

## Downloaded via the EU tax law app / web

Voorlopige editie

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

13 november 2019 (\*)

„Prejudiciële verwijzing – Vrij verkeer van kapitaal – Belastingheffing van pensioenfondsen – Verschil in behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen – Regeling van een lidstaat die ingezeten pensioenfondsen in staat stelt hun belastbare winst te verlagen door reserves die bestemd zijn voor de pensioenbetalingen daarvan af te trekken en de op dividenden geheven belasting te verrekenen met de vennootschapsbelasting – Vergelijkbaarheid van situaties – Rechtvaardiging”

In zaak C-641/17,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Finanzgericht München (belastingrechter in eerste aanleg München, Duitsland) bij beslissing van 23 oktober 2017, ingekomen bij het Hof op 17 november 2017, in de procedure

### **College Pension Plan of British Columbia**

tegen

### **Finanzamt München Abteilung III,**

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: A. Arabadjiev (rapporteur), president van de Tweede kamer, K. Lenaerts, president van het Hof, waarnemend rechter van de Tweede kamer, en T. von Danwitz, rechter,

advocaat-generaal: P. Pikamäe,

griffier: D. Dittert, hoofd van een administratieve eenheid,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 20 maart 2019,

gelet op de opmerkingen van:

- College Pension Plan of British Columbia, vertegenwoordigd door A. Knebel en T. Bracksiek, Rechtsanwältin,
- het Finanzamt München Abteilung III, vertegenwoordigd door H. Messina als gemachtigde,
- de Duitse regering, aanvankelijk vertegenwoordigd door T. Henze en R. Kanitz, vervolgens door J. Möller en R. Kanitz als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door W. Roels en B. Killmann als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 5 juni 2019,

het navolgende

## **Arrest**

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 63 tot en met 65 VWEU.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen College Pension Plan of British Columbia, een beleggingsfonds in de vorm van een trust naar Canadees recht (hierna: „CPP”), en het Finanzamt München Abteilung III (belastingdienst München III, Duitsland) over de belastingheffing op dividenden die CPP heeft ontvangen voor de jaren 2007 tot en met 2010.

## **Toepasselijke bepalingen**

3 In de jaren 2007 tot en met 2010 werden pensioenfondsen en hun activiteiten geregeld door het Versicherungsaufsichtsgesetz (wet inzake toezicht op verzekeringsmaatschappijen), in de op 17 december 1992 bekendgemaakte versie (BGBl. 1993 I, blz. 2).

4 Volgens § 112 van die wet is een pensioenfonds een verzekeringsinstelling met rechtsbevoegdheid die door middel van een kapitaaldekkingstelsel voorziet in bedrijfspensioenuitkeringen bij een of meer werkgevers ten behoeve van hun werknemers. Een pensioenfonds kan het bedrag van de uitkeringen of toekomstige bijdragen die voor deze uitkeringen moeten worden betaald niet voor al deze uitkeringen door middel van verzekeringen garanderen. Werknemers hebben een eigen recht op uitkeringen jegens het pensioenfonds en het fonds is verplicht een pensioenuitkering te verstrekken in de vorm van een levenslange uitkering.

## ***Belastingstelsel voor pensioenfondsen die hun zetel in Duitsland hebben***

5 Overeenkomstig § 1, lid 1, punt 1, van het Körperschaftsteuergesetz (wet op de vennootschapsbelasting), in de op de betrokken feiten toepasselijke versie (hierna: „KStG”), is een Duits pensioenfonds, als vennootschap met zetel in Duitsland, volledig onderworpen aan de vennootschapsbelasting. Volgens § 7, lid 1, KStG juncto § 23, lid 1, ervan, bedraagt de vennootschapsbelasting 15 % van het belastbare inkomen.

6 § 8, lid 1, eerste zin, KStG bepaalt dat het belastbare inkomen wordt vastgesteld overeenkomstig de bepalingen van het Einkommensteuergesetz (wet op de inkomstenbelasting), in de op de betrokken feiten toepasselijke versie (hierna: „EStG”). Volgens § 8, lid 2, KStG juncto § 2, lid 1, punt 2, EStG moeten alle inkomsten van een volledig belastbaar pensioenfonds worden beschouwd als inkomsten uit een industriële of commerciële activiteit. Volgens § 2, lid 2, punt 1, EStG worden de inkomsten uit een industriële of commerciële activiteit gevormd door het resultaat dat in het desbetreffende belastingjaar is behaald.

7 Volgens § 4, lid 1, eerste zin, EStG is het resultaat gelijk aan het verschil tussen het vermogen van de onderneming aan het einde van het boekjaar en het vermogen van de onderneming aan het einde van het voorgaande boekjaar, vermeerderd met de waarde van de onttrekkingen en verminderd met de waarde van de stortingen. De nationale rechter merkt op dat deze vergelijking tussen de vermogens van de vennootschap wordt gemaakt op basis van een fiscale balans die wordt afgeleid uit de boekhoudkundige balans.

- 8 De verwijzende rechter zet voorts uiteen dat de inkomsten van een pensioenfonds bestaan uit de bijdragen van de verzekerden en de winst uit de beleggingen van het kapitaal van het fonds.
- 9 De ontvangen bijdragen worden eerst op de „actiefzijde” van de boekhoudkundige balans weergegeven door een verhoging van de activa en worden vervolgens omgezet in beleggingen, zodat zij deel gaan uitmaken van het kapitaal van het pensioenfonds. De tegenhanger van het kapitaal wordt gevormd door de wiskundige voorzieningen, die daar op de „passiefzijde” tegenover staan. De wiskundige voorzieningen zijn een specifieke vorm van voorzieningen voor onzekere verplichtingen en anticiperen op de bedrijfspensioenuitkeringen die door het pensioenfonds in de toekomst zullen moeten worden betaald.
- 10 Indien met het kapitaal van het fonds beleggingswinsten worden behaald, bijvoorbeeld in de vorm van dividenden, worden de boekhoudkundige beleggingsopbrengsten in de loop van het jaar waarin zij zijn gerealiseerd rechtstreeks overgeboekt ten gunste van de verschillende pensioenfondsovereenkomsten, voor zover deze winsten overeenstemmen met de technische rentevoet die is gebruikt om de bijdragen te berekenen.
- 11 Wanneer het pensioenfonds door met zijn dekkingspool te beleggen winsten behaalt die hoger zijn dan de technische rente (de zogenoemde „overschotten”), worden deze extracomptabele beleggingsopbrengsten genoemd. Deze moeten voor ten minste 90 % worden overgeboekt ten gunste van de pensioenfondsovereenkomsten en verhogen de bedrijfspensioenuitkeringen in het kader van de zogenoemde overschotverdelingsregeling. Enkel het resterende deel van het overschot verhoogt het resultaat van het pensioenfonds en is niet inbegrepen in de uitkeringen die het pensioenfonds aan de werknemers betaalt.
- 12 Als gevolg hiervan verhogen de comptabele beleggingsopbrengsten niet alleen de activa van het pensioenfonds, maar ook de waarde van de wiskundige voorzieningen op de „passiefzijde”. De waardering van de „passiefzijde” is in dit opzicht in overeenstemming met die van de „actiefzijde”, zodat de winsten uit de ontvangst van dividenden volledig worden geneutraliseerd.
- 13 Extracomptabele beleggingsopbrengsten hebben geen invloed op het resultaat voor zover deze worden overgeboekt ten gunste van de verschillende pensioenfondsovereenkomsten en resulteren in een overeenkomstige toename van een passiefpost.
- 14 Vanuit fiscaal balansperspectief leidt de accumulatie van beleggingswinsten tot een toename van de activa op de fiscale balans. Bovendien leidt de verhoging van de wiskundige voorzieningen en andere passivaposten tot een overeenkomstige verhoging van de passiva van het pensioenfonds, zodat er geen sprake is van een toename van het fiscaal relevante vermogen van de vennootschap, in de zin van § 4, lid 1, eerste zin, en § 5, lid 1, EStG. Alleen voor zover de extracomptabele beleggingsopbrengsten niet moeten worden overgeboekt ten gunste van de verschillende pensioenfondsovereenkomsten, leiden zij tot een pensioenfondsresultaat dat ook fiscaal in aanmerking moet worden genomen.
- 15 Door ingezeten pensioenfondsen ontvangen dividenden zijn onderworpen aan kapitaalopbrengstbelasting, die wordt geheven in overeenstemming met de bepalingen van § 43, lid 1, eerste zin, punt 1, juncto § 43, lid 4, EStG, alsmede op grond van § 20, lid 1, punt 1, juncto § 20, lid 8, EStG, door een inhouding aan de bron van 25 % van de brutodividenden, overeenkomstig § 43a, lid 1, eerste zin, punt 1, EStG.
- 16 Krachtens § 31 KStG juncto § 36, lid 2, punt 2, EStG is de ingehouden kapitaalopbrengstbelasting over aan pensioenfondsen uitgekeerde dividenden in het kader van de

belastingaanslagprocedure volledig verrekenbaar met de verschuldigde vennootschapsbelasting.

