Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. PIKAMÄE
van 5 juni 2019[1]

Zaak C-641/17

College Pension Plan of British Columbia
tegen
Finanzamt München III

[verzoek van het Finanzgericht München (belastingrechter in eerste aanleg München, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Directe belastingen – Vrij verkeer van kapitaal – Kapitaalverkeer tussen de lidstaten en derde landen – Vennootschapsbelasting – Ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen – Belastingheffing op portfoliodividenden – Bronbelasting – Volledige verrekening van de bronbelasting met de vennootschapsbelasting – Vermindering van het belastbare resultaat door middel van wiskundige voorzieningen bestemd voor de uitkering van pensioenen – Beperking – Vergelijkbaarheid – Inaanmerkingneming van wiskundige voorzieningen – Verband tussen wiskundige en andere technische voorzieningen, enerzijds, en de inning van dividenden, anderzijds – Rechtvaardiging – Verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing – Standstillclausule – Temporele en materiële criteria”

1. Met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU stelt het Finanzgericht München (belastingrechter in eerste aanleg München, Duitsland) het Hof twee vragen over de uitlegging van de bepalingen van primair recht betreffende het vrije verkeer van kapitaal, te weten de artikelen 63 tot en met 65 VWEU.[2] In de onderhavige prejudiciële zaak staat de onderlinge samenhang tussen dit vrije verkeer en de strekking van de nationale bepalingen inzake directe belastingen op dividenden centraal.

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen College Pension Plan of British Columbia (hierna: „CPP”), een pensioenfonds in de vorm van een trust naar Canadees recht, en het Finanzamt München (Abteilung III) (belastingdienst München, afdeling III, Duitsland). In het bijzonder heeft deze trust in de jaren 2007 tot en met 2010 via een Canadese trustee van verschillende Duitse naamloze vennootschappen dividenden ontvangen ten aanzien waarvan de Duitse belastingdienst de vrijstelling van de Duitse kapitaalopbrengstbelasting heeft geweigerd.

3. Het Hof wordt met name verzocht uit te maken of de bepalingen van het VWEU betreffende het vrije verkeer van kapitaal aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan de Duitse wettelijke regeling op grond waarvan de bronbelasting over de dividenden kan worden verrekend met de vennootschapsbelasting die door ingezeten pensioenfondsen moet worden betaald en krachtens

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 Aangezien de prejudiciële vragen betrekking hebben op de artikelen 63 tot en met 65 VWEU en de inhoud ervan identiek is aan die van de hieraan voorafgaande artikelen 56 tot en met 58 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG-Verdrag), wordt, ook al gaat een deel van de feiten terug tot een periode vóór 1 december 2009, hiernaar verwezen.

welke in dit kader ook voorzieningen in aanmerking kunnen worden genomen om het belastbare resultaat te verminderen, terwijl een niet-ingezeten pensioenfonds niet tot een dergelijke verrekening mag overgaan. Bovendien rijst ook de vraag naar de toepasselijkheid van de zogenoemde standstillclausule van artikel 64, lid 1, VWEU.

4. De vraag welke belastingregeling in het kader van het vrije verkeer van kapitaal van toepassing is op aan beperkt belastingplichtige pensioenfondsen uitgekeerde dividenden is reeds in meerdere zaken van het Hof aan de orde geweest.[3] Op dit gebied bestaat reeds een rijke rechtspraak, maar de vragen over het bestaan van een eventuele beperking en de vergelijkbaarheid van de situaties van ingezeten en niet-ingezeten belastingplichtigen kan soms ingewikkeld blijken. De onderhavige zaak is daarvan een goed voorbeeld.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Wet betreffende het toezicht op verzekeringsorganen

5. Uit het aan het Hof overgelegde dossier blijkt dat de pensioenfondsen en hun activiteiten in de jaren 2007 tot en met 2010 werden beheerst door het „Versicherungsaufsichtsgesetz" (wet toezicht verzekeringswezen), in de op 17 december 1992 bekendgemaakte versie (hierna: „VAG 1992")[4]. § 112 VAG 1992 bevatte een definitie van „pensioenfonds". Volgens het aan het Hof overgelegde dossier luidde lid 1 van deze bepaling als volgt:

„Een pensioenfonds is een pensioeninstelling met rechtsbevoegdheid

1. die door middel van kapitalisatie voor een of meerdere werkgevers in bedrijfspensioenuitkeringen ten behoeve van de werknemers voorziet,

2. die niet in alle voorziene gevallen van uitkering het bedrag van de uitkeringen of van de met het oog op deze uitkeringen te betalen toekomstige premies door middel van verzekeringen kan garanderen,

3. die de werknemers een eigen recht op uitkeringen ten aanzien van het pensioenfonds verleent, en

4. die gehouden is de pensioenvoorziening aan te bieden in de vorm van een levenslange uitkering."

6. VAG 1992 is ingetrokken bij de wet inzake de modernisering van het financiële toezicht op de verzekeringen van 1 april 2015[5] en vervangen door VAG 2015. § 236, lid 1, VAG 2015 bevat een definitie van pensioenfondsen die overeenstemt met die in § 112 VAG 1992.

3 Zie met name arresten van 8 november 2012, Commissie/Finland (C-342/10, EU:C:2012:688); 22 november 2012, Commissie/Duitsland (C-600/10, EU:C:2012:737), en 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402).

4 BGBl. 1993 I, blz. 2.

5 BGBl 2015 I, blz. 434.

B. Belastingwetgeving betreffende pensioenfondsen

7. Uit het aan het Hof overgelegde dossier blijkt dat de Duitse regeling inzake kapitaalopbrengstbelasting voortvloeit uit de bepalingen van het Einkommensteuergesetz (wet op de inkomstenbelasting; hierna: „EStG"), in de op 19 oktober 2002 bekendgemaakte versie [6], in samenhang – wat de belasting van rechtspersonen betreft – met de bepalingen van het Körperschaftssteuergesetz (wet op de vennootschapsbelasting; hierna: „KStG"), in de op 15 oktober 2002 bekendgemaakte versie [7].

