootschappen – in een situatie die vergelijkbaar is met die van icbe's die in Denemarken zijn gevestigd (arresten van 20 oktober 2011, Commissie/Duitsland, C-284/09, EU:C:2011:670, punt 58, en 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIC e.a., C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 42).

57 De tweede door de Deense regering vermelde doelstelling bestaat in wezen in de wens niet af te zien van elke heffing van belasting over dividenden die worden uitgekeerd door in Denemarken gevestigde vennootschappen, maar over deze dividenden pas belasting te heffen bij de deelnemers van de icbe's. Aan deze doelstelling wordt uitvoering gegeven doordat bepaald is dat een in Denemarken gevestigde icbe de status van § 16 C-fonds en dus de vrijstelling van bronbelasting alleen geniet indien zij ten laste van haar deelnemers bronbelasting inhoudt op de daadwerkelijk aan hen uitbetaalde minimumuitkering of – sinds de wijzigingen in 2005 – op de minimumuitkering die is vastgesteld overeenkomstig § 16 C van de ligningslov.

58 Het Koninkrijk Denemarken kan daarentegen een niet-ingezeten icbe niet onderwerpen aan een dergelijke verplichting om ten gunste van deze lidstaat bronbelasting in te houden op dividenden die door die icbe worden uitgekeerd. Een dergelijke icbe valt enkel onder de heffingsbevoegdheid van het Koninkrijk Denemarken omdat zij dividenden heeft ontvangen uit die lidstaat, en in beginsel niet wat betreft dividenden die door haar zijn uitgekeerd.

59 Gelet op het doel, het voorwerp en de inhoud van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde regeling mag dit onderscheid – dat overigens verband houdt met het verschil tussen een in Denemarken gevestigde en een niet aldaar gevestigde instelling – evenwel niet beslissend worden geacht.

60 Hoewel de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde regeling ertoe strekt het niveau waarop belasting wordt geheven, te verplaatsen van het beleggingsvehikel naar de aandeelhouder daarvan, moeten namelijk in beginsel de materiële voorwaarden voor de bevoegdheid om belasting te heffen over de inkomsten van de aandeelhouders beslissend worden geacht, en niet de wijze waarop belasting wordt geheven.

61 Een niet-ingezeten icbe kan deelnemers hebben van wie de fiscale woonplaats zich in Denemarken bevindt en ten aanzien van wier inkomsten deze lidstaat zijn heffingsbevoegdheid kan uitoefenen. Vanuit dit oogpunt bevindt een niet-ingezeten icbe zich in een situatie die objectief vergelijkbaar is met die van een in Denemarken gevestigde icbe.

62 Het staat vast dat het Koninkrijk Denemarken bij niet-ingezeten deelnemers geen belasting kan heffen over dividenden die worden uitgekeerd door niet-ingezeten icbe's. Dat zulks niet mogelijk is, strookt evenwel met de logica van de verplaatsing van het niveau waarop belasting wordt geheven, van het vehikel naar de aandeelhouder.

63 Derhalve dient te worden vastgesteld dat het feit dat de mogelijkheid om vrijstelling van bronbelasting te verkrijgen is voorbehouden aan ingezeten icbe's, niet wordt gerechtvaardigd door een objectief verschil tussen de situatie van die icbe's en de situatie van icbe's die zijn gevestigd in een andere lidstaat dan het Koninkrijk Denemarken.

64 Een dergelijke beperking is enkel aanvaardbaar indien zij wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaat dan nodig is om dit doel te bereiken (arrest van 24 november 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, punt 56).

65 Volgens de regeringen die opmerkingen hebben ingediend bij het Hof, wordt de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde beperking van het vrij verkeer van kapitaal gerechtvaardigd door de noodzaak de samenhang van het Deense belastingstelsel te behouden. De Deense en de Nederlandse regering zijn daarnaast van mening dat deze beperking wordt gerechtvaardigd door de noodzaak de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen.

66 In de eerste plaats dient te worden onderzocht of het feit dat een lidstaat de mogelijkheid om te worden vrijgesteld van bronbelasting over dividenden die worden uitgekeerd door ingezeten vennootschappen, voorbehoudt aan ingezeten icbe's, kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak ervoor te zorgen dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten wordt gehandhaafd.