17 Indien de ingehouden kapitaalopbrengstbelasting hoger is dan de vastgestelde vennootschapsbelasting, wordt het overschot overeenkomstig § 36, lid 4, tweede zin, EStG aan het pensioenfonds terugbetaald.

### ***Belastingregeling voor niet-ingezeten pensioenfondsen***

18 Volgens § 2, punt 1, KStG is een buitenlands pensioenfonds dat zijn hoofdkantoor of zetel niet in Duitsland heeft, over zijn binnenlandse inkomsten gedeeltelijk onderworpen aan de vennootschapsbelasting. Overeenkomstig § 8, lid 1, KStG, juncto § 49, lid 1, punt 5a, en § 20, lid 1, punt 1, EStG zijn de door dat fonds ontvangen dividenden kapitaalopbrengsten die onderworpen zijn aan een beperkte belastingverplichting.

19 In het geval van een gedeeltelijk belastbaar pensioenfonds wordt de belasting geheven in de vorm van een inhouding aan de bron en moet het fonds dat de dividenden verschuldigd is kapitaalopbrengstbelasting inhouden, die volgens § 43, lid 1, punt 1, en § 43a, lid 1, punt 1, EStG in beginsel 25 % van het brutodividend bedraagt.

20 Volgens § 44a, lid 9, EStG wordt twee vijfde van de ingehouden en betaalde kapitaalopbrengstbelasting aan gedeeltelijk belastingplichtige ondernemingen, in de zin van § 2, lid 1, terugbetaald, zodat de effectieve belastingdruk uit hoofde van de kapitaalopbrengstbelasting 15 % bedraagt. Ook in tal van belastingverdragen is de belastingheffing op dividenden beperkt tot 15 %. Het verschil tussen de ingehouden kapitaalopbrengstbelasting en het belastingtarief van 15 % wordt, op verzoek, achteraf terugbetaald door het Bundeszentralamt für Steuern (federale centrale belastingdienst, Duitsland), overeenkomstig de bepalingen van § 50d EStG.

21 Voor niet-ingezeten pensioenfondsen is de kapitaalopbrengstbelasting van 15 % definitief, en wel overeenkomstig § 32, lid 1, punt 2, KStG, welke bepaling als volgt luidt:

„Betaling van de vennootschapsbelasting door middel van inhouding aan de bron geldt als bevrijdende betaling:

[...]

2. indien de ontvanger van de inkomsten beperkt belastingplichtig is en de inkomsten niet afkomstig zijn van een binnenlandse industriële, commerciële, landbouw- of bosbouwactiviteit.”

22 De verwijzende rechter wijst er voorts op dat op grond van genoemde § 32, lid 1, punt 2, een belastingaanslagprocedure waarbij niet-ingezeten pensioenfondsen de mogelijkheid zouden hebben om de kapitaalopbrengstbelasting te verrekenen met de verschuldigde belasting, uitgesloten is, zodat die fondsen evenmin eventuele beroepsuitgaven van de grondslag van het belastbare inkomen kunnen aftrekken.

### ***Belastingovereenkomst tussen Duitsland en Canada***

23 Op 19 april 2001 is in Berlijn de Overeenkomst tussen de Bondsrepubliek Duitsland en Canada tot het vermijden van dubbele belastingheffing ter zake van inkomstenbelasting en bepaalde andere belastingen, het voorkomen van belastingontduiking en het verlenen van fiscale bijstand, gesloten (BGBl. 2002 II, blz. 670; hierna: „belastingovereenkomst tussen Duitsland en Canada”). Artikel 10, lid 1, ervan bepaalt dat dividenden kunnen worden belast in de staat waarvan de ontvanger ingezetene is. Artikel 10, lid 2, onder b), van die overeenkomst staat echter ook de staat waaruit de dividenden afkomstig zijn toe 15 % van het brutobedrag ervan in te houden.

24 Op grond van artikel 23, lid 1, onder a), van de belastingovereenkomst tussen Duitsland en Canada dient Canada, als staat van verblijf, dubbele belasting van dividenden door middel van het verrekeningsmechanisme te voorkomen.

### **Hoofdgeding en prejudiciële vragen**

25 Het doel van CPP is het verstrekken van pensioenuitkeringen aan voormalige ambtenaren van de provincie Brits-Columbia (Canada). Daartoe neemt CPP in zijn balansen technische voorzieningen op die overeenkomen met de pensioengarantieplichtingen. CPP is in Canada vrijgesteld van elke belastingheffing op winsten.

26 In de periode 2007-2010 hield CPP indirect, via deelneming in beleggingsportefeuilles, aandelen in het kapitaal van Duitse naamloze vennootschappen, zonder dat deze participaties meer dan 1 % van het kapitaal van die vennootschappen vertegenwoordigden. De op deze deelnemingen ontvangen dividenden waren overeenkomstig artikel 10, lid 2, onder b), van de belastingovereenkomst tussen Duitsland en Canada onderworpen aan de Duitse kapitaalopbrengstbelasting van 15 %.

27 Op 23 december 2011 verzocht CPP verweerder in het hoofdgeding om vrijstelling van de kapitaalopbrengstbelasting en om terugbetaling van een bedrag van 156 280,10 EUR aan door CPP betaalde kapitaalopbrengstbelasting, vermeerderd met rente. Dat verzoek werd afgewezen, evenals zijn latere bezwaar. Bijgevolg heeft CPP beroep ingesteld bij de verwijzende rechter.

28 De verwijzende rechter wijst erop dat CPP ter ondersteuning van zijn beroep stelt dat het als niet-ingezeten pensioenfonds minder gunstig is behandeld dan ingezeten pensioenfondsen. CPP betoogt dat laatstgenoemde fondsen dividenden kunnen ontvangen zonder er belasting over te betalen, aangezien zij in het kader van de belastingaanslagprocedure de mogelijkheid hebben om de ingehouden kapitaalopbrengstbelasting te verrekenen met de vennootschapsbelasting, dan wel om vrijwel volledige terugbetaling van de kapitaalopbrengstbelasting te verkrijgen. Bovendien worden, wat deze fondsen betreft, toevoegingen aan de voorzieningen voor pensioenverplichtingen als beroepskosten in aanmerking genomen, waardoor het bedrag van de vennootschapsbelasting in het kader van de vaststelling daarvan door middel van een belastingaanslagprocedure kan worden verlaagd. Volgens CPP kunnen niet-ingezeten pensioenfondsen een dergelijke verrekening of terugbetaling niet toepassen, aangezien volgens § 32, lid 1, punt 1, KStG de betaling door middel van inhouding aan de bron voor dergelijke pensioenfondsen geldt als bevrijdende betaling en een definitieve fiscale last voor hen vormt.