1. Belastingregeling voor pensioenfondsen die hun zetel in Duitsland hebben

8. Als kapitaalvennootschap met zetel in Duitsland is een Duits pensioenfonds overeenkomstig § 1, lid 1, punt 1, KStG onbeperkt belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Volgens § 7, lid 1, KStG is het over het belastbaar inkomen van het pensioenfonds vennootschapsbelasting verschuldigd. Overeenkomstig § 23 KStG moet de winst van Duitse pensioenfondsen worden belast met 15 % vennootschapsbelasting.

9. Volgens § 8, lid 1, eerste volzin, KStG wordt het belastbare inkomen bepaald overeenkomstig de bepalingen van het EStG. Ingevolge § 8, lid 2, KStG juncto § 2, lid 1, punt 2, EStG moeten alle inkomsten van een onbeperkt belastingplichtig pensioenfonds worden aangemerkt als inkomsten die door een industriële of commerciële activiteit worden gegenereerd. Volgens § 2, lid 2, punt 1, EStG zijn de inkomsten uit een industriële of commerciële activiteit het in het betrokken belastingjaar gerealiseerde resultaat.

10. De in § 8b, leden 1 en 2, KStG bedoelde belastingvrijstellingen voor dividenden en meerwaarden zijn ingevolge § 8b, lid 8, eerste en vijfde volzin, KStG niet van toepassing op pensioenfondsen.

11. Volgens § 20, lid 1, EStG worden de over de winst uitgekeerde dividenden als kapitaalopbrengst aangemerkt.

12. Overeenkomstig de bepalingen van de §§ 43 en 44 EStG wordt de kapitaalopbrengstbelasting door inhouding aan de bron geheven over de kapitaalopbrengst en door de dividenduitkerende vennootschap afgedragen. Deze belasting bedraagt 25 % van de brutodividenden.

13. Volgens § 4, lid 1, eerste volzin, 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 inbreng".

14. Overeenkomstig § 5 EStG wordt het vermogen vastgesteld door toepassing van de boekhoudkundige beginselen van het handelsrecht. Dit verschil wordt zodoende vastgesteld op basis van een fiscale balans die op haar beurt gebaseerd is op de boekhoudkundige balans.

15. Krachtens § 31, lid 1, eerste volzin, KStG, gelezen in samenhang met § 36, lid 2, punt 2, EStG kan de kapitaalopbrengstbelasting over de dividenden die in de vorm van bronbelasting is ingehouden en gedurende het belastingjaar reeds is voldaan, volledig worden verrekend met de vennootschapsbelasting.

6 BGBl. 2002 I, blz. 4210, en BGBl. 2003 I, blz. 179.

7 BGBl. 2002 I, blz. 4144.

16. § 36, lid 4, tweede volzin, EStG luidt: „[i]ndien na aftrek een overschot blijkt te bestaan ten gunste van de belastingplichtige, wordt dit overschot na de betekening van de belastingaanslag aan de belastingplichtige uitgekeerd".

17. Volgens de in de verwijzingsbeslissing verstrekte gegevens maakt de Duitse wettelijke regeling in het kader van het belastingstelsel onderscheid tussen winsten uit eigen middelen („boekhoudkundig beleggingsrendement") en winsten uit de „dekkingsreserves" [8] („extracomptabel beleggingsrendement").

18. Enerzijds worden de door het boekhoudkundig beleggingsrendement gevormde winsten, wanneer de financiële winst hoger is dan de technische rentevoet die bij de berekening van de premies van de bij het pensioenfonds aangeslotenen wordt gehanteerd, rechtstreeks naar de verschillende pensioenfondscontracten gecrediteerd. Hierdoor wordt niet alleen de activazijde van de fiscale balans van het pensioenfonds verhoogd, maar ook de waarde van de passivaposten van deze balans, met name de wiskundige voorzieningen [9]. In een dergelijk geval wordt de winst uit de inning van dividenden volledig geneutraliseerd en komt hieruit geen belastbaar resultaat voort.

19. Anderzijds worden de door de extracomptabele beleggingsrendementen gevormde winsten, wanneer de financiële winst hoger is dan de technische rentevoet die bij de berekening van de premies van de bij het pensioenfonds aangeslotenen wordt gehanteerd, voor ten minste 90 % ten behoeve van de contracten van de aangeslotenen aangewend. Dit aandeel van 90 % van de winst uit zich in een stijging van de waarde van zowel de activa op de fiscale balans als de passivaposten hierop, met name van de waarde van de wiskundige voorzieningen op deze balans. Dit aandeel van de winst uit de inning van dividenden wordt volledig geneutraliseerd en hieruit komt geen belastbaar resultaat voort. Daarentegen wordt het resterende gedeelte van de winst van ten hoogste 10 % niet naar de verschillende pensioenfondscontracten gecrediteerd en leidt de hiermee gepaard gaande toename van de activa niet tot een overeenkomstige verhoging van balanspassiva. Deze winst leidt dus tot een belastbaar resultaat dat fiscaal in aanmerking moet worden genomen.

2. Belastingregeling voor buitenlandse pensioenfondsen

20. Krachtens § 2, punt 1, KStG is een buitenlands pensioenfonds waarvan de bedrijfsleiding of zetel zich niet in Duitsland bevindt, ten aanzien van zijn op het nationale grondgebied verworven inkomsten beperkt belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.

21. Uit § 8, lid 1, KStG junctis § 49, lid 1, punt 5a, en § 20, lid 1, punt 1, EStG volgt dat de door het buitenlandse pensioenfonds ontvangen dividenden kapitaalopbrengsten zijn waarvoor een beperkte belastingplicht geldt. Op grond van § 8b, lid 8, vijfde volzin, KStG zijn deze ontvangen dividenden volledig belastbaar.

22. In het geval van een beperkt belastingplichtig pensioenfonds wordt de belasting ingevorderd in de vorm van een bronheffing en moet de schuldenaar van de dividenden belasting over de kapitaalopbrengst inhouden, die krachtens § 43, lid 1, punt 1, en artikel 43a, lid 1, punt 1, EStG in beginsel 25 % van het brutodividend bedraagt.

8 De in het prejudiciële verzoek gebezigde Duitse term is „Deckungsstock".

9 De wiskundige voorzieningen vormen een categorie voorzieningen die overeenkomen met door het pensioenfonds aangehouden reserves om de betaling van de pensioenuitkeringen te waarborgen. Deze voorzieningen moeten worden gewaardeerd overeenkomstig § 341f van het Handelsgesetzbuch (wetboek van koophandel).