67 De Deense en de Nederlandse regering voeren in dit verband aan dat indien het Koninkrijk Denemarken werd verplicht om een vrijstelling van bronbelasting te verlenen voor dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezeten icbe's, zonder dat het belasting kan heffen wanneer de dividenden worden uitgekeerd aan de deelnemers, de staat waaruit deze dividenden afkomstig zijn, feitelijk zou worden gedwongen ervan af te zien zijn fiscale bevoegdheid uit te oefenen ten aanzien van de op zijn grondgebied gegenereerde inkomsten.

68 Dat de dividenden worden belast en dat niet-ingezeten icbe's niet in aanmerking komen voor de vrijstelling die aan de orde is in de hoofdgedingen, maakt het volgens die regeringen mogelijk te zorgen voor een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en gaat niet verder dan nodig is, aangezien het Koninkrijk Denemarken slechts één keer belasting heft over dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezeten icbe's, en het niet mogelijk is pas belasting te heffen wanneer deze instellingen de dividenden op hun beurt uitkeren.

69 In dit verband zij eraan herinnerd dat de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten zonder twijfel een dwingende reden van algemeen belang kan vormen die kan rechtvaardigen dat de gebruikmaking van een verkeersvrijheid binnen de Europese Unie wordt beperkt (arrest van 12 december 2013, Imfeld en Garcet, C-303/12, EU:C:2013:822, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

70 Deze rechtvaardigingsgrond kan met name worden aanvaard wanneer de regeling in kwestie ertoe strekt gedragingen te voorkomen die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn fiscale bevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die plaatsvinden op zijn grondgebied (arrest van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a., C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

71 Het Hof heeft evenwel reeds geoordeeld dat een lidstaat die – zoals het geval is in de hoofdgedingen – ervoor heeft gekozen om geen belasting te heffen bij ingezeten icbe's die dividenden van nationale oorsprong ontvangen, zich ter rechtvaardiging van het feit dat wel

belasting wordt geheven bij niet-ingezeten icbe's die dergelijke inkomsten ontvangen, niet kan beroepen op de noodzaak om te zorgen voor een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten (arrest van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a., C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

72 Daarbij komt dat de dividenden die aan niet-ingezeten icbe's worden uitgekeerd door vennootschappen die zijn gevestigd in Denemarken, aldaar reeds zijn belast als winsten van de uitkerende vennootschap.

73 Dat over de dividenden pas belasting wordt geheven bij de aandeelhouders van ingezeten icbe's, kan de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde beperking niet rechtvaardigen.

74 Zoals in punt 61 van dit arrest is opgemerkt, beschikt het Koninkrijk Denemarken namelijk over de heffingsbevoegdheid ten aanzien van de ingezeten deelnemers van niet-ingezeten icbe's.

75 Daarnaast voorkomt een lidstaat geen gedragingen die afbreuk kunnen doen aan het recht om zijn fiscale bevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die plaatsvinden op zijn grondgebied, maar compenseert hij juist het uit de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten voortvloeiende gebrek aan heffingsbevoegdheid, wanneer hij bronbelasting inhoudt op dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezeten icbe's, omdat het niet mogelijk is belasting in te houden op alle uitkeringen die worden uitbetaald door deze instellingen.

76 Naar de noodzaak om die verdeling te handhaven kan dan ook niet worden verwezen om de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde beperking van het vrij verkeer van kapitaal te rechtvaardigen.

77 In de tweede plaats dient te worden nagegaan of de beperking die voortvloeit uit de toepassing van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde belastingregeling, kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak de samenhang van het Deense belastingstelsel te behouden, zoals wordt aangevoerd door de regeringen die opmerkingen hebben ingediend bij het Hof.

78 Volgens deze regeringen bestaat er namelijk een rechtstreeks verband tussen de vrijstelling van bronbelasting over dividenden die worden uitgekeerd aan ingezeten icbe's, en de verplichting van deze icbe's om bronbelasting in te houden op de dividenden die zij op hun beurt uitkeren aan hun deelnemers.

79 In dit verband zij eraan herinnerd dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat de noodzaak om de samenhang van een belastingstelsel te behouden een rechtvaardigingsgrond kan vormen voor een regeling waardoor de fundamentele vrijheden kunnen worden beperkt (arrest van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a., C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

80 Een op een dergelijke rechtvaardigingsgrond gebaseerd argument kan volgens vaste rechtspraak evenwel alleen slagen indien wordt aangetoond dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het belastingvoordeel in kwestie en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde belastingheffing, waarbij uit het oogpunt van het doel van de betreffende regeling moet worden beoordeeld of het verband rechtstreeks is (arrest van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a., C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

81 Zoals in de punten 29 tot en met 31 van het onderhavige arrest is opgemerkt, kan een icbe worden vrijgesteld van bronbelasting over dividenden die worden uitgekeerd door een in

Denemarken gevestigde vennootschap, mits zij zowel zelf in Denemarken is gevestigd als een minimumuitkering uitbetaalt of vaststelt waarop bronbelasting wordt ingehouden.

