



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
H. SAUGMANDSGAARD ØE
van 6 oktober 2021¹

Zaak C-342/20

A SCPI
in tegenwoordigheid van
Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö

[verzoek van de Helsingin hallinto-oikeus (bestuursrechter Helsinki, Finland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Vrij verkeer van kapitaal – Belastingwetgeving – Belasting over de inkomsten van rechtspersonen – Beleggingsfondsen – Fiscaal transparante entiteit – Hybride entiteit – Beleggingen in onroerend goed en/of in een andere lidstaat gevestigde onroerendgoedvennootschappen – Mechanisme van fiscale transparantie – Vereiste van oprichting bij overeenkomst – Uitsluiting van bij statuten opgerichte beleggingsfondsen – Beperking – Vergelijkbaarheid – Rechtvaardiging – Afwezigheid”

I. Inleiding

1. Het onderhavige verzoek van de Helsingin hallinto-oikeus (bestuursrechter Helsinki, Finland) om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op de uitlegging van de artikelen 49, 63 en 65 VWEU.
2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen A SCPI, een in Frankrijk gevestigd beleggingsfonds, en de Verohallinto (Finse belastingdienst) over een prealabele beslissing van laatstgenoemde. In die beslissing is de Verohallinto ervan uitgegaan dat A SCPI in het belastingjaar 2020 fiscaal niet transparant was en dus aan de Finse inkomstenbelasting onderworpen was.
3. Deze beslissing van de Verohallinto is gebaseerd op recentelijk ingevoerde bepalingen in de Finse belastingwetgeving die een onderscheid maken tussen enerzijds bij overeenkomst opgerichte beleggingsfondsen en anderzijds bij statuten opgerichte beleggingsfondsen.
4. Bij *overeenkomst* opgerichte beleggingsfondsen worden als fiscaal transparant beschouwd en zijn daarom vrijgesteld van inkomstenbelasting. Bij overeenkomst opgerichte beleggingsfondsen hebben geen rechtspersoonlijkheid. Hun werking is onderworpen aan contractuele bepalingen die tussen beleggers worden onderhandeld.

¹ Oorspronkelijke taal: Frans.

5. Omgekeerd worden bij *statuten* opgerichte beleggingsfondsen, zoals A SCPI, als fiscaal ondoorzichtig beschouwd. Daarom zijn ze onderworpen aan inkomstenbelasting in Finland. De „statutaire” vorm impliceert de oprichting van een entiteit waarvan het functioneren wordt geregeld bij „statuten”. Afhankelijk van het type entiteit waar het om gaat, kan deze entiteit al dan niet rechtspersoonlijkheid en/of rechtsbevoegdheid hebben (dat wil zeggen het vermogen om rechtshandelingen te verrichten of in rechte op te treden).

6. Om de hieronder uiteengezette redenen ben ik van mening dat het door de Finse belastingwetgeving vastgestelde verschil in behandeling tussen bij overeenkomst opgerichte en bij statuten opgerichte beleggingsfondsen in strijd is met het vrije verkeer van kapitaal zoals gewaarborgd door de artikelen 63 en 65 VWEU.

7. Kort gezegd ben ik van mening dat dit onderscheid willekeurig is omdat het leidt tot een verschillende behandeling van beleggingsfondsen die objectief vergelijkbaar zijn in termen van transparantie, ongeacht of zij bij overeenkomst dan wel bij statuten opgericht zijn.

II. Fins recht

8. Volgens § 3, punt 4, van de tuloverolaki 1535/1992 (wet 1535/1992 op de inkomstenbelasting) van 30 december 1992, zoals gewijzigd bij wet 528/2019, wordt voor de toepassing van de wet onder de term „instelling” onder andere verstaan naamloze vennootschappen, beleggingsfondsen en gespecialiseerde beleggingsfondsen.

9. Ingevolge § 9, eerste alinea, punt 2, van de tuloverolaki is inkomstenbelasting verschuldigd door elke natuurlijke persoon die tijdens het belastingjaar niet in Finland woonachtig was en door elke buitenlandse rechtspersoon, voor de in Finland verworven inkomsten (beperkte belastingplicht).

10. § 10 van de tuloverolaki vermeldt verschillende categorieën van inkomsten die geacht worden in Finland te worden ontvangen. Deze inkomsten omvatten onder meer:

- opbrengsten uit in Finland gelegen onroerend goed of opbrengsten uit ruimten die in bezit zijn op grond van aandelen in een Finse huisvestingsmaatschappij of andere naamloze vennootschap of lidmaatschap van een woningcoöperatie of andere coöperatie;
- dividenden, overschotten van een coöperatie en andere daarmee vergelijkbare inkomsten die zijn ontvangen van Finse naamloze vennootschappen, coöperaties of elke andere instelling, alsmede belangen in de resultaten van Finse groepen van ondernemingen;
- winsten op de vervreemding van in Finland gelegen onroerend goed of aandelen of bewijzen van deelgerechtigheid in een Finse huisvestingsmaatschappij, andere naamloze vennootschap of coöperatie, waarvan meer dan vijftig procent van de activa bestaat uit een of meer in Finland gelegen onroerende goederen.

11. § 20a van de tuloverolaki is ingevoerd bij wet 528/2019, die op 1 januari 2020 in werking is getreden en van toepassing is vanaf het belastingjaar 2020.

12. § 20a, eerste alinea, van de tuloverolaki bepaalt dat beleggingsfondsen in de zin van § 2, eerste alinea, punt 2, van hoofdstuk 1 van de sijoitusrahastolaki (Finse wet op de beleggingsfondsen) of niet-ingezeten soortgelijke bij overeenkomst opgerichte *open-end* beleggingsfondsen, met ten minste dertig houders van bewijzen van deelgerechtigdheid, vrijgesteld zijn van inkomstenbelasting.

13. Volgens § 20a, tweede alinea, van de tuloverolaki is het bepaalde in de eerste alinea betreffende de belastingvrijstelling voor beleggingsfondsen, ook van toepassing op gespecialiseerde beleggingsfondsen in de zin van § 1, tweede alinea, van hoofdstuk 2 van de vaihtoehdorahastojen hoitajista annettu laki (wet 162/2014 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen) of soortgelijke niet-ingezeten bij overeenkomst opgerichte gespecialiseerde beleggingsfondsen, indien de fondsen van het type *open-end* zijn en ten minste dertig houders van bewijzen van deelgerechtigdheid hebben.

14. § 20a, vierde alinea, van de tuloverolaki stelt als voorwaarde voor belastingvrijstelling van een gespecialiseerd beleggingsfonds in de zin van § 1, tweede alinea, van hoofdstuk 2 van de vaihtoehdorahastojen hoitajista annettu laki of een soortgelijk niet-ingezeten bij overeenkomst opgericht gespecialiseerd beleggingsfonds dat zijn activa hoofdzakelijk op de wijze bedoeld in § 4, van hoofdstuk 16a van genoemde wet belegt in vastgoed en waardepapieren met betrekking tot vastgoed, dat het jaarlijks aan zijn houders van bewijzen van deelgerechtigdheid ten minste drie vierde van zijn winst van het boekjaar uitkeert, afgezien van latente meerwaarden.