23. Krachtens § 50d, lid 1, derde volzin, EStG wordt, wanneer de dividendbelasting in het kader van de belastingverdragen wordt beperkt tot 15 % en het pensioenfonds een verzoek om teruggaaf indient bij het Bundeszentralamt für Steuern (federale centrale belastingdienst, Duitsland), het verschil tussen de ingehouden kapitaalopbrengstbelasting en het op grond van het betrokken belastingverdrag toegestane belastingtarief aan dit fonds terugbetaald.

24. Wanneer de verkrijger van de inkomsten in Duitsland beperkt belastingplichtig is, is overeenkomstig § 32, lid 1, punt 2, KStG de kapitaalopbrengstbelasting van 15 % definitief.

25. Volgens de verwijzende rechter is de mogelijkheid om de kapitaalopbrengstbelasting met de vennootschapsbelasting te verrekenen derhalve uitgesloten voor buitenlandse pensioenfondsen, die evenmin eventuele bedrijfskosten in aftrek kunnen brengen op de heffingsgrondslag van hun belastbaar inkomen. De in § 32, lid 5, KStG bedoelde voorwaarden voor teruggaaf van de kapitaalopbrengstbelasting aan beperkt belastingplichtige vennootschappen zijn volgens hem niet vervuld.

C. Bilateraal verdrag inzake dubbele belastingheffing tussen de Bondsrepubliek Duitsland en Canada

26. Het Verdrag tussen de Bondsrepubliek Duitsland en Canada tot het vermijden van dubbele belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en bepaalde andere belastingen, het voorkomen van het ontgaan van belasting en het verlenen van bijstand op het gebied van belastingen, gesloten te Berlijn op 19 april 2001 (hierna: „bilateraal verdrag inzake dubbele belastingheffing”) [10], bepaalt in artikel 10, lid 2, onder b), dat de staat van waaruit de dividenden afkomstig zijn 15 % op het brutobedrag hiervan mag inhouden.

27. Op grond van artikel 23, lid 1, onder a), van het bilateraal verdrag inzake dubbele belastingheffing voorkomt Canada als staat van vestiging de dubbele belastingheffing van dividenden door middel van een verrekeningsmechanisme.

II. Hoofdgeding en prejudiciële vragen

28. Het ondernemingsdoel van CPP is het beheer van kapitaal ter waarborging van de pensioenuitkeringen van voormalig ambtenaren van de provincie Brits-Columbia. CPP bouwt hiervoor in zijn balans actuariële reserves op voor de verplichtingen die voortvloeien uit de waarborging van de pensioenen. Via een vermogensbeheerder bezit CPP deelnemingen in Duitse naamloze vennootschappen. CPP en deze trustee hebben een trustovereenkomst gesloten op grond waarvan de trustee wat beleggingsbesluiten betreft gebonden is aan de richtsnoeren en instructies van de settlor CPP. In Canada is CPP vrijgesteld van elke winstbelasting.

29. CPP hield aandelen van uiteenlopende Duitse naamloze vennootschappen ten belope van minder dan één procent. In de jaren 2007 tot en met 2010 hebben deze deelnemingen CPP dividenden opgeleverd overeenkomstig de in de punten 17 tot en met 19 van deze conclusie beschreven wijze. Overeenkomstig artikel 10, lid 2, onder b), van het bilateraal verdrag inzake dubbele belastingheffing zijn deze dividenden voor de kapitaalopbrengstbelasting onderworpen aan een bronheffing van 15 %, waarvan het bedrag in totaal 156 280,10 EUR beliep.

10 BGBl. 2002 II, blz. 670.

30. Op 23 december 2011 heeft CPP de belastingdienst München verzocht om een besluit tot vrijstelling van de kapitaalopbrengstbelasting en dit bedrag van 156 280,10 EUR vermeerderd met rente terug te betalen, omdat CPP ten opzichte van de Duitse pensioenfondsen benadeeld was aangezien de kapitaalopbrengstbelasting over de dividenden aan laatstgenoemden volledig werd terugbetaald. Bij besluit van 26 mei 2014 heeft de Duitse belastingdienst dit verzoek afgewezen.

31. Nadat het tegen dit besluit ingediende bezwaar eveneens werd afgewezen, heeft CPP zich tot de verwijzende rechter, het Finanzgericht München, gewend.

32. Vooraf wijst deze rechter erop dat CPP vergelijkbaar is met een Duits pensioenfonds in de zin van § 236 VAG 2015, waarover partijen het overigens eens zijn. Voorts zou tussen partijen in het hoofdgeding eveneens vaststaan dat de deelnemingen in Duitse naamloze vennootschappen en de inkomsten die deze deelnemingen genereren, niet aan de trustee moeten worden toegeschreven, maar aan CPP, die de daadwerkelijke verkrijger hiervan is.

33. In de eerste plaats verklaart de verwijzende rechter dat in het geval van een ingezeten pensioenfonds de vennootschapsbelasting die het verschuldigd is, is gebaseerd op het resultaat volgens de balans van dat fonds. Dit resultaat hangt onder meer af van de inning van de dividenden en de vorming van voorzieningen; het ingezeten pensioenfonds kan de voorzieningen voor de pensioenuitkeringen namelijk op het belastbare resultaat in mindering brengen. De inning van dividenden leidt dus niet noodzakelijkerwijs tot een verhoging van de verschuldigde vennootschapsbelasting, maar enkel tot een relatief geringe stijging van die belasting.

34. De verwijzende rechter merkt op dat een niet-ingezeten pensioenfonds wanneer dit dividenden ontvangt daarentegen beperkt belastingplichtig is voor de Duitse vennootschapsbelasting. Deze belasting wordt geheven in de vorm van een bronbelasting en de dividenduitkerende vennootschap moet de kapitaalopbrengstbelasting, die overeenkomstig § 43, lid 1, punt 1, en § 43a, lid 1, punt 1, EStG in beginsel 25 % van de brutodividenden bedraagt, inhouden. Ingevolge artikel 10, lid 2, onder b), van het bilateraal verdrag inzake dubbele belastingheffing zou de dividendbelasting zijn beperkt tot 15 %. Het verschil tussen de ingehouden kapitaalopbrengstbelasting en dit percentage van 15 % wordt op verzoek door de federale centrale belastingdienst terugbetaald.