29 Verweerder in het hoofdgeding stelt in de eerste plaats dat hoewel Duitse pensioenfondsen de betaalde kapitaalopbrengstbelasting kunnen verrekenen met de verschuldigde vennootschapsbelasting, dit geen volledige vrijstelling vormt, aangezien de ontvangen dividenden onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting tegen een tarief van 15 % van het belastbare inkomen. Vervolgens stelt hij dat een niet-ingezeten pensioenfonds niet kan worden geacht minder gunstig te worden behandeld dan een ingezeten pensioenfonds wegens het feit dat de nationale

regeling hun de mogelijkheid ontnemt om de beroepskosten af te trekken, aangezien deze fondsen zich, bij gebreke van een rechtstreeks verband tussen dergelijke voorzieningen voor pensioenverplichtingen en de desbetreffende inkomstgenererende activiteit, niet in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van ingezeten pensioenfondsen. Hij is tevens van mening dat een eventuele beperking in ieder geval gerechtvaardigd wordt door redenen die verband houden met de doeltreffendheid van de belastingcontroles. Ten slotte voert hij aan dat de invoering van een beperking op grond van artikel 64, lid 1, VWEU toelaatbaar is, aangezien de bevrijdende werking van § 32, lid 1, punt 2, KStG reeds was ingesteld bij § 50, lid 2, KStG 1977 en de uitgekeerde inkomsten een financiële dienstverlening door pensioenfondsen aan hun beleggers inhouden.

30 De verwijzende rechter stelt dat tussen partijen in het hoofdgeding vaststaat dat CPP naar Duits recht kan worden gelijkgesteld met een pensioenfonds. Hij vraagt zich af of de nationale regeling op grond waarvan gedeeltelijk belastingplichtige niet-ingezeten pensioenfondsen de mogelijkheid is ontnomen om de door hen verschuldigde kapitaalopbrengstbelasting te verrekenen met de vennootschapsbelasting of deze niet terugbetaald kunnen krijgen, terwijl ingezeten pensioenfondsen wel over deze mogelijkheid beschikken, en de ontvangst van dividenden voor laatstgenoemde pensioenfondsen niet of slechts in geringe mate tot een verhoging van de door hen te betalen vennootschapsbelasting leidt, aangezien zij de toevoegingen aan de voorzieningen voor het nakomen van hun pensioenverplichtingen kunnen aftrekken van het belastbare resultaat, een met de bepalingen van de artikelen 63 en 65 VWEU strijdig verschil in behandeling tussen deze fondsen in het leven roept.

31 Wat de mogelijkheid betreft om toevoegingen aan voorzieningen voor pensioenverplichtingen van het belastbare resultaat af te trekken, bevat het Duitse recht geen soortgelijke regel als die welke aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 8 november 2012, Commissie/Finland (C-342/10, EU:C:2012:688), en waarin uitdrukkelijk werd bepaald dat toevoegingen aan de wiskundige en soortgelijke technische voorzieningen, als aftrekbare kosten kunnen worden afgetrokken van het belastbare inkomen. Toch wordt volgens de Duitse wetgeving in een belastingjaar alleen de nettoverrijking van een belastingplichtige onderneming belast. Bij dividenduitkeringen aan een pensioenfonds neemt het vermogen van het pensioenfonds alleen toe indien en voor zover de extracomptabele beleggingsopbrengsten niet worden overgeboekt ten gunste van de verschillende pensioenfondsovereenkomsten. Voor zover de uitgekeerde dividenden de wiskundige voorzieningen en/of andere passivaposten verhogen, blijft het resultaat van het pensioenfonds ongewijzigd en is er dus geen sprake van een belastbare verrijking. Bijgevolg zijn de voorzieningen ter dekking van de pensioenverplichtingen, die het belastbare resultaat verminderen, het rechtstreekse gevolg van de ontvangst van dividenden, zodat volgens de verwijzende rechter ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen zich, wat de behandeling van toevoegingen aan wiskundige en soortgelijke technische voorzieningen als beroepskosten betreft, in een vergelijkbare situatie bevinden.

32 De verwijzende rechter vraagt zich echter af of artikel 64, lid 1, VWEU in de onderhavige zaak kan worden ingeroepen.

33 In de eerste plaats wijst hij erop dat de bepalingen van § 32, lid 1, punt 2, KStG, op grond waarvan de inhouding aan de bron geldt als een bevrijdende betaling, hetgeen leidt tot een verschil in behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen, identiek waren aan die van § 50, lid 1, punt 2, KStG 1991, en derhalve op 31 december 1993 reeds bestonden. Het feit dat op 31 december 1993 volledig belastbare belastingplichtigen de kapitaalopbrengstbelasting in aftrek konden brengen op de vennootschapsbelasting, en dat het systeem nadien meermaals is gewijzigd, heeft geen verandering gebracht in de regels voor de fiscale behandeling van dividenden die worden uitgekeerd aan gedeeltelijk belastingplichtige

vennootschappen.

34 In de tweede plaats is het volgens de verwijzende rechter irrelevant dat het huidige tarief van de kapitaalopbrengstbelasting van 25 % – dat overeenkomstig § 43, lid 1, punt 1, juncto § 43a, lid 1, punt 1, EStG op 31 december 1993 reeds bestond – op 1 januari 2001 is verlaagd naar 20 %, en vervolgens op 1 januari 2009 weer is verhoogd tot 25 %, aangezien de regeling inzake de inhouding aan de bron over kapitaalopbrengsten in principe niet is gewijzigd en de effectieve belastingdruk uit hoofde van de kapitaalopbrengstbelasting voor gedeeltelijk belastingplichtige vennootschappen slechts 15 % bedraagt.

35 In de derde plaats vraagt de verwijzende rechter zich af of er een causaal verband in de zin van het arrest van 21 mei 2015, Wagner-Raith (C-560/13, EU:C:2015:347), bestaat tussen de dividenden die worden ontvangen uit een deelneming van een niet-ingezeten pensioenfonds in een Duitse vennootschap, en de financiële diensten die dit pensioenfonds aan zijn verzekerden verleent. Hij wijst erop dat volgens een deel van de rechtsleer de instroom van kapitaal in een pensioenfonds op zich niet nauw genoeg verbonden is met de financiële dienstverlening door dat pensioenfonds ten behoeve van zijn verzekerden. Vanwege de bijzondere kenmerken van de activiteiten van de pensioenfondsen doen de beleggingsopbrengsten van het pensioenfonds echter meestal gelijktijdig de pensioenbetalingsverplichtingen van het fonds stijgen, zodat de belastingheffing op de uitgekeerde dividenden direct van invloed is op de aanspraken van de verzekerden jegens het pensioenfonds.

36 Daarop heeft het Finanzgericht München (belastingrechter in eerste aanleg München, Duitsland) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Verzet het vrije verkeer van kapitaal als vervat in artikel 63, lid 1, juncto artikel 65 VWEU zich tegen de regeling van een lidstaat op grond waarvan een niet-ingezeten instelling voor bedrijfspensioenvoorziening waarvan de structuur in wezen vergelijkbaar is met die van een Duits pensioenfonds, geen vrijstelling geniet van de kapitaalopbrengstbelasting over ontvangen dividenden, terwijl overeenkomstige dividenduitkeringen aan ingezeten pensioenfondsen niet of nauwelijks leiden tot een verhoging van de verschuldigde vennootschapsbelasting omdat binnenlandse pensioenfondsen in het kader van de belastingaanslagprocedure hun belastbare winst, door de voorzieningen voor pensioenverplichtingen daarvan af te trekken, kunnen verminderen en de betaalde kapitaalopbrengstbelasting door verrekening, en voor zover het bedrag van de te betalen vennootschapsbelasting lager is dan het te verrekenen bedrag, door teruggaaf, kunnen neutraliseren?

2) Indien het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt: is de beperking van het vrije verkeer van kapitaal door § 32, lid 1, punt 2, KStG volgens artikel 63 juncto artikel 64, lid 1, VWEU toelaatbaar jegens derde landen omdat zij verband houdt met de verrichting van financiële diensten?”

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

37 Naar aanleiding van de conclusie van de advocaat-generaal heeft de Duitse regering bij akte, neergelegd ter griffie van het Hof op 2 juli 2019, verzocht om heropening van de mondelinge behandeling overeenkomstig artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

38 Ter ondersteuning van haar verzoek voert de Duitse regering in wezen aan dat de conclusie van de advocaat-generaal berust op onjuiste feitelijke vaststellingen met betrekking tot het Duitse recht. Dividenden betaald aan ingezeten pensioenfondsen zijn volgens haar onderworpen aan vennootschapsbelasting tegen een tarief van 15 %, dat wordt toegepast op brutodividenden. De

kapitaalopbrengstbelasting, die wordt geheven door middel van inhouding aan de bron en 25 % van het brutodividend bedraagt, wordt verrekend met de aldus vastgestelde vennootschapsbelasting, zodat de aan de bron ingehouden belasting tot een bedrag van 10 % van het brutodividend wordt terugbetaald. De belastingdruk blijft in principe gelijk aan 15 % van het brutodividend. Voorts licht de Duitse regering de opmerkingen die zij ter terechtzitting heeft gemaakt nader toe en herhaalt zij haar bezwaar tegen de berekeningen die de Commissie tijdens diezelfde zitting heeft gepresenteerd.