III. Hoofdgeding, prejudiciële vraag en procedure bij het Hof

15. A SCPI is een beleggingsfonds naar Frans recht dat de vorm heeft van een vennootschap met veranderlijk kapitaal (Société Civile de Placement Immobilier à Capital Variable) en investeert in vastgoed in Frankrijk en de eurozone. De beleggingsobjecten worden verhuurd aan ondernemingen. Eind 2017 had het beleggingsfonds een waarde van ongeveer 32 miljoen EUR. De maatschappij had beleggingen in vier onroerende goederen in vier verschillende eurolanden. Eind 2017 had de maatschappij 926 aandeelhouders.

16. A SCPI wordt vertegenwoordigd door de vennootschap „A” SAS („A” Asset Management, société par actions simplifiée), die overeenkomstig de wet en haar statuten namens A SCPI alle beslissingen neemt en tevens het fonds beheert. A SCPI kan zelf geen rechtshandelingen verrichten en is onderworpen aan het toezicht van de Autorité des marchés financiers (Franse financiële toezichthouder) en is een alternatieve beleggingsinstelling in de zin van richtlijn 2011/61/EU.²

17. De beleggers ontvangen jaarlijks de winstopbrengst uit de aandelen, die overeenkomt met de door A SCPI verworven nettohuuropbrengsten en andere financiële opbrengsten. De vergadering van aandeelhouders beslist over de uitkering van de winstopbrengst. De vennootschap is aansprakelijk tegenover derden, maar de beleggers hebben een secundaire aansprakelijkheid voor de verplichtingen van de vennootschap.

² Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010 (PB 2011, L 174, blz. 1).

18. A SCPI is in Frankrijk een fiscaal transparante entiteit. Zij is niet belastingplichtig voor de inkomstenbelasting. De beleggers zijn belastingplichtig over het deel van de inkomsten dat aan hen wordt uitgekeerd naar rato van hun aandelen in deze entiteit. Laatstgenoemden zijn ook belastbaar wat betreft de winst die zij zouden maken bij verkoop of terugbetaling van aandelen.

19. A SCPI was voornemens in juni 2019 een koopovereenkomst te ondertekenen betreffende de aankoop van aandelen in twee Finse onderlinge onroerendgoedvennootschappen. Deze vennootschappen bezitten vastgoed dat bestemd is voor detailhandel. Als de aankoop daadwerkelijk plaatsvindt, dan gaat A SCPI zich in Finland bezighouden met de verhuur van vastgoed dat zij bezit op basis van haar deelneming in de vastgoedvennootschap. Daarnaast overweegt A SCPI om andere vastgoedinvesteringen in Finland te doen door aandelenpakketten in andere onderlinge onroerendgoedvennootschappen te verwerven of direct te beleggen in vastgoed.

20. In het kader van haar onroerendgoedinvesteringsplannen in Finland heeft A SCPI de belastingdienst verzocht om een prealabele beslissing over de belastingjaren 2019 en 2020.

21. Met betrekking tot het belastingjaar 2019 was de Verohallinto van oordeel dat A SCPI was vrijgesteld van inkomstenbelasting in Finland, op grond van de relevante belastingbepalingen vóór de inwerkingtreding van § 20a van de tuloverolaki.

22. Met betrekking tot het belastingjaar 2020 was de Verohallinto daarentegen van oordeel dat A SCPI niet was vrijgesteld van inkomstenbelasting in Finland op grond van de bovengenoemde bepaling.

23. In het deel van de prealabele beslissing met betrekking tot het belastingjaar 2020, waartegen A SCPI beroep heeft ingesteld, heeft de Verohallinto vastgesteld dat de vergelijkbaarheid van A SCPI met een ingezeten naamloze vennootschap blijkt uit de fondsprospectus, die in bijlage bij het verzoek gevoegd is. De winstopbrengst van het fonds wordt enkel onder de aandeelhouders verdeeld wanneer de vergadering van aandeelhouders daartoe besluit. A SCPI is een beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal, die bijgevolg niet voldoet aan de door § 20a, vierde alinea, van de tuloverolaki vereiste rechtsvorm van een bij overeenkomst opgericht gespecialiseerd fonds.

24. A SCPI ging in beroep bij de Helsingin hallinto-oikeus tegen de prealabele beslissing van de belastingdienst met betrekking tot het belastingjaar 2020.

25. Volgens A SCPI is § 20a van de tuloverolaki in strijd met het Unierecht, omdat daarin wordt voorgeschreven dat onder gespecialiseerde fondsen uitsluitend bij overeenkomst opgerichte, in de Unie gevestigde fondsen dienen te worden verstaan. Zoals uiteengezet in het verzoek om een prealabele beslissing is A SCPI in alle opzichten een marktdeelnemer die vergelijkbaar is met een Fins beleggingsfonds. Het enige verschil is dat A SCPI, zoals vereist door de Franse wet op de beleggingsfondsen, de rechtsvorm van een vennootschap heeft, terwijl volgens de sijoitusrahastolaki (Finse wet op de beleggingsfondsen) beleggingsfondsen bij overeenkomst moeten zijn opgericht.

26. De verwijzende rechter heeft een uiteenzetting gegeven van de gronden voor de vaststelling van § 20a van de tuloverolaki, zoals deze volgen uit de voorbereidende stukken.

27. Om te beginnen had deze wetswijziging tot doel de rechtszekerheid te bevorderen. In het regime dat bestond vóór de vaststelling ervan, was de fiscale behandeling van niet-ingezeten beleggingsfondsen in het Finse recht niet formeel geregeld en werd per geval een beslissing genomen. Bij gebreke van een definitie van de term „beleggingsfonds” in de belastingwetgeving moesten de criteria voor gelijkstelling worden vastgesteld in de belastingpraktijk en de rechtspraak. Door de tamelijk algemene aard van de belastingregeling konden niet-ingezeten fondsen gemakkelijk worden gelijkgesteld met Finse beleggingsfondsen.

28. Voorts heeft de verwijzende rechter benadrukt dat de vaststelling van § 20a van de tuloverolaki geen breuk met het uitgangspunt van de belasting van beleggingsfondsen in Finland inhield. De fiscale behandeling ervan wordt nog steeds bepaald door de rechtsvorm van het beleggingsinstrument en deze bepaling heeft wat dit betreft geen wijziging teweeggebracht. Finse beleggingsfondsen en gespecialiseerde fondsen zijn bij overeenkomst opgericht. Het amendement had tot doel de belastingregelgeving uitsluitend ten aanzien van bij overeenkomst opgerichte ingezeten en niet-ingezeten fondsen nader uit te werken.