35. In die omstandigheden vraagt de verwijzende rechter zich af of het verschil in fiscale behandeling van niet-ingezeten pensioenfondsen, die dividenden ontvangen waarop een definitieve bronbelasting is ingehouden, en ingezeten pensioenfondsen, waarvan de ontvangen dividenden ook worden ingehouden, maar die deze met de vennootschapsbelasting kunnen verrekenen, een beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormt.

36. Indien het Hof zou oordelen dat dit verschil in fiscale behandeling een beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormt, vraagt de verwijzende rechter zich af of een dergelijke beperking eventueel kan worden gerechtvaardigd.

37. In de tweede plaats vraagt de verwijzende rechter zich af of de standstillclausule van artikel 64, lid 1, VWEU van toepassing is. In dit verband benadrukt hij om te beginnen dat § 32, lid 1, punt 2, KStG, op grond waarvan de kapitaalopbrengstbelasting van 15 % definitief is ten aanzien van de beperkt belastingplichtige verkrijger van de inkomsten in Duitsland en waaruit het verschil in behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen voortvloeit, op 31 december 1993 reeds bestond in de vorm van § 50, lid 1, punt 2, KStG 1991, waarvan de bewoordingen en de werking identiek waren. Vervolgens is het zijns inziens van weinig belang zijn dat het percentage van 25 % over de kapitaalopbrengst, dat op 31 december 1993 reeds bestond uit hoofde van § 43, lid 1, punt 1, juncto § 43a, lid 1, punt 1, EStG, op 1 januari 2001 is verlaagd tot 20 % en op 1 januari 2009 weer op 25 % is teruggebracht. Bij de wetswijziging van 1 januari 2009 zijn de verschillende op de kapitaalopbrengst toepasselijke tarieven, namelijk 20 %, 25 % en 30 %, vervangen door één tarief van 25 %, zonder dat het beginsel van de norm die op de ingehouden kapitaalopbrengstbelasting van

toepassing is, werd gewijzigd. Tot slot rijst de vraag of is voldaan aan het materiële criterium betreffende het verrichten van financiële diensten. In dit verband moet worden nagegaan of er in een geval zoals dat in het hoofdgeding een oorzakelijk verband bestaat tussen het verrichten van de financiële dienst en het kapitaalverkeer in de zin van het arrest Wagner-Raith [11].

38. Daarop heeft het Finanzgericht München 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 bij § 32, lid 1, punt 2, [KStG] volgens artikel 63 juncto artikel 64, lid 1, VWEU toelaatbaar jegens derde landen, omdat zij verband houdt met het verrichten van financiële diensten?”

III. Procedure bij het Hof

39. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door CPP, de belastingdienst München, de Duitse regering en de Europese Commissie. Met uitzondering van de belastingdienst München zijn zij ter terechtzitting van 20 maart 2019 in hun pleidooien gehoord.

IV. Analyse

40. Om te beginnen lijdt het in de eerste plaats geen twijfel dat de fundamentele vrijheid die op het onderhavige geding van toepassing is, het vrije verkeer van kapitaal is. Ten eerste heeft het Hof er onlangs op gewezen dat onder kapitaalverkeer in de zin van artikel 63 VWEU met name worden verstaan directe investeringen in de vorm van deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap dat de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de onderneming (zogenoemde „directe” investeringen), en de verwerving van effecten op de kapitaalmarkt met het uitsluitende doel te beleggen zonder invloed te willen uitoefenen op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming (zogenoemde „portefeuillebeleggingen”). [12] Ten tweede is het thans vaste rechtspraak dat nationale bepalingen die van toepassing zijn op participaties die enkel als belegging worden genomen zonder dat het de bedoeling is invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming uit te oefenen, uitsluitend aan het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal moeten worden getoetst. [13] [14] In het onderhavige geval staat vast dat het

11 Arrest van 21 mei 2015 (C-560/13, EU:C:2015:347, punten 39 en 44).

12 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 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

13 Zie met name arrest van 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

14 In een situatie die vergelijkbaar is met de onderhavige, heeft het Hof in het arrest van 10 april 2014, Emerging Market Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punt 34), namelijk verduidelijkt dat, teneinde uit te maken of deze wettelijke regeling onder artikel 63 VWEU valt, noch de aard van de vrijstelling van deze wettelijke regeling noch de aard van de door het beleggingsfonds uitgeoefende activiteit dient te worden onderzocht, doch wel de vorm van de participatie van de beleggingsfondsen in de ingezeten vennootschappen.

om beleggingen gaat zonder bedoeling om invloed op het bestuur van en zeggenschap over de onderneming uit te oefenen, aangezien het Canadese pensioenfonds participaties in verschillende Duitse naamloze vennootschappen heeft ten belope van minder dan één procent. Derhalve zijn de bepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal, met name die van de artikelen 63 tot en met 65 VWEU, van toepassing in een situatie zoals die in het hoofdgeding.

41. In de tweede plaats lijkt het mij dat de vraag of de standstillclausule van artikel 64, lid 1, VWEU van toepassing is, moet worden onderzocht na de vraag of de betrokken wettelijke regeling een beperking van het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 63, lid 1, VWEU vormt. De bewoordingen van artikel 64, lid 1, VWEU verwijzen immers naar „beperkingen", hetgeen betekent dat voor de toepassing van deze bepaling eerst de nationale wetgeving moet worden gekwalificeerd en moet worden vastgesteld of de in die wetgeving vervatte regeling een beperking vormt.[15] Ik stel dan ook voor om de prejudiciële vragen te behandelen in de volgorde waarin zij zijn gesteld.

A. Eerste prejudiciële vraag

42. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 63 en 65 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat waarbij bronbelasting wordt geheven over dividenden die door een ingezeten vennootschap aan ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen worden uitgekeerd, waarbij enkel voor ingezeten pensioenfondsen is voorzien in een mechanisme van volledige verrekening met de vennootschapsbelasting, terwijl deze inhouding van 25 % ten aanzien van niet-ingezeten pensioenfondsen voor 3/5 (15 %) een definitieve belasting vormt, gelet op het feit dat 2/5 van deze inhouding (10 %) op verzoek kan worden terugbetaald.