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

40 Binnen deze context dient voorts in herinnering te worden gebracht dat het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Reglement voor de procesvoering niet voorzien in de mogelijkheid voor de in artikel 23 van dat Statuut bedoelde partijen of belanghebbenden 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 partij het oneens is met de conclusie van de advocaat-generaal, kan als zodanig geen grond voor de heropening van de mondelinge behandeling opleveren, ongeacht welke kwesties hij in zijn conclusie heeft onderzocht (arrest 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).

41 Hieruit volgt dat het verzoek van de Duitse regering om heropening van de mondelinge behandeling, voor zover dit ertoe strekt haar in staat te stellen te antwoorden op de vaststellingen van de advocaat-generaal in zijn conclusie, niet kan worden ingewilligd.

42 Het Hof kan echter volgens artikel 83 van zijn Reglement voor de procesvoering in elke stand van het geding, de advocaat-generaal gehoord, de opening of de heropening van de mondelinge behandeling gelasten, onder meer wanneer het zich onvoldoende voorgelicht acht of wanneer een partij na afsluiting van deze behandeling een nieuw feit aanbrengt dat van beslissende invloed kan zijn voor de uitspraak 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.

43 In dit verband zij eraan herinnerd dat het Hof zich volgens zijn vaste rechtspraak bij de uitlegging van bepalingen van de nationale rechtsorde in beginsel moet baseren op de kwalificaties in de verwijzingsbeslissing, en niet bevoegd is om het nationale recht van een lidstaat uit te leggen (zie met name arresten van 17 maart 2011, Naftiliaki Etaireia Thasou en Amaltheia I Naftiki Etaireia, C-128/10 en C-129/10, EU:C:2011:163, punt 40, en 16 februari 2017, Agro Foreign Trade & Agency, C-507/15, EU:C:2017:129, punt 23).

44 De verwijzingsbeslissing bevat de nodige informatie over de bepalingen van het Duitse recht en met name over de krachtens deze bepalingen geldende belastingtarieven, waarop het Hof zich dient te baseren.

45 Het Hof is derhalve van oordeel, de advocaat-generaal gehoord, dat het over alle gegevens beschikt die nodig zijn om de door de verwijzende rechter gestelde vragen te beantwoorden en dat

de argumenten die hem in staat stellen zich uit te spreken over de vraag betreffende de belastingdruk die rust op dividenden die aan ingezeten pensioenfondsen worden uitgekeerd, voor hem zijn besproken. Bovendien is de Duitse regering ter terechtzitting in de gelegenheid gesteld om te reageren op alle argumenten die tijdens die zitting naar voren werden gebracht en om alle verduidelijkingen te verstrekken die zij in dit verband noodzakelijk achtte.

46 Gelet op het voorgaande is er geen aanleiding om de heropening van de mondelinge behandeling te gelasten.

## **Beantwoording van de prejudiciële vragen**

### ***Eerste vraag***

47 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende in wezen te vernemen of de artikelen 63 en 65 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan, ten eerste, over de dividenden die door een ingezeten vennootschap aan een ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd bronbelasting wordt geheven die volledig kan worden verrekend met de door dat fonds verschuldigde vennootschapsbelasting en die, wanneer zij hoger is dan de door het fonds verschuldigde vennootschapsbelasting, kan leiden tot een terugbetaling, en, ten tweede, die dividenden niet of nauwelijks leiden tot een verhoging van het aan vennootschapsbelasting onderworpen resultaat, als gevolg van de mogelijkheid om voorzieningen voor pensioenverplichtingen van dat resultaat af te trekken, terwijl over dividenden die aan een niet-ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd bronbelasting wordt geheven die voor een dergelijk fonds een definitieve belastingheffing vormt.

### *Bestaan van een beperking in de zin van artikel 63 VWEU*

48 Volgens de rechtspraak van het Hof strekken de maatregelen die ingevolge artikel 63, lid 1, VWEU verboden zijn omdat zij het vrije kapitaalverkeer beperken, zich mede uit tot de maatregelen die niet-ingezetenen ervan kunnen doen afzien in een lidstaat investeringen te doen, of die ingezetenen van deze lidstaat ervan kunnen weerhouden in andere lidstaten investeringen te doen (zie met name arresten van 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, punt 39, en 22 november 2018, *Sofina e.a.*, C-575/17, EU:C:2018:943, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

49 Met name het feit dat een lidstaat dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezeten pensioenfondsen ongunstiger behandelt dan dividenden die worden uitgekeerd aan ingezeten pensioenfondsen, kan in een andere dan die lidstaat gevestigde vennootschappen ervan doen afzien in die lidstaat te investeren, zodat dit een beperking van het vrije kapitaalverkeer vormt die in beginsel verboden is door artikel 63 VWEU (zie in die arresten van 8 november 2012, *Commissie/Finland*, C-342/10, EU:C:2012:688, punt 33; 22 november 2012, *Commissie/Duitsland*, C-600/10, niet gepubliceerd, EU:C:2012:737, punt 15, en 2 juni 2016, *Pensioenfondsen Metaal en Techniek*, C-252/14, EU:C:2016:402, punt 28).

50 Wanneer op dividenden die aan niet-ingezeten pensioenfondsen worden uitgekeerd een zwaardere belastingdruk rust dan op dividenden die worden uitgekeerd aan ingezeten pensioenfondsen, dan is er sprake van een dergelijke minder gunstige behandeling (zie in die zin arrest van 17 september 2015, *Miljoen e.a.*, C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, punt 48). Hetzelfde geldt wanneer aan ingezeten pensioenfondsen uitgekeerde dividenden geheel of gedeeltelijk worden vrijgesteld, terwijl dividenden die aan niet-ingezeten pensioenfondsen worden uitgekeerd, onderworpen zijn aan een definitieve inhouding aan de bron (zie in die zin arrest van 8 november 2012, *Commissie/Finland*, C-342/10, EU:C:2012:688, punten 32 en 33).

51 Krachtens de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, zoals deze is weergegeven in de verwijzingsbeslissing, zijn de aan pensioenfondsen uitgekeerde dividenden onderworpen aan twee verschillende stelsels van belastingheffing, waarvan de toepassing afhankelijk is van de vraag of zij ingezetene zijn van de lidstaat van de dividend-uitkerende vennootschap.

52 Enerzijds zijn immers zowel de dividenden die worden uitgekeerd aan ingezeten pensioenfondsen als de dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezeten pensioenfondsen onderworpen aan een kapitaalopbrengstbelasting, die wordt ingehouden aan de bron.

53 Anderzijds wordt echter bij niet-ingezeten pensioenfondsen deze belasting definitief geheven tegen een tarief dat, zoals blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt, in het hoofdgeding overeenkomt met 15 % van de brutodividenden, zoals bepaald in artikel 10, lid 2, onder b), van het belastingverdrag tussen Duitsland en Canada.

54 Daarentegen wordt volgens de verwijzende rechter bij ingezeten pensioenfondsen aan de bron een kapitaalopbrengstbelasting ingehouden tegen een tarief van 25 % van het brutodividend. Die belasting kan volledig worden verrekend met de vennootschapsbelasting, waarvan het tarief volgens die rechter 15 % van de belastbare inkomsten bedraagt, en worden teruggegeven wanneer de aan de bron ingehouden belasting hoger is dan de door het fonds verschuldigde vennootschapsbelasting.