29. In het bijzonder volgt uit het voorgestelde amendement dat het niet de bedoeling was de toepassing van de vrijstelling uit te breiden naar niet-ingezeten instellingen voor collectieve belegging in een andere rechtsvorm. In Finland is de belastingheffing gebaseerd op de rechtsvorm van het beleggingsinstrument. Finse beleggingsfondsen zijn bij overeenkomst opgericht en hebben geen eigen rechtspersoonlijkheid, maar zijn een vermogensmassa, waarvan de belastingvrijstelling specifiek is geregeld. Niet-ingezeten beleggingsfondsen kunnen op grond van hun rechtsvorm fiscaal worden gelijkgesteld met Finse naamloze vennootschappen.

30. De verwijzende rechter benadrukt ook nog dat de Finse wetgeving inzake beleggingsfondsen bepaalt dat beleggingsfondsen uitsluitend bij overeenkomst kunnen worden opgericht.

31. Deze rechter vraagt zich af of § 20a van de tuloverolaki in strijd is met de artikelen 49, 63 en 65 VWEU, omdat volgens deze wettelijke bepaling uitsluitend bij overeenkomst opgerichte niet-ingezeten *open-end* beleggingsfondsen worden gelijkgesteld met een van inkomstenbelasting vrijgesteld Fins beleggingsfonds, waardoor een bij statuten opgericht beleggingsfonds als A SCPI uitgesloten is.

32. In die omstandigheden heeft de Helsingin hallinto-oikeus de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Dienen de artikelen 49, 63 en 65 VWEU aldus te worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling volgens welke uitsluitend bij overeenkomst opgerichte niet-ingezeten *open-end* beleggingsfondsen kunnen worden gelijkgesteld met Finse beleggingsfondsen die zijn vrijgesteld van inkomstenbelasting, waardoor niet-ingezeten beleggingsfondsen die, gelet op hun rechtsvorm, niet bij overeenkomst zijn opgericht, in Finland onderworpen zijn aan bronbelasting, ook al is er geen ander belangrijk objectief verschil tussen de situatie van deze fondsen en die van de Finse beleggingsfondsen?”

33. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ter griffie van het Hof ingeschreven op 23 juli 2020. De Republiek Finland en de Europese Commissie hebben op 18 mei 2021 schriftelijke opmerkingen ingediend en schriftelijk geantwoord op de vragen van het Hof.

IV. Analyse

34. De kwestie die in deze zaak aan de orde is, maakt deel uit van het meer algemene probleem van „hybride” fiscale entiteiten, dat wil zeggen entiteiten die in de ene staat als fiscaal „transparant” worden beschouwd (de entiteit is niet als zodanig belastbaar, alleen de vennoten worden belast naar de omvang van hun aandelen) en in een andere staat als fiscaal „ondoorzichtig” (de entiteit is wel als zodanig belastbaar).³

35. In het kader van het hoofdgeding wordt A SCPI behandeld als een fiscaal transparante entiteit in de staat waar zij is opgericht (Frankrijk) en als een fiscaal ondoorzichtige entiteit in de staat waar zij voornemens is bepaalde onroerendgoedinvesteringen te doen (Finland).

36. Terwijl hybride entiteiten complexe afstemmingsproblemen doen rijzen in het kader van verdragen ter voorkoming van dubbele belasting⁴, beperkt de vraag van de verwijzende rechter zich tot de meer specifieke kwestie van de verenigbaarheid van de Finse wetgeving met het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging.

37. Kort gezegd vraagt deze rechter zich meer in het bijzonder af of een in het belastingrecht van een lidstaat neergelegd vereiste dat een beleggingsfonds bij overeenkomst moet zijn opgericht om in aanmerking te komen voor fiscale transparantie in strijd is met het vrije verkeer van kapitaal en/of de vrijheid van vestiging, voor zover dit leidt tot de uitsluiting van beleggingsfondsen die in andere lidstaten bij statuten zijn opgericht, ook al zijn deze fondsen objectief gezien vergelijkbaar, wat transparantie betreft, met fondsen die bij overeenkomst zijn opgericht.

38. Anders dan de Commissie stelt de Finse regering voor deze vraag ontkennend te beantwoorden.

39. Ik benadruk dat het vraagstuk van de hybride entiteiten niet nieuw is in de rechtspraak van het Hof. Het arrest *Columbus Container Services* had immers betrekking op een Belgische vennootschap die in België (waar zij onder de gunstige regeling van de coördinatiecentra viel) als fiscaal ondoorzichtig werd beschouwd en in Duitsland, waar haar vennoten woonachtig waren, als fiscaal transparant.⁵ Uit dit arrest kan echter geen lering worden getrokken die op het onderhavige geval kan worden toegepast, aangezien het specifiek betrekking had op de extra belasting die in Duitsland (bij de vennoten) werd geheven wegens het lage belastingtarief dat in België (op de vennootschap) werd toegepast.⁶

³ Zie met name Parada, L., „Hybrid Entities and Conflicts of Allocation of Income Within Tax Treaties: Is New Article 1(2) of the OECD Model (Article 3(1) of the MLI) the Best Solution Available?”, *British Tax Review*, 2018, nr. 3, blz. 335-376, in het bijzonder blz. 338 en 339: „Generally speaking a ‚hybrid entity’ is an entity that is considered to be a taxable or opaque entity in the country of its establishment, that is, it is an entity which is different from its owners and which is subject to corporate income taxation in its country of organisation. In the other country, however, the same entity is regarded as tax or fiscally transparent, that is, there will be no taxation at the level of the entity but rather there will be at the level of the partners. The same phenomenon of hybridity operates in the opposite direction also. That is to say, an entity can be treated as being tax transparent in the country of its establishment, but considered a taxable entity in the other country. These entities are known as ‚reserve hybrids entities’.” („In het algemeen is een ‚hybride entiteit’ een entiteit die in het land van vestiging wordt beschouwd als een belastbare of ondoorzichtige entiteit, dat wil zeggen een entiteit die verschilt van haar eigenaren en die onderworpen is aan vennootschapsbelasting in het land waar zij is gevestigd. In het andere land wordt dezelfde entiteit echter als fiscaal transparant beschouwd, dat wil zeggen dat er geen belastingheffing op het niveau van de entiteit zal zijn, maar wel op het niveau van de vennoten. Hetzelfde verschijnsel van hybriditeit werkt ook in omgekeerde richting. Dat wil zeggen dat een entiteit kan worden behandeld als fiscaal transparant in het land waar zij is gevestigd, maar als een belastbare entiteit in het andere land. Deze entiteiten staan bekend als ‚omgekeerd hybride entiteiten’.”)

⁴ Zie met name Parada, L., op. cit., en Brabazon, M., „Holding Proteus: Emerging Treaty Practice on Hybrid and Fiscally Transparent Entities”, *British Tax Review*, 2020, nr. 5, blz. 670-693.

⁵ Arrest van 6 december 2007 (C-298/05, EU:C:2007:754, punten 13-20). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:197, punten 19-25).

⁶ Arrest van 6 december 2007, *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:754, punten 35-37).