43. Ter beantwoording van deze vraag stel ik voor om in de eerste plaats het bestaan van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 63 VWEU te onderzoeken en, eventueel, in de tweede plaats de toelaatbaarheid van een dergelijke beperking.

1. Bestaan van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal

44. Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn beperkingen van het vrije verkeer van kapitaal alle maatregelen die niet-ingezetenen ervan doen afzien in een lidstaat investeringen te doen, of ingezetenen van deze lidstaat ervan weerhouden in andere staten investeringen te doen.[16] In het bijzonder kan een ongunstige behandeling door een lidstaat van dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezeten vennootschappen in vergelijking met de behandeling van dividenden die worden uitgekeerd aan ingezeten vennootschappen, in een andere dan die lidstaat gevestigde vennootschappen ervan doen afzien in eerstbedoelde lidstaat te investeren, zodat zij een beperking van het vrije kapitaalverkeer vormt die in beginsel verboden is door artikel 63 VWEU.[17]

45. In casu voorziet de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling in een fiscale behandeling in twee stappen. In de eerste stap wordt zowel op de dividenden die aan een ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd als op de dividenden die aan een niet-ingezeten pensioenfonds worden uitgekeerd, bronbelasting ingehouden. Ter zake van de dividenduitkeringen aan niet-ingezeten pensioenfondsen wordt, volgens de in de verwijzingsbeslissing verstrekte gegevens, de

15 In dit verband wijs ik erop dat het Hof er in het recente arrest van 26 februari 2019, X (Tussenvennootschappen die in een derde land zijn gevestigd), (C-135/17, EU:C:2019:136), voor heeft gekozen om de vragen in omgekeerde volgorde te behandelen, namelijk eerst tegen de achtergrond van artikel 64, lid 1, VWEU en vervolgens tegen die van artikel 63, lid 1, VWEU.

16 Arresten van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 15); 17 september 2015, Miljoen e.a. (C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, punt 44), en 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, (C-252/14, EU:C:2016:402, punt 27).

17 Zie met name arrest van 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, (C-252/14, EU:C:2016:402, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

bronbelasting daartoe uit hoofde van § 32, lid 1, punt 2, KStG definitief geheven over 3/5 (15 %) en wordt 2/5 (10 %) van deze inhouding volgens de in punt 23 van deze conclusie beschreven wijze terugbetaald. Op de in het onderhavige hoofdgeding aan de orde zijnde dividenden is aldus een bronbelasting van 15 % ingehouden. Uit de door de verwijzende rechter verstrekte toelichting blijkt dat de bronheffing over de aan een ingezeten pensioenfonds uitgekeerde dividenden daarentegen 25 % bedraagt.

46. In de tweede stap worden de pensioenfondsen met betrekking tot de aan hen uitgekeerde dividenden aan twee verschillende belastingregelingen onderworpen. De kapitaalopbrengstbelasting over de door niet-ingezeten pensioenfondsen ontvangen dividenden wordt namelijk definitief. Daarentegen worden de dividenden die aan ingezeten pensioenfondsen worden uitgekeerd, opgenomen in de boekhoudkundige balans van het pensioenfonds, die vervolgens als referentie dient voor de vaststelling van het belastbare resultaat waarover de vennootschapsbelasting van 15 % [18] wordt geheven. Wanneer deze belasting verschuldigd wordt, kan de kapitaalopbrengstbelasting volledig met het verschuldigde bedrag worden verrekend. De verwijzende rechter wijst er namelijk op dat ingevolge § 31 KStG en § 36, lid 2, punt 2, EStG „[de] kapitaalopbrengstbelasting die op de aan pensioenfondsen uitgekeerde dividenden is ingehouden, volledig met de verschuldigde vennootschapsbelasting kan worden verrekend” [19], en dat volgens § 36, lid 4, tweede volzin, EStG „[wanneer] de ingehouden kapitaalopbrengstbelasting hoger is dan de vastgestelde vennootschapsbelasting, deze aan het nationale pensioenfonds wordt terugbetaald” [20].

47. Zoals de verwijzende rechter uiteenzet, kan het Duitse pensioenfonds het belastbare resultaat enerzijds verminderen met de vennootschapsbelasting door de voorzieningen voor pensioenverplichtingen in aanmerking te nemen en, anderzijds, door de ingehouden kapitaalopbrengstbelasting met de vennootschapsbelasting te verrekenen. Het komt mij dan ook voor dat de vermeende beperking van het vrije verkeer van kapitaal in de onderhavige zaak kan voortvloeien uit deze twee duidelijk onderscheiden in de nationale wettelijke regeling voorziene heffingsmechanismen. Ten eerste zou deze beperking namelijk kunnen voortvloeien uit het feit dat het belastbare resultaat voor de vennootschapsbelasting voor een deel afhangt van de door het pensioenfonds opgebouwde voorzieningen die het belastbare resultaat van dit fonds verminderen. Ten tweede zou deze beperking kunnen voortvloeien uit het feit dat het ingezeten pensioenfonds de betaalde kapitaalopbrengstbelasting met de verschuldigde vennootschapsbelasting kan verrekenen en teruggaaf van de teveel betaalde kapitaalopbrengstbelasting kan verkrijgen. Ik stel voor om deze mechanismen te onderzoeken om te bepalen welke van beide, of beide, aan de vermeende beperking ten grondslag ligt.

48. Wat de door het pensioenfonds opgebouwde voorzieningen betreft, legt de verwijzende rechter uit dat de wiskundige voorzieningen een specifieke vorm van voorzieningen voor onzekere verplichtingen zijn, die anticiperen op de pensioenuitkeringen die het pensioenfonds in de toekomst aan zijn aangeslotenen moet verstrekken. Hij wijst erop dat het belastbare resultaat op basis waarvan van het bedrag van de verschuldigde vennootschapsbelasting wordt vastgesteld, „betrekkelijk laag” kan zijn, gelet op de – op een boekhoudkundige balans aan de passivazijde vermelde – voorzieningen die door het pensioenfonds worden gevormd, meer bepaald de met het oog op de pensioenverplichtingen opgebouwde wiskundige voorzieningen.