82 Zoals de advocaat-generaal in punt 72 van zijn conclusie heeft opgemerkt, maakt de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde nationale regeling de vrijstelling van bronbelasting voor icbe's die zijn gevestigd in Denemarken, afhankelijk van de voorwaarde dat zij – daadwerkelijk of fictief – een minimumuitkering uitbetalen aan hun deelnemers, die voorheffing verschuldigd zijn die in hun naam wordt ingehouden door die instellingen. Het voordeel dat aldus in de vorm van een vrijstelling van bronbelasting wordt verschaft aan icbe's die zijn gevestigd in Denemarken, wordt in beginsel gecompenseerd doordat de dividenden, na dooruitdeling ervan door de betrokken instelling, worden belast bij de deelnemers van deze instelling.

83 Nagegaan moet nog worden of het feit dat de mogelijkheid om te worden vrijgesteld van bronbelasting is voorbehouden aan icbe's die zijn gevestigd in Denemarken, niet verder gaat dan nodig is om de samenhang van het in de hoofdgedingen aan de orde zijnde belastingstelsel te waarborgen.

84 Zoals de advocaat-generaal in punt 80 van zijn conclusie heeft opgemerkt, zou de interne samenhang van dit stelsel ook kunnen worden behouden indien icbe's die zijn gevestigd in een andere lidstaat dan het Koninkrijk Denemarken en die voldoen aan de voorwaarden van § 16 C van de ligningslov, in aanmerking kwamen voor de vrijstelling van bronbelasting, mits de Deense belastingautoriteiten zich, met de volledige medewerking van de betrokken instellingen, ervan vergewissen dat deze instellingen een belasting betalen die gelijk is aan die welke in Denemarken gevestigde § 16 C-fondsen als voorheffing moeten inhouden op de overeenkomstig de genoemde bepaling berekende minimumuitkering. Indien dergelijke icbe's alsdan deze vrijstelling konden genieten, zou sprake zijn van een maatregel die minder beperkend is dan de huidige regeling.

85 Voorts leidt de weigering om het voordeel van de vrijstelling van bronbelasting toe te kennen aan icbe's die zijn gevestigd in een andere lidstaat dan het Koninkrijk Denemarken en die voldoen aan de voorwaarden van § 16 C van de ligningslov, tot opeenvolgende belastingheffingen over dividenden die zij uitkeren aan hun in Denemarken gevestigde deelnemers, wat juist ingaat tegen de doelstelling die wordt nagestreefd met de nationale regeling.

86 Derhalve moet worden vastgesteld dat de beperking die voortvloeit uit de toepassing van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde belastingregeling, niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te behouden.

87 Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat artikel 63 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een regeling van een lidstaat zoals de regeling die in de hoofdgedingen aan de orde is, op grond waarvan bronbelasting wordt ingehouden op dividenden die door een in de betrokken lidstaat gevestigde vennootschap worden uitgekeerd aan een niet-ingezeten icbe, terwijl dividenden die worden uitgekeerd aan een in die lidstaat gevestigde icbe, zijn vrijgesteld van bronbelasting mits de betrokken instelling een minimumuitkering uitbetaalt aan haar deelnemers of technisch gezien een minimumuitkering vaststelt en over deze reële of fictieve minimumuitkering belasting inhoudt ten laste van haar deelnemers.

## **Kosten**

88 Ten aanzien van de partijen in de hoofdgedingen is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

**Artikel 63 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een regeling van een lidstaat zoals de regeling die in de hoofdgedingen aan de orde is, op grond waarvan bronbelasting wordt ingehouden op dividenden die door een in de betrokken lidstaat gevestigde vennootschap worden uitgekeerd aan een niet-ingezeten instelling voor collectieve belegging in effecten (icbe), terwijl dividenden die worden uitgekeerd aan een in die lidstaat gevestigde icbe, zijn vrijgesteld van bronbelasting mits de betrokken instelling een minimumuitkering uitbetaalt aan haar deelnemers of technisch gezien een minimumuitkering vaststelt en over deze reële of fictieve minimumuitkering belasting inhoudt ten laste van haar deelnemers.**

ondertekeningen

\* Procestaal: Deens.