40. Volledigheidshalve wijs ik er ook op dat het Hof de verlening van staatssteun aan fiscaal transparante entiteiten in het arrest van 25 juli 2018, Commissie/Spanje e.a. heeft onderzocht.⁷

A. Toepasselijke vrijheid van verkeer

41. Het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) en het vrije verkeer van kapitaal (artikel 63 VWEU). Ik herinner eraan dat de respectieve toepassingsgebieden van deze twee fundamentele vrijheden niet noodzakelijkerwijs exclusief zijn.⁸ Niettemin valt mijns inziens moeilijk te betwisten dat het onderhavige geval uitsluitend in het licht van het vrije verkeer van kapitaal moet worden onderzocht, zoals de Finse regering en de Commissie terecht hebben aangevoerd.

42. De door A SCPI in het kader van het hoofdgeding voorgenomen beleggingen bestaan, om te beginnen, in de verwerving van deelnemingen in Finse onroerendgoedvennootschappen en, voorts, in directe beleggingen in onroerend goed dat in Finland is gelegen.⁹

43. De directe beleggingen in onroerend goed in een andere lidstaat vallen binnen de werkingssfeer van het vrije verkeer van kapitaal, zoals ik heb uiteengezet in mijn conclusies in de gevoegde zaken SEGRO en Horváth.¹⁰ Deze kwalificatie is bevestigd in de rechtspraak na deze conclusie.¹¹

44. Wat betreft deelnemingen in vennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, is het vaste rechtspraak dat een nationale regeling die *alleen* van toepassing is op het verwerven van deelnemingen waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, binnen de werkingssfeer van artikel 49 VWEU inzake de vrijheid van vestiging valt. Nationale bepalingen die van toepassing zijn op deelnemingen die enkel als belegging worden genomen zonder dat het de bedoeling is invloed op het bestuur en de zeggenschap van de betrokken onderneming uit te oefenen, moeten daarentegen uitsluitend aan het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal worden getoetst.¹²

45. In het kader van het hoofdgeding is de Finse regeling echter niet *alleen* van toepassing op de verwerving van deelnemingen die het mogelijk maken, definitieve invloed uit te oefenen op de besluiten van een vennootschap en de activiteiten ervan te bepalen. De desbetreffende belastingbepalingen zijn bedoeld om te gelden voor inkomsten uit *elke* deelneming in een Finse vennootschap, ongeacht de omvang van die deelneming.¹³

46. Op grond van de hierboven aangehaalde rechtspraak moet de fiscale behandeling van deelnemingen in Finse onroerendgoedvennootschappen derhalve uitsluitend in het licht van het vrije verkeer van kapitaal worden onderzocht.

⁷ C-128/16 P, EU:C:2018:591.

⁸ Zie bijvoorbeeld arrest van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punten 23-30), alsmede mijn conclusie in de zaak Commissie/Hongarije (Vruchtgebruik op landbouwgrond) (C-235/17, EU:C:2018:971, punten 47-49).

⁹ Zie punt 19 van deze conclusie.

¹⁰ C-52/16 en C-113/16 (EU:C:2017:410, punten 50-57).

¹¹ Zie onder meer arresten van 18 januari 2018, Jahin (C-45/17, EU:C:2018:18, punt 22); 6 maart 2018, SEGRO en Horváth (C-52/16 en C-113/16, EU:C:2018:157, punten 52-60), en 21 mei 2019, Commissie/Hongarije (Vruchtgebruik op landbouwgrond) (C-235/17, EU:C:2019:432, punten 54 en 55).

¹² Zie onder meer arresten van 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, punten 91 en 92); 20 december 2017, Deister Holding en Juhler Holding (C-504/16 en C-613/16, EU:C:2017:1009, punt 78), en 3 september 2020, Vivendi (C-719/18, EU:C:2020:627, punten 40 en 41).

¹³ Zie punt 10 van deze conclusie.

47. Ten overvloede zij er evenwel op gewezen dat bovenstaande redenering relevant blijft in de context van de vrijheid van vestiging.

B. Beperking van het vrije kapitaalverkeer

48. Volgens vaste rechtspraak omvatten de maatregelen die ingevolge artikel 63, lid 1, VWEU verboden zijn omdat zij het kapitaalverkeer beperken, maatregelen die niet-ingezetenen ervan doen afzien in een lidstaat investeringen te doen, of ingezetenen van deze lidstaat ontmoedigen in andere staten investeringen te doen.¹⁴

49. Anderzijds is het bestaan van loutere *verschillen* tussen de nationale belastingstelsels niet voldoende om te kunnen spreken van een dergelijke beperking. Bij gebreke van harmonisatie op het niveau van de Unie vormen de nadelen die kunnen voortvloeien uit de parallelle uitoefening van fiscale bevoegdheden door de verschillende lidstaten, voor zover deze uitoefening niet discriminerend is, geen beperking van het vrije verkeer.¹⁵

50. In dezelfde lijn heeft het Hof gepreciseerd dat het vrije verkeer van kapitaal niet aldus kan worden begrepen dat een lidstaat verplicht is om zijn belastingregeling af te stemmen op die van een andere lidstaat, teneinde te waarborgen dat de belasting in alle situaties aldus wordt geheven dat alle verschillen als gevolg van de nationale belastingregelingen verdwijnen, aangezien de beslissingen van een belastingplichtige betreffende de belegging in een andere lidstaat naargelang van het geval meer of minder voordelig of nadelig voor deze belastingplichtige kunnen uitvallen.¹⁶

51. Met andere woorden, het bestaan van loutere verschillen tussen het fiscale beleid van de lidstaten kan, bij gebreke van harmonisatie op Unieniveau, niet als strijdig met de vrijheden van verkeer worden beschouwd.

52. In het kader van het hoofdgeding zou dit het geval zijn indien het Finse belastingstelsel niet voorzag in een mechanisme van fiscale transparantie. In een dergelijk geval kan het feit dat een vennootschap die is gevestigd in Frankrijk – waar zij fiscale transparantie geniet – geen gebruik kan maken van een soortgelijk mechanisme in Finland wanneer zij besluit daar in onroerend goed te beleggen, niet worden aangemerkt als een „beperking van het kapitaalverkeer”.

53. Het vraagstuk dat hier aan de orde is, is echter van een andere aard. In het hoofdgeding voorziet het Finse belastingstelsel wel degelijk in een mechanisme van fiscale transparantie. Het in Frankrijk gevestigde beleggingsfonds A SCPI kan hiervoor niet in aanmerking komen omdat het niet voldoet aan de in de Finse wetgeving gestelde *criteria om in aanmerking te komen*.

¹⁴ Zie onder meer arresten van 13 maart 2014, Bouanich (C-375/12, EU:C:2014:138, punt 43); 26 mei 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 6 maart 2018, SEGRO en Horváth (C-52/16 en C-113/16, EU:C:2018:157, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹⁵ Zie onder meer arresten van 16 juli 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 8 december 2011, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 21 november 2013, X (C-302/12, EU:C:2013:756, punt 28), en 26 mei 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹⁶ Arresten van 7 november 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, punt 80); 30 januari 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, punt 72), en 30 april 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, punt 35).