55 Bovendien leidt, volgens de informatie in de verwijzingsbeslissing, de ontvangst van dividenden voor de berekening van de vennootschapsbelasting slechts tot een zeer geringe stijging van het aan belastingheffing onderworpen resultaat van het ingezeten fonds, en soms zelfs helemaal niet tot een stijging van dat resultaat. Volgens de verwijzende rechter leidt de ontvangst van dividenden namelijk tot een evenredige verhoging van de technische voorzieningen en neemt het belastbare resultaat van het ingezeten pensioenfonds alleen maar toe indien de opbrengsten van de extracomptabele beleggingen niet worden overgeboekt ten gunste van de verschillende overeenkomsten van dit fonds. Zoals aangegeven in punt 11 van dit arrest moet ten minste 90 % van de extracomptabele beleggingsopbrengsten worden overgeboekt ten gunste van de overeenkomsten van het ingezeten pensioenfonds.

56 Hieruit volgt dat, wegens deze aftrek van de voorzieningen, die overeenkomen met de ontvangen dividenden, van de belastinggrondslag voor de berekening van de vennootschapsbelasting, de door de ingezeten pensioenfondsen ontvangen dividenden die belastinggrondslag niet of slechts zeer licht verhogen.

57 Daaruit volgt dat, ook al is de kapitaalopbrengstbelasting die aanvankelijk wordt ingehouden op aan ingezeten pensioenfondsen uitgekeerde dividenden hoger dan die op dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezeten pensioenfondsen, de toepassing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde Duitse regeling van het mechanisme voor de verrekening van de door het ingezeten pensioenfonds verschuldigde kapitaalopbrengstbelasting met de door dat fonds verschuldigde vennootschapsbelasting en voor de terugbetaling van die belasting wanneer de verschuldigde vennootschapsbelasting lager is dan de ingehouden kapitaalopbrengstbelasting, in combinatie met de wijzen van berekening van de belastinggrondslag van het pensioenfonds, ertoe leidt dat dividenden die worden uitgekeerd aan ingezeten pensioenfondsen uiteindelijk geheel of gedeeltelijk worden vrijgesteld van belasting.

58 Hieruit volgt dat dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezeten pensioenfondsen minder gunstig worden behandeld dan dividenden die worden uitgekeerd aan ingezeten pensioenfondsen, aangezien eerstgenoemde fondsen onderworpen zijn aan een definitieve heffing van 15 %, terwijl laatstgenoemde fondsen geheel of gedeeltelijk van belasting zijn

vrijgesteld.

59 Anders dan verweerder in het hoofdgeding stelt, is een dergelijke minder gunstige behandeling niet het gevolg van de parallelle uitoefening door de twee betrokken staten van hun respectieve heffingsbevoegdheden, noch van de verschillen tussen de wetgevingen van de verschillende staten. Het enkele feit dat de Bondsrepubliek Duitsland haar belastingbevoegdheid uitoefent, leidt immers ongeacht de toepassing van de belastingwetgeving van een andere staat enerzijds tot de volledige of nagenoeg volledige vrijstelling van de aan ingezeten pensioenfondsen uitgekeerde dividenden en anderzijds tot belastingheffing op dividenden die aan niet-ingezeten pensioenfondsen worden uitgekeerd.

60 Bijgevolg kan een verschil in behandeling, zoals dat wat voortvloeit uit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde Duitse wetgeving, tussen de aan niet-ingezeten pensioenfondsen uitgekeerde dividenden en de aan ingezeten pensioenfondsen uitgekeerde dividenden, pensioenfondsen die in een andere staat dan de Bondsrepubliek Duitsland zijn gevestigd, ervan weerhouden om in die staat te beleggen en vormt dat verschil derhalve een door artikel 63 VWEU in beginsel verboden beperking van het vrije kapitaalverkeer.

61 Niettemin dient te worden onderzocht of deze beperking kan worden gerechtvaardigd in het licht van de bepalingen van het VWEU.

#### *Bestaan van een rechtvaardigingsgrond*

62 Krachtens artikel 65, lid 1, onder a), VWEU doet het bepaalde in artikel 63 VWEU niets 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.

63 Deze bepaling vormt een uitzondering op het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van kapitaal en moet dus strikt worden uitgelegd. Zij kan dan ook niet aldus worden uitgelegd dat elke belastingwetgeving die onderscheid maakt tussen belastingplichtigen naargelang van hun vestigingsplaats of van de lidstaat waarin zij hun kapitaal beleggen, automatisch verenigbaar is met het VWEU. De in artikel 65, lid 1, onder a), VWEU bedoelde afwijking wordt immers zelf beperkt door artikel 65, lid 3, VWEU, dat bepaalt dat de in lid 1 van dit artikel bedoelde nationale maatregelen „geen middel tot willekeurige discriminatie [mogen] vormen, noch een verkapte 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 55-56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

64 Bijgevolg moet 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. Dienaangaande volgt uit de rechtspraak van het Hof dat een nationale wettelijke belastingregeling alleen verenigbaar met de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal kan 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 SGIC e.a.*, C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

65 Uit de vaste rechtspraak van het Hof volgt dat de vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een interne situatie moet worden onderzocht op basis van het door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel en het voorwerp en de inhoud van die bepalingen (zie met name arrest van 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

66 Bovendien volgt uit de rechtspraak van het Hof dat wanneer een lidstaat, unilateraal of door het sluiten van overeenkomsten, niet alleen ingezeten belastingplichtigen maar ook niet-ingezeten belastingplichtigen aan de inkomstenbelasting onderwerpt voor de dividenden die zij van een ingezeten vennootschap ontvangen, de situatie van die niet-ingezeten belastingplichtigen vergelijkbaar is met die van de ingezeten belastingplichtigen (arresten van 20 oktober 2011, Commissie/Duitsland, C-284/09, EU:C:2011:670, punt 56, en 17 september 2015, Miljoen e.a., C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

67 Verweerder in het hoofdgeding en de Duitse regering betogen evenwel dat ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen zich, gelet op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, niet in objectief vergelijkbare situaties bevinden.

68 Ten eerste zou het verschil in behandeling, net als in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 22 december 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), voortvloeien uit de toepassing van verschillende technieken van belastingheffing op ingezetenen en niet-ingezetenen.

69 Ten tweede is het verschil in behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen gerechtvaardigd, aangezien er geen rechtstreeks verband bestaat tussen de ontvangst van dividenden in Duitsland en de kosten van de toevoegingen aan wiskundige en andere technische voorzieningen, zoals wordt vereist door de rechtspraak van het Hof inzake de vergelijkbaarheid van de situatie van ingezetenen met die van niet-ingezetenen met betrekking tot uitgaven die rechtstreeks verband houden met een activiteit die in een lidstaat belastbare inkomsten heeft gegenereerd (zie met name arresten van 31 maart 2011, Schröder, C-450/09, EU:C:2011:198, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 24 februari 2015, Grünwald, C-559/13, EU:C:2015:109, punt 29).

70 Wat in de eerste plaats het argument betreft dat het verschil in behandeling het gevolg is van de toepassing van verschillende technieken van belastingheffing op ingezetenen en niet-ingezetenen, moet worden opgemerkt dat het Hof in punt 41 van het arrest van 22 december 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), weliswaar voor recht heeft verklaard dat een verschil in behandeling, bestaande in de toepassing van verschillende technieken van belastingheffing naargelang van de vestigingsplaats van de belastingplichtige, situaties betreft die niet objectief vergelijkbaar zijn, doch in de punten 43, 44 en 49 van dat arrest heeft gepreciseerd dat de betrokken inkomsten in de zaak die heeft geleid tot dat arrest, hoe dan ook waren belast, ongeacht of zij werden ontvangen door een ingezeten belastingplichtige of door een niet-ingezeten belastingplichtige, en dat het verschil in belastingheffing bovendien niet noodzakelijkerwijs een voordeel opleverde voor de ingezeten ontvangers.

71 Zoals uit de punten 57 en 58 van het onderhavige arrest blijkt, heeft de toepassing van de Duitse regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, tot gevolg dat dividenden die aan ingezeten pensioenfondsen worden uitgekeerd uiteindelijk geheel of gedeeltelijk van belasting zijn vrijgesteld, terwijl dividenden die aan niet-ingezeten pensioenfondsen worden uitgekeerd zijn onderworpen aan een definitieve belasting van 15 %.

72 De in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling blijft dus niet beperkt tot het vaststellen van verschillende wijzen van belastingheffing naargelang van de vestigingsplaats van

de ontvanger van dividenden van nationale oorsprong. Zij kan ook leiden tot een volledige of bijna volledige vrijstelling van de aan de ingezeten pensioenfondsen uitgekeerde dividenden en bijgevolg tot het verlenen van een voordeel aan deze laatste fondsen.