18 In haar schriftelijke opmerkingen stelt CPP dat de vennootschapsbelasting wordt vermeerderd met een solidariteitsopslag van 5,5 %, zodat de totale belastingdruk op 15,825 % uitkomt. Ik stel echter vast dat de verwijzende rechter in het verzoek om een prejudiciële beslissing uitgaat van een belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting van 15 %. In deze conclusie wordt verwezen naar een percentage van 15 %.

19 De verwijzende rechter wijst er ook op dat „de kapitaalopbrengstbelasting volledig in mindering wordt gebracht op de vennootschapsbelasting die door de onbeperkt belastingplichtige Duitse pensioenfondsen verschuldigd is”.

20 In haar schriftelijke opmerkingen benadrukt CPP dat zowel de kapitaalopbrengstbelasting als de solidariteitsopslag die over de dividenden worden geheven in mindering kunnen worden gebracht op de door het pensioenfonds te betalen vennootschapsbelasting. Een dergelijke precisering komt echter niet voor in het prejudiciële verzoek. In de onderhavige conclusie wordt verwezen naar een verrekenbare vermogenwinstbelasting van 25 % van de brutodividenden.

49. Zo blijkt uit de uiteenzetting in het verzoek om een prejudiciële beslissing dat de dividenduitkering doorgaans niet tot een verhoging van het op basis van de boekhoudkundige balans vastgestelde belastbare resultaat leidt, aangezien de passiva van die balans en met name de daarin opgenomen wiskundige voorzieningen, evenveel toenemen als de activa.[21] Het belastbare resultaat neemt enkel toe in het geval dat de winst niet naar de contracten van de aangeslotenen wordt gecrediteerd. In een dergelijk geval komt de winst tot uiting in een stijging van de activa van het pensioenfonds, zonder een navenante toename van de passiva van dit fonds. Het gaat om het geval waarin 10 % van de winsten niet naar de contracten van aangeslotenen wordt gecrediteerd, zoals beschreven in punt 19 van deze conclusie. In dat geval gaat dit restant van 10 % van de winst niet naar de aangeslotenen, zodat de wiskundige voorzieningen niet zullen stijgen. Dit restant van de winst dat niet voor de contracten van de aangeslotenen is bestemd, zal dus evenmin het bedrag van de pensioenuitkeringen verhogen dat op de vervaldatum aan de verzekerden zal worden uitgekeerd (dat wil zeggen bij hun pensionering).

50. Hieruit volgt dat de door een ingezeten pensioenfonds ontvangen dividenden, behoudens het resterende deel van 10 % van de winst die niet naar de contracten van aangeslotenen wordt gecrediteerd, in het algemeen naar die contracten wordt gecrediteerd, zodat het belastbare resultaat voor de vennootschapsbelasting niet of in zeer geringe mate toeneemt.

51. Ter beantwoording van de vraag in hoeverre de verhoging van de voorzieningen de daadwerkelijke belastingdruk voor de uitbetaalde dividenden kan beïnvloeden, merk ik meteen op dat het Hof in zaken betreffende „uitgaande" dividenden en bronbelasting de behandeling van de dividenden heeft onderzocht en niet die van het belastbare resultaat.[22]

52. Wat deze behandeling betreft moet worden bepaald wat de daadwerkelijke belastingdruk op de dividenden is wanneer zij cumulatief worden belast door een bronbelasting op de kapitaalopbrengst van 25 % en een vennootschapsbelasting van 15 %. De benadering betreffende de vaststelling van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal die erin bestaat de daadwerkelijke belastingdruk te onderzoeken, vindt mijns inziens steun in de rechtspraak van het Hof. Ten eerste heeft het Hof het in meerdere zaken betreffende de belasting van dividenden namelijk reeds aan de nationale rechter overgelaten om vast te stellen of op de niet-ingezeten belastingplichtigen in de staat die tot inhouding aan de bron is overgegaan, uiteindelijk een zwaardere daadwerkelijke belastingdruk rustte dan op de ingezeten belastingplichtigen voor dezelfde soort dividenden.[23] Vervolgens heeft het Hof in het arrest Hirvonen[24] in wezen geoordeeld dat belasting van de bruto-inkomsten van een beperkt belastingplichtige verenigbaar is met het Unierecht, mits die belasting in totaal niet hoger uitvalt dan een belasting van de netto-inkomsten tegen het tarief dat voor onbeperkt belastingplichtigen geldt[25]. Tot slot heeft het Hof in het arrest Sofina recentelijk voor recht verklaard dat „[...] rekening [moet] worden gehouden met het belastingjaar waarin de dividenden worden uitgekeerd om de belastingdruk op dergelijke dividenden te vergelijken met de belastingdruk op aan een ingezeten vennootschap uitgekeerde dividenden".[26]

21 De verwijzende rechter wijst erop dat „de door Duitse pensioenfondsen gerealiseerde dividendopbrengsten, vanwege de gelijktijdige toename van de voorzieningen voor pensioenverplichtingen, zich in de regel niet uiten in een belastbaar resultaat", en dat, aangezien deze fondsen „worden belast op basis van hun resultaat (dat wil zeggen na aftrek van bedrijfsuitgaven), zij normaal gesproken slechts een relatief geringe vennootschapsbelasting betalen vanwege het feit dat de inning van dividend en de verhoging van de voorzieningen zich als communicerende vaten gedragen".

22 Zie arresten van 22 november 2012, Commissie/Duitsland (C-600/10, niet gepubliceerd, EU:C:2012:737, punt 15), en 8 november 2012, Commissie/Finland (C-342/10, EU:C:2012:688, punt 33).

23 Zie in die zin arresten van 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punt 34); 17 september 2015, Miljoen e.a. (C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, punt 48), en 19 januari 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, punt 33).