54. In een dergelijk geval is het probleem niet meer de divergentie tussen de nationale belastingstelsels, maar veeleer de verenigbaarheid met de vrijheden van verkeer van de door een nationaal belastingstelsel (in dit geval het Finse belastingstelsel) vastgestelde criteria om voor de regeling in aanmerking te komen.¹⁷

55. In de omstandigheden van het hoofdgeding is A SCPI uitgesloten van het mechanisme van fiscale transparantie op grond dat zij niet bij overeenkomst opgericht is. Het is de legitimiteit van dit criterium om in aanmerking te komen, die de verwijzende rechter ter beoordeling aan het Hof voorlegt.

56. Gelet op de in punt 48 hierboven aangehaalde rechtspraak lijdt het mijns inziens nauwelijks twijfel dat een vereiste van oprichting bij overeenkomst om in aanmerking te komen voor fiscale transparantie, zoals neergelegd in § 20a van de tuloverolaki, een beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormt. Een dergelijk vereiste kan namelijk beleggingsfondsen die in andere lidstaten bij statuten zijn opgericht, ervan weerhouden in Finland te beleggen.

57. Ik herinner er in dit verband aan dat een nationale wetgeving die zonder onderscheid van toepassing is op ingezetenen en niet-ingezetenen marktdeelnemers een beperking van het vrije verkeer van kapitaal kan vormen. Uit de rechtspraak van het Hof volgt immers dat zelfs een op objectieve criteria berustend onderscheid grensoverschrijdende situaties de facto kan benadelen.¹⁸

58. In de context van het hoofdgeding vloeit de afschrikkende werking voort uit de uitsluiting van het mechanisme van fiscale transparantie en de daarmee samenhangende verplichting om in Finland inkomstenbelasting te betalen, waardoor beleggingsfondsen worden geraakt die in een andere lidstaat bij statuten zijn opgericht, met name wanneer deze fondsen in hun lidstaat van herkomst fiscale transparantie genieten.

59. Een dergelijk verschil in de fiscale behandeling van bij statuten opgerichte fondsen die in andere lidstaten zijn gevestigd (fiscale transparantie in de lidstaat van herkomst, fiscale ondoorzichtigheid in Finland), kan immers aanzienlijke negatieve fiscale gevolgen hebben en deze fondsen er aldus van weerhouden in Finland te investeren.

60. Meer in het bijzonder is fiscale transparantie in de meeste gevallen een bewuste keuze van beleggers, die hun beleggingsstrategie rond deze keuze structureren. In een dergelijke context zal de uitsluiting van fiscale transparantie in een lidstaat een afschrikkende uitwerking hebben op investeringen in die staat, voor zover die uitsluiting niet strookt met de door de beleggers gevolgde strategie. In het kader van het hoofdgeding is het juist dit afschrikkende effect dat A SCPI ertoe heeft gebracht beroep in te stellen tegen de prealabele beslissing waarbij de belastingdienst haar het voordeel van fiscale transparantie had onzegd.

61. Volledigheidshalve wijs ik er nog op dat het niet uitgesloten is dat het vereiste van oprichting bij overeenkomst, bedoeld in § 20a van de tuloverolaki, *indirect discriminerend* is op grond van de herkomst van de beleggingsfondsen, zoals door de Commissie is benadrukt.

¹⁷ Zie in die zin arrest van 30 januari 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, punten 45 en 46).

¹⁸ Zie onder meer in die zin arresten van 4 juni 2002, Commissie/Frankrijk (C-483/99, EU:C:2002:327, punten 39-42); 13 mei 2003, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-98/01, EU:C:2003:273, punt 47); 11 november 2010, Commissie/Portugal (C-543/08, EU:C:2010:669, punten 68-72), en 30 januari 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, punt 55).

62. Volgens vaste rechtspraak verbieden de door het VWEU gewaarborgde vrijheden van verkeer niet alleen directe (of openlijke) discriminatie op grond van herkomst, maar ook alle indirecte (of verkapte) vormen van discriminatie die, hoewel zij zijn gebaseerd op ogenschijnlijk neutrale criteria, in feite tot hetzelfde resultaat leiden.¹⁹

63. Het vereiste van oprichting bij overeenkomst zal evenwel een indirect discriminerend effect hebben wanneer de Finse (niet-fiscale) wetgeving die van toepassing is op beleggingsfondsen vereist dat deze bij overeenkomst zijn opgericht.²⁰ In dat geval zouden namelijk alleen beleggingsfondsen die in andere lidstaten (op statutaire grondslag) zijn gevestigd kunnen worden uitgesloten van het mechanisme van fiscale transparantie waarin § 20a van de tuloverolaki voorziet. Dit indirect discriminerende effect zou zelfs kunnen worden versterkt door het bestaan in de lidstaat van herkomst van het vereiste dat bepaalde beleggingsfondsen bij statuten moeten zijn opgericht.²¹

64. In antwoord op verschillende vragen van het Hof dienaangaande heeft de Finse regering niettemin laten weten dat de Finse wetgeving de oprichting van beleggingsfondsen op statutaire grondslag toestaat, met dien verstande dat dergelijke fondsen dan worden uitgesloten van het mechanisme van fiscale transparantie, bedoeld in § 20a van de tuloverolaki, net als in andere lidstaten gevestigde fondsen die bij statuten zijn opgericht. Indien dat inderdaad het geval is, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden nagegaan, meen ik dat de kwalificatie als „indirecte discriminatie” moet worden uitgesloten.

65. In ieder geval benadruk ik dat de kwalificatie van „indirecte discriminatie” niet doorslaggevend is voor de beantwoording van de gestelde vraag, omdat het bestaan van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal mijns inziens om de hierboven uiteengezette redenen buiten kijf staat.

C. Vergelijkbaarheid van bij overeenkomst en bij statuten opgerichte beleggingsfondsen

66. Ingevolge artikel 65, lid 1, onder a), VWEU doet het bepaalde in artikel 63 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”.

67. De omvang van deze afwijking van het vrije verkeer van kapitaal, die uit de aard der zaak strikt wordt uitgelegd, wordt uitdrukkelijk beperkt door artikel 65, lid 3, VWEU, volgens hetwelk de in lid 1 van dit artikel bedoelde nationale bepalingen „geen middel tot willekeurige discriminatie [mogen] vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer”.

68. Er moet dus een onderscheid worden gemaakt tussen verschillen in behandeling die zijn toegestaan op grond van artikel 65, lid 1, onder a), VWEU en discriminatie die is verboden op grond van artikel 65, lid 3, VWEU. Wat dit betreft volgt uit de rechtspraak dat een nationale belastingregeling, als die in het hoofdgeding, enkel verenigbaar met de Verdragsbepalingen

¹⁹ Zie onder meer arresten van 12 februari 1974, Sotgiu (152/73, EU:C:1974:13, punt 11); 3 februari 1982, Seco en Desquenne & Giral (62/81 en 63/81, EU:C:1982:34, punt 8); 13 juni 2002, Sea-Land Service en Nedlloyd Lijnen (C-430/99 en C-431/99, EU:C:2002:364, punt 36), en 25 februari 2021, Novo Banco (C-712/19, EU:C:2021:137, punt 31).