73 Het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verschil in behandeling kan derhalve niet worden gerechtvaardigd door het verschil tussen de situatie van ingezeten en die van niet-ingezeten pensioenfondsen wat de toepassing van verschillende technieken van belastingheffing betreft.

74 Wat in de tweede plaats het argument betreft dat de situatie van ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen verschilt wat betreft de mogelijkheid om de toevoegingen aan de voorzieningen voor het nakomen van pensioenverplichtingen als beroepskosten in aanmerking te nemen, zij eraan herinnert dat het Hof heeft geoordeeld dat met betrekking tot uitgaven zoals beroepskosten die rechtstreeks verband houden met een activiteit waardoor in een lidstaat belastbare inkomsten zijn verworven, ingezetenen en niet-ingezetenen van deze lidstaat in een vergelijkbare situatie verkeren (zie met name arresten van 31 maart 2011, Schröder, C-450/09, EU:C:2011:198, punt 40; 8 november 2012, Commissie/Finland, C-342/10, EU:C:2012:688, punt 37, en 24 februari 2015, Grünwald, C-559/13, EU:C:2015:109, punt 29).

75 De verwijzende rechter wijst er in zijn verwijzingsbeslissing op dat de bepalingen van § 21a KStG inzake de wiskundige voorzieningen en die van § 21, lid 2, KStG inzake de voorzieningen voor de terugbetaling van bijdragen, geen bepalingen zijn die beroepskosten toestaan en dat het Duitse recht geen regel kent die uitdrukkelijk bepaalt dat de toevoegingen aan de wiskundige en soortgelijke technische voorzieningen als aftrekbare kosten mogen worden afgetrokken van het belastbare inkomen. Zoals in herinnering gebracht in punt 43 van het onderhavige arrest is het Hof in beginsel verplicht zich te baseren op de kwalificaties die voortvloeien uit de bepalingen van het nationale recht zoals deze zijn gespecificeerd in de verwijzingsbeslissing.

76 In dit opzicht verschilt de situatie in het hoofdgeding van die in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 8 november 2012, Commissie/Finland (C-342/10, EU:C:2012:688), waarin de nationale wetgever de voor de uitvoering van de pensioenverplichtingen voorziene bedragen uitdrukkelijk gelijk heeft gesteld met uitgaven die zijn gedaan om de inkomsten uit een economische activiteit te verwerven of te behouden.

77 Bijgevolg is de in punt 74 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak irrelevant voor het onderzoek van de vergelijkbaarheid, gelet op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling, van de situatie van een niet-ingezeten pensioenfonds met die van een ingezeten pensioenfonds. Het door de Duitse regering aangevoerde feit dat de toevoegingen aan de wiskundige en andere technische voorzieningen geen kosten zijn die worden gemaakt om dividendinkomsten te genereren, kan de vergelijkbaarheid van deze situaties dus niet in twijfel trekken.

78 In die omstandigheden moet erop worden gewezen dat, volgens de verwijzende rechter, wanneer de uitgekeerde dividenden de wiskundige voorzieningen of andere passivaposten verhogen, het resultaat van het pensioenfonds ongewijzigd blijft en er dus geen sprake is van een belastbare verrijking. Hij voegt daaraan toe dat de voorzieningen voor pensioenverplichtingen, die het belastbare resultaat verminderen, het rechtstreekse gevolg zijn van de ontvangst van dividenden. Bijgevolg bevinden ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen zich volgens die rechter in een vergelijkbare situatie wat betreft de inaanmerkingneming van de toevoegingen aan de wiskundige en soortgelijke technische voorzieningen voor de vaststelling van hun belastinggrondslag met betrekking tot de dividenden die zij ontvangen.

79 Uit de door de verwijzende rechter verstrekte inlichtingen blijkt dus dat er een causaal verband bestaat tussen de ontvangst van dividenden, de verhoging van de wiskundige

voorzieningen en andere passivaposten en de niet-verhoging van de belastinggrondslag van het ingezeten fonds, aangezien de voor de technische voorzieningen aangewende dividenden het belastbare resultaat van het pensioenfonds niet verhogen, hetgeen overigens door de Duitse regering ter terechtzitting is bevestigd. Volgens die regering moet een groot deel van de winst die met de investering wordt behaald namelijk ten goede komen aan de aangeslotene, hetgeen betekent dat deze winst niet tot het vermogen van het pensioenfonds kan blijven behoren en dat de inkomsten de voorwaarde zijn voor de uitgaven voor de voorzieningen.

80 Een nationale regeling die volledige of nagenoeg volledige vrijstelling van aan ingezeten pensioenfondsen uitgekeerde dividenden mogelijk maakt, vergemakkelijkt dus de accumulatie van kapitaal door deze fondsen, terwijl, zoals de Duitse regering ter terechtzitting heeft opgemerkt, alle pensioenfondsen in beginsel verplicht zijn om verzekeringspremies op de kapitaalmarkt te beleggen om inkomsten te genereren in de vorm van dividenden die hen in staat stellen om hun toekomstige verplichtingen uit hoofde van verzekeringsovereenkomsten na te komen.

81 Een niet-ingezeten pensioenfonds dat de ontvangen dividenden – uit eigen beweging of overeenkomstig de in zijn staat van vestiging geldende wetgeving – gebruikt voor toevoeging aan de voorzieningen voor pensioenen die het in de toekomst moet betalen, bevindt zich in dat opzicht in een situatie die vergelijkbaar is met die van een ingezeten pensioenfonds.

82 Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of dit in het hoofdgeding het geval is.

83 Ingeval de verwijzende rechter van oordeel is dat het niet-ingezeten pensioenfonds zich, wat de aanwending van dividenden voor toevoeging aan de voorzieningen voor pensioenen betreft, in een situatie bevindt die vergelijkbaar is met die van een ingezeten pensioenfonds, moet nog worden onderzocht of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verschil in behandeling in voorkomend geval kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang (zie in die zin met name arrest van 24 november 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, punten 54 en 56).

84 Aangezien de Duitse regering ter terechtzitting heeft betoogd dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling past binnen de context van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaat van de bron van de dividenden en de staat van vestiging van het pensioenfonds, moet er in dit verband allereerst aan worden herinnerd dat de noodzaak van handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en derde landen een rechtvaardigingsgrond voor een beperking van het vrije kapitaalverkeer kan vormen, met name wanneer de betrokken nationale maatregelen ertoe strekken gedragingen te voorkomen die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden [arrest van 26 februari 2019, X (Tussenvennootschappen die in een derde land zijn gevestigd), C-135/17, EU:C:2019:136, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

85 Wanneer een lidstaat er echter voor heeft gekozen om alle of bijna alle aan ingezeten pensioenfondsen uitgekeerde dividenden vrij te stellen, kan hij zich, ter rechtvaardiging van het feit dat wel belasting wordt geheven over dividenden die aan niet-ingezeten pensioenfondsen worden uitgekeerd, niet beroepen op de noodzaak om te zorgen voor een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en derde landen (zie in die zin arresten van 20 oktober 2011, Commissie/Duitsland, C-284/09, EU:C:2011:670, punt 78; 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a., C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 48, en 21 juni 2018, Fidelity Funds e.a., C-480/16, EU:C:2018:480, punt 71).

86 De noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en derde landen in stand te houden, kan derhalve niet worden aangevoerd als

rechtvaardiging voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde beperking van het vrije verkeer van kapitaal.

87 Wat vervolgens de door de verwijzende rechter genoemde noodzaak betreft om de samenhang van een belastingstelsel te handhaven, die ook een rechtvaardigingsgrond kan vormen voor een regeling die de fundamentele vrijheden kan beperken, mits wordt aangetoond dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken belastingvoordeel en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde belastingheffing, waarbij in het licht van het doel van de betrokken regeling moet worden beoordeeld of het verband rechtstreeks is (zie met name arrest van 21 juni 2018, *Fidelity Funds e.a.*, C-480/16, EU:C:2018:480, punten 79 en 80 en aldaar aangehaalde rechtspraak), kan worden volstaan met de vaststelling dat de Duitse regering zich niet heeft beroepen op het bestaan van een dergelijk rechtstreeks verband, dat noodzakelijk is om zich met succes op een dergelijke rechtvaardiging te kunnen beroepen.