24 Arrest van 19 november 2015 (C-632/13, EU:C:2015:765, punten 44 en 48).

25 Bovendien wordt het begrip zwaardere belastingdruk ook gehanteerd in verband met de belastingheffing op nalatenschappen. In zijn arrest van 31 maart 2011, Schröder (C-450/09, EU:C:2011:198, punt 40), betreffende de belastingheffing op nalatenschappen, heeft het Hof voor recht verklaard dat de toepassing van een belastingvrije som op de onroerende zaak, die afhing van de woonplaats van de erflater en de verkrijger ten tijde van het openvallen van de nalatenschap, zou leiden tot een hogere daadwerkelijke belastingdruk dan die waarbij ten minste één ingezetene is betrokken en derhalve een waardevermindering van voornoemde nalatenschap tot gevolg zou hebben.

26 Arrest van 22 november 2018, Sofina e.a. (C-575/17, EU:C:2018:943, punt 31).

53. In casu stel ik vast dat de verwijzingsbeslissing geen cijfermatige gegevens bevat aan de hand waarvan de daadwerkelijke belastingdruk op de dividenden kan worden bepaald wanneer deze cumulatief worden belast met de kapitaalopbrengstbelasting en de vennootschapsbelasting.

54. In dit verband heb ik getracht deze belastingdruk te bepalen aan de hand van de gegevens in het dossier. Uit mijn berekening blijkt dat de daadwerkelijke belastingdruk op de door een ingezeten pensioenfonds ontvangen dividenden ten hoogste 11,25 % van de brutodividenden bedraagt.[27] Aldus zal dit daadwerkelijke tarief, ongeacht de waarde van de voorzieningen, altijd lager zijn dan het tarief van 15 % dat wordt toegepast op de dividenden die door een niet-ingezeten pensioenfonds worden ontvangen. Dit impliceert dat de daadwerkelijke belastingdruk op de aan de ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen uitgekeerde dividenden altijd ongelijk zal zijn.[28] Dientengevolge ben ik van mening dat, in de omstandigheden van het onderhavige hoofdgeding, de omvang van de voorzieningen niet relevant is voor de vaststelling van de beperking van het vrije verkeer van kapitaal.

55. Met andere woorden komt het mij voor dat het feit dat het belastbare resultaat door middel van voorzieningen kan worden verminderd, het uit hoofde van de vennootschapsbelasting verschuldigde bedrag inderdaad kan verminderen. Deze vermindering lijkt mij evenwel niet ten grondslag te liggen aan de beperking van het vrije kapitaalverkeer, die losstaat van de omvang van de door het ingezeten pensioenfonds opgebouwde voorzieningen. Een dergelijke toetsing is echter de taak van de nationale rechter, die als enige de daadwerkelijke belastingdruk op de aan een ingezeten pensioenfonds en een niet-ingezeten pensioenfonds uitgekeerde dividenden kan bepalen.

56. Ik vraag mij overigens af of voor deze benadering geen steun is te vinden in het door CPP aangevoerde argument dat de vermindering van het belastbare resultaat tot doel heeft economische dubbele belasting op de dividenden te voorkomen. Volgens CPP heeft de wetgever § 8, lid 8, KStG namelijk vastgesteld om de dividenden, door de technische voorzieningen fiscaal in aanmerking te nemen, te neutraliseren en, in de praktijk, vrij te stellen. Benadrukt moet worden dat de „neutralisering" of de „vrijstelling" van de aan het pensioenfonds uitgekeerde dividenden slechts betrekking heeft op de heffing van de vennootschapsbelasting. Dit mechanisme lijkt dus geen invloed te hebben op de reeds voldane kapitaalopbrengstbelasting die volledig wordt verrekend.[29]

57. Het komt mij voor dat de onderhavige zaak zich in dit opzicht onderscheidt van de omstandigheden die hebben geleid tot het door de verwijzende rechter genoemde arrest Commissie/Finland[30]. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat een nationale regeling volgens welke de door ingezeten pensioenfondsen ontvangen dividenden in de praktijk zijn vrijgesteld of vrijwel zijn vrijgesteld van inkomstenbelasting als gevolg van de uitdrukkelijke bepalingen van de nationale wettelijke regeling die voorziet in de aftrekbaarheid van voorzieningen, terwijl de door niet-ingezeten pensioenfondsen ontvangen dividenden uit hoofde van de nationale wettelijke regeling aan een belastingtarief van 19,5 % waren onderworpen, of van 15 % of minder uit hoofde van de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting die de Republiek Finland heeft gesloten, een beperking op artikel 63 VWEU vormt.[31] In de in het hoofdgeding aan de orde zijnde zaak wordt echter zowel over de aan ingezeten pensioenfondsen als over de aan niet-ingezeten pensioenfondsen uitgekeerde dividenden bronbelasting over de kapitaalopbrengst geheven. Het bestaan op zich en de hoogte van deze bronheffing worden niet beïnvloed door de vorming van voorzieningen. De vermindering van het

27 Aangenomen dat X de waarde van de uitgekeerde brutodividenden is, bedraagt de waarde van de door het ingezeten pensioenfonds ontvangen nettodividenden X - (0,25X). De toepassing van een tarief van 15 % vennootschapsbelasting heeft tot resultaat [X - (0,25X)] x 0,15; wat neerkomt op een daadwerkelijk tarief van 11,25 %.

28 Ter terechtzitting heeft de Duitse regering in haar antwoord op een vraag van het Hof bevestigd dat, wat de definitieve belastingdruk betreft, er een verschil in behandeling bestaat tussen de ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen.

29 Ingevolge het bepaalde in § 31 KStG juncto § 36, lid 2, punt 2, EStG.

30 Arrest van 8 november 2012 (C-342/10, EU:C:2012:688).

31 Het komt mij namelijk voor dat in de zaak die aanleiding tot dit arrest heeft gegeven de door ingezeten vennootschappen aan ingezeten pensioenfondsen uitgekeerde dividenden voor 75 % werden belast tegen een tarief van 26 %. Deze dividenden waren in hun geheel in feite dus belastbaar tegen een tarief van 19,5 %. Het Hof heeft geoordeeld dat deze zelfde regeling een beperking in de zin van artikel 63 VWEU vormde.

belastbare resultaat en de in feite nagenoeg volledige vrijstelling van de belasting die verschuldigd is over de aan een ingezeten pensioenfonds uitgekeerde dividenden, hebben immers enkel betrekking op de belasting van het resultaat van het pensioenfonds uit hoofde van de vennootschapsbelasting, maar niet op de kapitaalopbrengstbelasting, die volledig kan worden verrekend.