²⁰ Zie dienaangaande de opmerkingen van de verwijzende rechter, zoals samengevat in de punten 28-30 van deze conclusie.

²¹ Uit de door de verwijzende rechter verschafte inlichtingen blijkt dat A SCPI in het kader van het hoofdgeding verplicht was tot oprichting bij overeenkomst naar Frans recht. Zie punt 25 van deze conclusie.

betreffende het vrije kapitaalverkeer kan worden geacht indien het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn of wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.²²

69. Ook is het vaste rechtspraak van het Hof dat de vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een binnenlandse situatie moet worden onderzocht aan de hand van het met de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel.²³

70. Op basis van deze rechtspraak moet derhalve worden nagegaan of beleggingsfondsen die in andere lidstaten bij statuten zijn opgericht (en die zijn uitgesloten van het in § 20a van de tuloverolaki neergelegde mechanisme van fiscale transparantie) zich, wat de nationale belastingvoorschriften betreft, in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van beleggingsfondsen die in Finland bij overeenkomst zijn opgericht (en voor dat mechanisme in aanmerking komen).

71. Ik wijs er allereerst op dat de door de nationale rechter gestelde vraag uitdrukkelijk is gebaseerd op de premisse dat een beleggingsfonds als A SCPI, hoewel het bij statuten is opgericht, *zich feitelijk in een situatie bevindt die vergelijkbaar is* met die van beleggingsfondsen die in Finland bij overeenkomst zijn opgericht. In de woorden van de vraag zelf is er, afgezien van hun rechtsvorm, „geen ander belangrijk objectief verschil tussen de situatie van deze fondsen en die van de Finse beleggingsfondsen”.

72. Ik voeg hieraan toe dat er mijns inziens weinig twijfel over bestaat dat *bepaalde* bij statuten opgerichte beleggingsfondsen inderdaad vergelijkbaar zijn met bij overeenkomst opgerichte beleggingsfondsen met het oog op de toepassing van een mechanisme van fiscale transparantie zoals dat waarin § 20a van de tuloverolaki voorziet.

73. Het doel van een mechanisme van fiscale transparantie is de fiscale behandeling van de betrokken entiteiten in overeenstemming te brengen met hun juridische realiteit. Met andere woorden, het doel is om bepaalde entiteiten die *juridisch* transparant zijn op een *fiscaal* transparante manier te behandelen.

74. Dit is precies het doel van § 20a van de tuloverolaki. Zoals de verwijzende rechter heeft uiteengezet, stelt deze bepaling bepaalde entiteiten vrij die geen autonome rechtspersonen zijn, maar louter vermogensmassa's die zijn gevormd met het oog op gegroepeerde investeringen door een aantal vennoten.²⁴

75. Dit mechanisme van fiscale transparantie heeft dus tot doel bepaalde coördinatiestructuren die in de praktijk geen echt schot vormen tussen de economische activiteiten en de beleggers, vrij te stellen van inkomstenbelasting. Zoals de Finse regering heeft uitgelegd, is § 20a van de tuloverolaki bedoeld om beleggingen in dergelijke fondsen te behandelen als „directe beleggingen” door de vennoten in de onderliggende activa.

²² Zie onder meer arresten 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); 21 juni 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, punt 48), en 30 april 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, punt 24).

²³ Zie onder meer arresten van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 32); 4 juli 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 26 februari 2019, X (Tussenvennootschappen die in een derde land zijn gevestigd) (C-135/17, EU:C:2019:136, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

²⁴ Zie punt 29 van deze conclusie.

76. Tegenover dergelijke transparante bij overeenkomst opgerichte structuren staat de naamloze handelsvennootschap. Van oudsher heeft een dergelijke vennootschap rechtspersoonlijkheid; beschikt zij over handelingsbevoegdheid; beschikt zij over eigen kapitaal; heeft zij beslissingsbevoegdheid bij zowel haar investeringen als de verdeling van haar winst, en biedt zij de aandeelhouders beperkte aansprakelijkheid (tot het bedrag van hun investering).

77. In tegenstelling tot bij overeenkomst opgerichte beleggingsstructuren vormen naamloze vennootschappen dus een ondoorzichtig schot tussen de economische activiteiten en de beleggers. Als zodanig zijn naamloze vennootschappen van oudsher onderworpen aan de inkomstenbelasting, met dien verstande dat de uitkering van winst in de vorm van dividenden afzonderlijk zal worden belast voor de aandeelhouders. De naamloze vennootschap is juridisch ondoorzichtig en wordt ook fiscaal als ondoorzichtig behandeld.

78. Tussen deze twee uitersten (doorzichtigheid van oprichtingen bij overeenkomst aan de ene kant en ondoorzichtigheid van naamloze vennootschappen aan de andere kant) bestaan verschillende soorten structuren naast elkaar die worden gekenmerkt door een grotere of geringere mate van transparantie.

79. Juist in dit opzicht lijkt mij het in § 20a van de tuloverolaki gestelde vereiste van oprichting bij overeenkomst evenwel vatbaar voor kritiek wegens overdreven formalisme.

80. Het lijkt inderdaad weinig twijfel dat sommige bij statuten opgerichte entiteiten als ondoorzichtig kunnen worden beschouwd wanneer hun werkwijze vergelijkbaar is met die van een klassieke naamloze vennootschap zoals hierboven beschreven (rechtspersoonlijkheid, rechtsbevoegdheid, eigen kapitaal, beslissingsbevoegdheid inzake investeringen en winstverdeling, beperkte aansprakelijkheid).

81. Andere bij statuten opgerichte entiteiten zijn echter qua transparantie vergelijkbaar met entiteiten die bij overeenkomst zijn opgericht.

82. Bij wijze van voorbeeld zij verwezen naar de kenmerken van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde beleggingsfonds, te weten A SCPI, zoals beschreven door de verwijzende rechter.²⁵ Hoewel deze entiteit bij statuten opgericht is, lijkt het mij dat zij wordt gekenmerkt door een hoge mate van transparantie. Ten eerste is A SCPI niet handelingsbekwaam (zij kan geen rechtshandeling verrichten of een vordering in rechte instellen). Ten tweede wordt de nettowinst van A SCPI elk jaar teruggegeven aan de beleggers. Ten derde is A SCPI weliswaar aansprakelijk voor verplichtingen jegens derden, maar de beleggers hebben in dit opzicht een secundaire aansprakelijkheid.

83. Mijns inziens is een beleggingsfonds met dergelijke kenmerken, in weerwil van zijn oprichting bij statuten, uit een oogpunt van transparantie vergelijkbaar met een bij overeenkomst opgericht beleggingsfonds. Een dergelijke entiteit vormt immers een eenvoudige coördinatiestructuur die geen echt schot vormt tussen de uitgeoefende economische activiteiten en de beleggers. Het feit dat de algemene vergadering formeel tot de winstverdeling moet besluiten, lijkt mij in dit verband niet doorslaggevend²⁶, mits het grootste deel van de nettowinst elk jaar daadwerkelijk aan de beleggers wordt uitgekeerd²⁷.