88 Wat ten slotte de, eveneens door de verwijzende rechter naar voren gebrachte, noodzaak betreft om de doeltreffendheid van de belastingcontroles te waarborgen, hetgeen een dwingende reden van algemeen belang is die een beperking van het vrije kapitaalverkeer kan rechtvaardigen [arrest van 26 februari 2019, *X (Tussenvennootschappen die in een derde land zijn gevestigd)*, C-135/17, EU:C:2019:136, punt 74], zij opgemerkt dat het dossier waarover het Hof beschikt geen aanwijzingen bevat dat een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, geschikt is om dit doel te bereiken.

89 Gelet op het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat de artikelen 63 en 65 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan, ten eerste, over de dividenden die door een ingezeten vennootschap aan een ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd bronbelasting wordt geheven die volledig kan worden verrekend met de door dat fonds verschuldigde vennootschapsbelasting en die, wanneer zij hoger is dan de door het fonds verschuldigde vennootschapsbelasting, kan leiden tot een terugbetaling, en, ten tweede, die dividenden niet of nauwelijks leiden tot een verhoging van het aan vennootschapsbelasting onderworpen resultaat, als gevolg van de mogelijkheid om voorzieningen voor pensioenverplichtingen van dat resultaat af te trekken, terwijl over dividenden die aan een niet-ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd bronbelasting wordt geheven die voor een dergelijk fonds een definitieve belastingheffing vormt, wanneer het niet-ingezeten pensioenfonds de ontvangen dividenden gebruikt voor toevoeging aan de voorzieningen voor pensioenen die het in de toekomst moet betalen, hetgeen aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.

### ***Tweede vraag***

90 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 64, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een nationale regeling op grond waarvan, ten eerste, over dividenden die door een ingezeten vennootschap aan een ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd bronbelasting wordt geheven die volledig kan worden verrekend met de door dit fonds verschuldigde vennootschapsbelasting en die, wanneer zij hoger is dan de door het fonds verschuldigde vennootschapsbelasting, kan leiden tot een terugbetaling, en, ten tweede, die dividenden niet of nauwelijks leiden tot een verhoging van het aan vennootschapsbelasting onderworpen resultaat, als gevolg van de mogelijkheid om voorzieningen voor pensioenverplichtingen van dat resultaat af te trekken, terwijl over dividenden die aan een niet-ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd bronbelasting wordt geheven die voor een dergelijk fonds een definitieve belastingheffing vormt, voor de toepassing van die bepaling kan worden beschouwd als een op 31 december 1993 bestaande beperking.

91 Volgens artikel 64, lid 1, VWEU doet het bepaalde in artikel 63 VWEU geen afbreuk aan de toepassing op derde landen van beperkingen die op 31 december 1993 bestaan uit hoofde van

het nationale recht of het recht van de Unie inzake het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen – met inbegrip van investeringen in onroerende goederen –, vestiging, het verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot de kapitaalmarkten.

92 Met betrekking tot het temporele criterium van artikel 64, lid 1, VWEU volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat, hoewel in beginsel de nationale rechter de inhoud dient te bepalen van de wetgeving die bestond op een door een Uniehandeling bepaalde datum, het aan het Hof staat om de gegevens te verschaffen voor de uitlegging van het Unierechtelijke begrip dat de basis vormt voor de toepassing van een Unierechtelijke uitzonderingsregeling op een nationale wettelijke regeling die op een bepaalde datum „bestaat” (arrest van 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

93 Het begrip „beperkingen die op 31 december 1993 bestaan” in de zin van artikel 64, lid 1, VWEU veronderstelt dat het rechtskader waarin de betrokken beperking is opgenomen, sinds die datum ononderbroken deel heeft uitgemaakt van de rechtsorde van de betrokken lidstaat. Zou dit anders zijn, dan zou een lidstaat immers op enig tijdstip opnieuw beperkingen van het kapitaalverkeer naar of uit derde staten kunnen invoeren die op 31 december 1993 in de nationale rechtsorde bestonden doch die niet zijn gehandhaafd (arresten van 5 mei 2011, *Prunus en Polonium*, C-384/09, EU:C:2011:276, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 20 september 2018, *EV*, C-685/16, EU:C:2018:743, punt 74).

94 Het Hof heeft evenwel reeds voor recht verklaard dat een nationale maatregel die na die datum is vastgesteld, niet louter om die reden automatisch is uitgesloten van de uitzonderingsregeling waarin de betrokken Uniehandeling voorziet. Uit vaste rechtspraak van het Hof volgt namelijk dat beperkingen in bepalingen die na die datum zijn vastgesteld en in wezen identiek zijn aan de vroegere regeling of waarbij enkel een in de vroegere wetgeving vervatte belemmering voor de uitoefening van de rechten en vrijheden van verkeer wordt afgezwakt of opgeheven, kunnen worden gelijkgesteld met dergelijke „bestaande” beperkingen. Daarentegen kan een wettelijke regeling die op een andere hoofdgedachte berust dan de vorige en nieuwe procedures invoert, niet met de op die datum bestaande wetgeving worden gelijkgesteld [zie in die zin arresten van 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, punt 48; 20 september 2018, *EV*, C-685/16, EU:C:2018:743, punt 75, en 26 februari 2019, *X (Tussenvennootschappen die in een derde land zijn gevestigd)*, C-135/17, EU:C:2019:136, punten 37 en 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

95 In dit verband merkt de verwijzende rechter op dat § 32, lid 1, punt 2, KStG, op grond waarvan de inhouding aan de bron als een bevrijdende betaling geldt, hetgeen de oorzaak is van het verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen pensioenfondsen, op 31 december 1993 reeds bestond, en wel in de vorm van § 50, lid 1, punt 2, KStG 1991, waarvan de bewoordingen en werking identiek zijn.

96 CPP betoogt echter voor het Hof dat het Duitse recht op 31 december 1993 geen pensioenfondsen kende, aangezien die pas op 1 januari 2002 in het verzekeringsrecht en de wet op de vennootschapsbelasting zijn opgenomen, en dat er vóór die datum ook geen specifieke belastingwetgeving met betrekking tot pensioenfondsen bestond.

97 Het Hof heeft evenwel reeds voor recht verklaard dat indien op 31 december 1993 dividenden die door een ingezetenen vennootschap werden uitgekeerd aan niet-ingezetenen entiteiten ofwel op dezelfde wijze, ofwel gunstiger werden behandeld dan dividenden die aan ingezetenen entiteiten werden uitgekeerd, maar er na die datum een vrijstelling is ingevoerd voor dividenden die worden uitgekeerd aan ingezetenen vennootschappen, er niet is voldaan aan het temporele

criterium, aangezien het constitutieve bestanddeel van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal, namelijk de belastingvrijstelling, later werd ingevoerd, waarbij is afgestapt van de hoofdgedachte van de vroegere wetgeving en een nieuwe procedure in het leven is geroepen (zie in die zin arrest van 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C?190/12, EU:C:2014:249, punten 50?52).

98 Het staat dus aan de verwijzende rechter om na te gaan of door de invoering na 31 december 1993 van een bijzondere regeling voor pensioenfondsen, de situatie van niet-ingezeten pensioenfondsen, wat de dividenden betreft die hun door ingezeten vennootschappen worden uitgekeerd, minder gunstig is geworden dan die van ingezeten pensioenfondsen, en dus niet kan worden aangenomen dat het constitutieve bestanddeel van de in casu aan de orde zijnde beperking op die datum reeds bestond. Bij die beoordeling moet de verwijzende rechter er rekening mee houden dat aan de voorwaarden waaraan een nationale wettelijke regeling moet voldoen om, in weerwil van een wijziging van het nationale rechtskader die van na 31 december 1993 dateert, geacht te worden op deze datum te hebben „bestaan”, een strikte uitlegging moet worden gegeven [arresten van 20 september 2018, EV, C?685/16, EU:C:2018:743, punt 81, en 26 februari 2019, X (*Tussenvennootschappen die in een derde land zijn gevestigd*), C?135/17, EU:C:2019:136, punt 42].