²⁵ Zie punten 16 en 17 van deze conclusie.

²⁶ Zie punten 17 en 23 van deze conclusie.

²⁷ Dit vereiste is inderdaad opgenomen in § 20a, vierde alinea, van de tuloverolaki voor bepaalde onroerendgoedbeleggingsfondsen.

84. Met andere woorden, door zich te beperken tot een formalistische opvatting van „transparantie”, waarbij de nadruk ligt op het vereiste van oprichting bij overeenkomst, behelst § 20a van de tuloverolaki de uitsluiting van bepaalde beleggingsfondsen die bij statuten zijn opgericht en die in de praktijk even „transparant” zijn als beleggingsfondsen die bij overeenkomst zijn opgericht. In die zin leidt deze bepaling tot een willekeurig verschil in behandeling tussen situaties die vergelijkbaar zijn.

85. De geldigheid van de hierboven uiteengezette redenering vindt mijns inziens steun in het recente arrest Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö (Door 'icbe's uitgekeerde inkomsten), zoals terecht door de Commissie is benadrukt.²⁸ Het is juist dat het in dit arrest niet ging om de belastingregeling die van toepassing is op beleggingsfondsen maar op de fiscale behandeling van door dergelijke fondsen uitgekeerde inkomsten. Niettemin heeft het Hof in die context uitdrukkelijk geoordeeld dat „het feit dat een [beleggingsvennootschap met veranderlijk kapitaal (sicav)] naar Luxemburgs recht *bij statuten opgericht is*, deze instelling met betrekking tot de fiscale behandeling van de uitgekeerde opbrengst niet in een andere situatie [plaatst] dan een [instelling voor collectieve belegging in effecten (icbe)] naar Fins recht die *bij overeenkomst opgericht is*”.²⁹

86. Met andere woorden – en in overeenstemming met mijn voorstel in de onderhavige zaak – heeft het Hof geoordeeld dat een onderscheid op basis van de rechtsvorm van het beleggingsfonds in deze context een willekeurig verschil in behandeling tussen vergelijkbare situaties vormde.

87. Ik wijs er niettemin op dat het een lidstaat vrij blijft staan om, met inachtneming van de uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen, het voordeel van de fiscale doorzichtigheid afhankelijk te stellen van *materiële* criteria inzake transparantie. Ik denk met name aan het ontbreken van rechtsbevoegdheid van de betrokken entiteit, de verplichting om het grootste deel van de jaarlijkse nettowinst uit te keren, of het ontbreken van beperkte aansprakelijkheid van de vennoten.

88. Tot staving van haar standpunt dat bij overeenkomst opgerichte beleggingsfondsen en bij statuten opgerichte beleggingsfondsen zich niet in vergelijkbare situaties bevinden, heeft de Finse regering aangevoerd dat bij overeenkomst opgerichte beleggingsfondsen de beleggers meer zekerheid bieden, met name in geval van faillissement, doordat zij rechtstreeks eigenaar kunnen worden van de onderliggende activa.

89. Deze zienswijze vermag mij niet te overtuigen. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, heeft de Finse regering geen concrete reden aangegeven waarom rechtstreekse eigendom van de onderliggende activa in een bij overeenkomst opgericht fonds meer zekerheid zou bieden in geval van financiële moeilijkheden dan eigendom van aandelen in een bij statuten opgericht beleggingsfonds. In dit verband zou ik willen benadrukken dat waar het gaat om bij overeenkomst opgerichte beleggingsfondsen de aansprakelijkheid van beleggers in geval van financiële moeilijkheden niet kan worden beperkt, in tegenstelling tot bij sommige bij statuten opgerichte fondsen (met name die welke als naamloze vennootschap zijn opgezet).

²⁸ Arrest van 29 april 2021 (C-480/19, EU:C:2021:334).

²⁹ Arrest van 29 april 2021, Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö (Door 'icbe's uitgekeerde inkomsten) (C-480/19, EU:C:2021:334, punt 54). Cursivering van mij.

90. In elk geval staat het, zoals ik hierboven heb uiteengezet, de Finse regering vrij om materiële criteria vast te stellen waaraan elk (bij overeenkomst of bij statuten opgericht) beleggingsfonds dat voor fiscale transparantie in aanmerking wenst te komen, moet voldoen om de zekerheid voor de beleggers te waarborgen. Ik denk bijvoorbeeld aan een verplichting om onder toezicht te staan van de nationale autoriteit voor de financiële markten, net als A SCPI in het hoofdgeding.³⁰

D. Ontbreken van een rechtvaardiging op basis van dwingende redenen van algemeen belang

91. Ik heb vastgesteld dat het vereiste van oprichting bij overeenkomst om in aanmerking te komen voor fiscale transparantie, zoals bepaald in § 20a van de tuloverolaki, een beperking vormt van het vrije verkeer van kapitaal. Ik heb ook aangetoond dat dit vereiste een willekeurig verschil in behandeling teweegbrengt tussen situaties die vergelijkbaar zijn, namelijk die van beleggingsfondsen met een vergelijkbare mate van transparantie, ongeacht of zij bij overeenkomst dan wel bij statuten opgericht zijn.

92. Rest mij nog de mogelijkheid te onderzoeken van een rechtvaardiging op basis van dwingende redenen van algemeen belang.

93. Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat nationale maatregelen die het vrije kapitaalverkeer beperken, gerechtvaardigd kunnen zijn om een van de in artikel 65 VWEU genoemde redenen of om dwingende redenen van algemeen belang, mits deze maatregelen geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.³¹

94. Geen van de rechtvaardigingsgronden die zijn opgenomen in het dossier dat aan het Hof is voorgelegd, kan mij overtuigen.

95. De verwijzende rechter stelt om te beginnen vast dat een van de doelstellingen die zijn vermeld in het voorstel van de regering dat heeft geleid tot de vaststelling van § 20a van de tuloverolaki, erin bestond preciezere criteria vast te stellen voor de toepassing van het mechanisme van fiscale transparantie op niet-ingezeten beleggingsfondsen. Deze nieuwe bepaling zou de voorspelbaarheid van de belastingheffing en de rechtszekerheid hebben vergroot. Het zou ook de administratieve lasten hebben verminderd.

96. In dezelfde zin heeft de Finse regering voor het Hof aangevoerd dat er een verband bestaat tussen de precieze afbakening van de vrijstelling en het waarborgen van de doeltreffendheid van de belastingcontrole en -inning.

97. Naar mijn mening kan de wens om de rechtszekerheid te vergroten nimmer een legitieme reden zijn om de vrijheden van verkeer te beperken. Zou dit het geval zijn, dan zouden de lidstaten vrij zijn dergelijke beperkingen op te leggen, mits zij worden vastgelegd in voorschriften die een hoge mate van rechtszekerheid garanderen.

³⁰ Zie punt 16 van deze conclusie.

³¹ Zie onder meer arresten van 1 oktober 2009, Woningstichting Sint Servatius (C-567/07, EU:C:2009:593, punt 25); 25 oktober 2012, Commissie/België (C-387/11, EU:C:2012:670, punt 74); 22 oktober 2013, Essent e.a. (C-105/12–C-107/12, EU:C:2013:677, punt 50), en 16 juli 2020, Adusbef e.a. (C-686/18, EU:C:2020:567, punt 105).

98. Het is juist dat het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld dat een *gebrek* aan rechtszekerheid in een nationale regeling onverenigbaar kan zijn met het Unierecht. Volgens vaste rechtspraak vereisen de beginselen van rechtszekerheid en van bescherming van de particulieren, dat op de door het Unierecht beheerste gebieden de rechtsvoorschriften van de lidstaten volstrekt duidelijk zijn geformuleerd, zodat de betrokken marktdeelnemers precies kunnen weten welke hun rechten en plichten zijn, en de nationale rechter in staat is de naleving ervan te verzekeren.³²

99. Deze rechtspraak impliceert echter geenszins dat de doelstelling van rechtszekerheid een beperking van het vrije verkeer kan rechtvaardigen die voortvloeit uit andere aspecten van de betrokken nationale regeling.

100. Bovendien kunnen, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, administratieve of praktische moeilijkheden op zichzelf evenmin een schending van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid rechtvaardigen.³³

101. In de tweede plaats heeft de Finse regering kort verwezen naar de doelstelling van de samenhang van het belastingstelsel, waarbij zij heeft benadrukt dat de vrijstelling betrekking heeft op beleggingsfondsen die naar Fins recht kunnen worden opgericht en op alle buitenlandse fondsen die daarmee worden gelijkgesteld.

102. Ook dit argument moet worden afgewezen. Volgens vaste rechtspraak kan een op een dergelijke rechtvaardigingsgrond gebaseerd argument slechts slagen indien het bestaan wordt aangetoond van een rechtstreeks verband 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.³⁴

103. Het volstaat evenwel vast te stellen dat de Finse regering zich niet heeft beroepen op het bestaan van een dergelijk rechtstreeks verband, dat noodzakelijk is om een dergelijke rechtvaardiging te doen slagen.

104. Ten slotte, en in de derde plaats, zouden, volgens de uitleg van de verwijzende rechter, Finse beleggingsfondsen in andere lidstaten aan een strengere regeling kunnen worden onderworpen dan die welke in Finland voor buitenlandse fondsen geldt, hetgeen problemen zou opleveren vanuit het oogpunt van neutraliteit van de mededinging. Een van de doelstellingen van § 20a van de tuloverolaki zou zijn om Finse en buitenlandse fondsen op gelijke voet te behandelen.

³² Zie onder meer arresten van 30 januari 1985, Commissie/Denemarken (143/83, EU:C:1985:34, punt 10); 26 februari 1991, Commissie/Italië (C-120/88, EU:C:1991:74, punt 11); 6 maart 2003, Commissie/Luxemburg (C-478/01, EU:C:2003:134, punt 20), en 15 april 2021, Finanzamt für Körperschaften Berlin (C-868/19, niet gepubliceerd, EU:C:2021:285, punt 50).

³³ Zie onder meer arresten van 16 december 1986, Commissie/Griekenland (124/85, EU:C:1986:490, punt 12); 12 juli 1990, Commissie/Italië (C-128/89, EU:C:1990:311, punt 22); 27 november 2008, Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, punt 54), en 3 juli 2019, Delfarma (C-387/18, EU:C:2019:556, punt 30).

³⁴ Zie onder meer arresten van 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, EU:C:1992:35, punt 21); 14 september 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, EU:C:2006:568, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 45), en 13 november 2019, College Pension Plan of British Columbia (C-641/17, EU:C:2019:960, punt 87).

105. Zoals de Commissie evenwel in wezen heeft betoogd, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat een ongunstige fiscale behandeling in een lidstaat, die in strijd is bevonden met de fundamentele vrijheden van verkeer, niet als verenigbaar met het Unierecht kan worden beschouwd op grond van het eventuele bestaan van in een andere lidstaat toegekende fiscale voordelen.³⁵

106. Volledigheidshalve wil ik er nog op wijzen dat in punt 43 van het arrest Köln-Aktienfonds Deka geen rechtvaardigingsgrond kan worden gevonden.³⁶ Het is juist dat het Hof daar weliswaar heeft verduidelijkt dat het de lidstaten vrijstaat om ter bevordering van het gebruik van instellingen voor collectieve belegging een bijzondere belastingregeling vast te stellen die op dergelijke ondernemingen van toepassing is.

107. De draagwijdte van deze verduidelijking, die deel uitmaakt van een reeks inleidende overwegingen die het Hof heeft gemaakt alvorens de gestelde vragen te beantwoorden, moet echter worden begrepen in het licht van de volgende punten van dat arrest. Het Hof heeft hierin eraan herinnerd dat de lidstaten hun fiscale autonomie moeten uitoefenen met inachtneming van de in het Unierecht neergelegde vereisten, met name de in de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal gestelde vereisten.³⁷

108. Het Hof voegt hieraan toe dat om die reden de invoering van een specifieke regeling voor instellingen voor collectieve belegging, met name de aard van de voorwaarden om in aanmerking te komen voor die regeling en het in dit verband te verstrekken bewijs, *geen beperking van het vrije verkeer van kapitaal mag inhouden*.³⁸

109. Met andere woorden, de instelling van een dergelijke regeling vormt geen geldige reden die een beperking van het vrije verkeer van kapitaal kan rechtvaardigen.

110. Gelet op het voorgaande moet ervan worden uitgegaan dat de beperking van het vrije verkeer van kapitaal die voortvloeit uit het vereiste van oprichting bij overeenkomst om in aanmerking te komen voor fiscale transparantie, niet wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.

V. Conclusie

111. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de Helsingin hallinto-oikeus als volgt te beantwoorden:

„De artikelen 63 en 65 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat het in de belastingwetgeving van een lidstaat neergelegde vereiste dat een beleggingsfonds, om in aanmerking te komen voor fiscale transparantie, moet zijn opgericht bij overeenkomst, in strijd is met het vrije verkeer van kapitaal, voor zover dit leidt tot uitsluiting van beleggingsfondsen die in andere lidstaten bij statuten opgericht zijn, terwijl deze fondsen in termen van transparantie objectief vergelijkbaar zijn met fondsen die bij overeenkomst opgericht zijn.”

³⁵ Zie onder meer in die zin arresten van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk (270/83, EU:C:1986:37, punt 21); 26 oktober 1999, Eurowings Luftverkehr (C-294/97, EU:C:1999:524, punt 44); 15 juli 2004, Lenz (C-315/02, EU:C:2004:446, punt 43); 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punt 49), en 8 november 2007, Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655, punten 75 en 78).

³⁶ Arrest van 30 januari 2020 (C-156/17, EU:C:2020:51).

³⁷ Arrest van 30 januari 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, punt 45).

³⁸ Arrest van 30 januari 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, punt 46).