99 Indien dit het geval is, kan het temporele criterium niet worden geacht te zijn vervuld.

100 Wat het materiële criterium betreft, zij eraan herinnerd dat artikel 64, lid 1, VWEU een limitatieve lijst van kapitaalbewegingen bevat die aan de toepassing van artikel 63, lid 1, VWEU kunnen worden onttrokken en dat die bepaling, als afwijking van het grondbeginsel van het vrije verkeer van kapitaal, strikt moet worden uitgelegd (arrest van 21 mei 2015, *Wagner-Raith*, C?560/13, EU:C:2015:347, punt 21).

101 Het Hof heeft in dit verband reeds verduidelijkt dat beperkingen op het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met „portefeuillebeleggingen” niet behoren tot de beperkingen op het kapitaalverkeer in het kader van de in artikel 64, lid 1, VWEU bedoelde „directe investeringen” [zie in die zin arrest van 26 februari 2019, X (*Tussenvennootschappen die in een derde land zijn gevestigd*), C?135/17, EU:C:2019:136, punt 28].

102 In de onderhavige zaak merkt de verwijzende rechter op dat de deelneming van CPP in het kapitaal van de dividenduitkerende vennootschappen nooit meer dan 1 % heeft bedragen, hetgeen overeenkomt met de zogenoemde „portefeuillebeleggingen”, die betrekking hebben op de verwerving van effecten op de kapitaalmarkt met als enig doel een financiële belegging te doen zonder dat het de bedoeling is om invloed uit te oefenen op het beheer van en de zeggenschap over de onderneming, zodat een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, niet kan worden geacht betrekking te hebben op kapitaalverkeer in verband met „directe investeringen” in de zin van artikel 64, lid 1, VWEU.

103 Voor zover een pensioenfonds financiële diensten kan verlenen aan zijn verzekerden, moet echter nog worden nagegaan of kapitaalbewegingen als die welke bedoeld zijn in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, verband houden met het verrichten van financiële diensten in de zin van artikel 64, lid 1, VWEU.

104 In dit verband heeft het Hof voor recht verklaard dat het doorslaggevende criterium voor de toepassing van artikel 64, lid 1, VWEU betrekking heeft op het oorzakelijke verband tussen het kapitaalverkeer en het verrichten van financiële diensten en niet op de personele werkingssfeer van de litigieuze nationale maatregel of het verband daarvan met de verrichter, en niet met de ontvanger, van dergelijke diensten. De werkingssfeer van dat artikel is immers omschreven onder verwijzing naar de categorieën kapitaalbewegingen die aan beperkingen kunnen worden

onderworpen (arrest van 21 mei 2015, Wagner-Raith, C-560/13, EU:C:2015:347, punt 39).

105 De nationale maatregel kan derhalve slechts onder die afwijking vallen indien hij betrekking heeft op kapitaalverkeer dat een voldoende nauwe band met het verrichten van financiële diensten heeft, dat wil zeggen dat er een oorzakelijk verband moet bestaan tussen het kapitaalverkeer en het verrichten van financiële diensten (arrest van 21 mei 2015, Wagner-Raith, C-560/13, EU:C:2015:347, punten 43 en 44).

106 Bijgevolg valt een nationale wettelijke regeling die van toepassing is op kapitaalverkeer naar of uit derde landen en een beperking van het verrichten van financiële diensten inhoudt, onder artikel 64, lid 1, VWEU (arrest van 21 mei 2015, Wagner-Raith, C-560/13, EU:C:2015:347, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

107 Met betrekking tot de verwerving van aandelen in beleggingsfondsen die gevestigd zijn in een Brits overzees gebied en de ontvangst van de daaruit voortvloeiende dividenden heeft het Hof in punt 46 van het arrest van 21 mei 2015, Wagner-Raith (C-560/13, EU:C:2015:347), geoordeeld dat deze verwerving en ontvangst inhouden dat die beleggingsfondsen ten behoeve van de betrokken belegger financiële diensten verrichten. Het Hof preciseerde dat een dergelijke belegging dankzij die diensten de betrokken belegger met name de mogelijkheid biedt om te genieten van een grotere diversificatie van de activa en een betere risicospreiding.

108 Zoals de advocaat-generaal in punt 100 van zijn conclusie heeft opgemerkt, dienen de verwerving van aandelen door een pensioenfonds en de dividenden die dit fonds in dit verband ontvangt hoofdzakelijk om de door dat fonds gevormde voorzieningen te handhaven en te waarborgen, door een grotere diversificatie en een betere risicospreiding, teneinde te garanderen dat het fonds zijn verplichtingen inzake pensioenuitkeringen aan verzekerden nakomt. Deze verwerving van aandelen en deze dividenden zijn dus in de eerste plaats een middel dat door de pensioenfondsen wordt gebruikt om hun pensioenverplichtingen na te komen en niet een dienst die het aan zijn verzekerden verleent.

109 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat er geen voldoende nauw oorzakelijk verband bestaat, in de zin van de in de punten 104 tot en met 106 van het onderhavige arrest genoemde rechtspraak, tussen het kapitaalverkeer waarop de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling inzake de ontvangst van dividenden door een pensioenfonds betrekking heeft, en het verrichten van financiële diensten in de zin van artikel 64, lid 1, VWEU.

110 Gelet op het voorgaande dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 64, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een nationale regeling op grond waarvan, ten eerste, over dividenden die door een ingezeten vennootschap aan een ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd bronbelasting wordt geheven die volledig kan worden verrekend met de door dit fonds verschuldigde vennootschapsbelasting en die, wanneer zij hoger is dan de door het fonds verschuldigde vennootschapsbelasting, kan leiden tot een terugbetaling, en, ten tweede, die dividenden niet of nauwelijks leiden tot een verhoging van het aan vennootschapsbelasting onderworpen resultaat, als gevolg van de mogelijkheid om voorzieningen voor pensioenverplichtingen van dat resultaat af te trekken, terwijl over dividenden die aan een niet-ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd bronbelasting wordt geheven die voor een dergelijk fonds een definitieve belastingheffing vormt, voor de toepassing van die bepaling niet kan worden beschouwd als een op 31 december 1993 bestaande beperking.

## **Kosten**

111 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie 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 (Tweede kamer) verklaart voor recht:

1) **De artikelen 63 en 65 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan, ten eerste, over de dividenden die door een ingezeten vennootschap aan een ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd bronbelasting wordt geheven die volledig kan worden verrekend met de door dat fonds verschuldigde vennootschapsbelasting en die, wanneer zij hoger is dan de door het fonds verschuldigde vennootschapsbelasting, kan leiden tot een terugbetaling, en, ten tweede, die dividenden niet of nauwelijks leiden tot een verhoging van het aan vennootschapsbelasting onderworpen resultaat, als gevolg van de mogelijkheid om voorzieningen voor pensioenverplichtingen van dat resultaat af te trekken, terwijl over dividenden die aan een niet-ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd bronbelasting wordt geheven die voor een dergelijk fonds een definitieve belastingheffing vormt, wanneer het niet-ingezeten pensioenfonds de ontvangen dividenden gebruikt voor toevoeging aan de voorzieningen voor pensioenen die het in de toekomst moet betalen, hetgeen aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.**

2) **Artikel 64, lid 1, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat een nationale regeling op grond waarvan, ten eerste, over dividenden die door een ingezeten vennootschap aan een ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd bronbelasting wordt geheven die volledig kan worden verrekend met de door dit fonds verschuldigde vennootschapsbelasting en die, wanneer zij hoger is dan de door het fonds verschuldigde vennootschapsbelasting, kan leiden tot een terugbetaling, en, ten tweede, die dividenden niet of nauwelijks leiden tot een verhoging van het aan vennootschapsbelasting onderworpen resultaat, als gevolg van de mogelijkheid om voorzieningen voor pensioenverplichtingen van dat resultaat af te trekken, terwijl over dividenden die aan een niet-ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd bronbelasting wordt geheven die voor een dergelijk fonds een definitieve belastingheffing vormt, voor de toepassing van die bepaling niet kan worden beschouwd als een op 31 december 1993 bestaande beperking.**

ondertekeningen

\* Procestaal: Duits.