58. Bijgevolg stel ik het Hof voor te overwegen dat in casu het tweede mechanisme dat aan de vermeende beperking ten grondslag ligt, te weten de volledige verrekening van de kapitaalopbrengstbelasting met de vennootschapsbelasting en de eventuele terugbetaling van het na de verrekening resterende overschot, een beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormt.

59. Zoals ik reeds heb aangegeven, ben ik van mening dat het aan de verwijzende rechter staat om vast te stellen of en in hoeverre de daadwerkelijke belastingdruk lager is dan die welke rust op de aan een niet-ingezeten pensioenfonds uitgekeerde dividenden, waarop overeenkomstig het bilateraal verdrag inzake dubbele belastingheffing een bronheffing van 15 % wordt toegepast.

60. Indien de verwijzende rechter tot de conclusie komt dat de door een ingezeten pensioenfonds ontvangen dividenden praktisch geheel zijn vrijgesteld van de kapitaalopbrengstbelasting door middel van volledige verrekening, dan lijkt te zijn aangetoond dat de aan niet-ingezeten pensioenfonds uitgekeerde dividenden daadwerkelijk zwaarder worden belast. Hieruit volgt dat deze dividenden gunstiger worden behandeld dan die welke worden uitgekeerd aan een niet-ingezeten pensioenfonds. Een dergelijk verschil in fiscale behandeling van pensioenfondsen naargelang hun plaats van vestiging kan niet-ingezeten pensioenfondsen ervan weerhouden om te beleggen in vennootschappen die in Duitsland zijn gevestigd. In een dergelijk geval kunnen niet-ingezeten pensioenfondsen de als bronbelasting geheven belasting namelijk niet terugvorderen, hetgeen een door artikel 63, lid 1, VWEU in beginsel verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormt.

2. Toelaatbaarheid van de beperking

61. Volgens artikel 65, lid 1, onder a), VWEU „[doet] [h]et bepaalde in artikel 63 [...] niets af aan het recht van de lidstaten [...] 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".

62. Deze bepaling vormt een uitzondering op het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van kapitaal en moet dus strikt worden uitgelegd. Bijgevolg kan genoemde bepaling niet aldus worden uitgelegd dat elke belastingwetgeving die een onderscheid tussen belastingplichtigen maakt naargelang van hun vestigingsplaats of van de lidstaat waar 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 lid 3 van dat artikel, dat bepaalt dat de in lid 1 bedoelde nationale bepalingen „geen middel tot willekeurige discriminatie [mogen] vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer en van het betalingsverkeer als omschreven in artikel 63 [VWEU]". [32]

32 Zie in die zin arresten van 17 oktober 2013, Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, punten 42 en 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 17 september 2015, Miljoen e.a. (C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, punt 63), en 22 november 2018, Sofina e.a. (C-575/17, EU:C:2018:943, punt 45).

63. 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.[33] Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat een nationale belastingregeling als aan de orde in het hoofdgeding slechts verenigbaar met de Verdragsbepalingen betreffende het vrije kapitaalverkeer kan worden geacht, indien het verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn, of wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.[34]

a) Vergelijkbaarheid van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situaties

64. Volgens vaste rechtspraak moet de vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een interne situatie worden onderzocht op basis van het door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel alsook het voorwerp en de inhoud van die bepalingen.[35] Bovendien mogen alleen de criteria die in de betrokken wettelijke regeling als relevante onderscheidingscriteria zijn vastgesteld, in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of het uit een dergelijke regeling voortvloeiende verschil in behandeling een weerspiegeling vormt van objectief verschillende situaties.[36]

65. Ik stel echter vast dat het verzoek om een prejudiciële beslissing geen toelichting bevat aangaande het doel van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling. In deze omstandigheden geef ik het Hof in overweging de argumenten van de partijen in de onderhavige prejudiciële procedure te onderzoeken. Gelet op deze argumenten zal deze analyse van de vergelijkbaarheid van de situaties van ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen betrekking hebben op drie punten, te weten het doel van de Duitse wettelijke regeling betreffende de verplichtingen ten aanzien van de aangeslotenen (1), de vermeende toepassing van verschillende heffingstechnieken op de twee categorieën pensioenfondsen (2) en de inaanmerkingneming van de rechtstreeks met de inning van de dividenden verband houdende kosten (3).

1) Verplichtingen ten aanzien van de aangeslotenen

66. CPP benadrukt dat alle pensioenfondsen, ingezeten en niet-ingezeten, verplicht zijn de verzekeringspremies op de kapitaalmarkt te beleggen om dividenden te genereren die voor de pensioenfondsen dienen om aan hun verplichtingen jegens de verzekerden te voldoen. Om die reden stelt Duitsland hen vrij van belasting, mits de uitgekeerde dividenden dienen om aan de verplichtingen jegens de verzekerden te voldoen. Terwijl de op ingezeten pensioenfondsen toepasselijke nationale wettelijke regeling rekening houdt met het feit dat de ontvangen dividenden uiteindelijk aan de verzekerden worden uitgekeerd en om die reden de dividenden bij de pensioenfondsen van belasting vrijstelt, gaat deze regeling volgens CPP voorbij aan het feit dat de pensioenfondsen in derde staten in beginsel dezelfde verplichting hebben.

67. De Commissie is van mening dat de vrijstelling van de Duitse pensioenfondsen voor de kapitaalopbrengstbelasting over de aan hen uitgekeerde dividenden tot doel heeft dat zij voldoende kapitaal kunnen vormen om de toekomstige pensioenuitkeringen te dekken. De uitgekeerde dividenden zouden aldus zijn vrijgesteld van de kapitaalopbrengstbelasting, mits zij ten behoeve van

33 Zie met name arresten van 22 november 2018, Sofina e.a. (C-575/17, EU:C:2018:943, punt 46); 20 september 2018, EV (C-685/16, EU:C:2018:743, punt 87); 21 juni 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, punt 48), en 17 september 2015, Miljoen e.a. (C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, punt 64).

34 Zie met name 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), en 17 september 2015, Miljoen e.a. (C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, punt 64).

35 Zie met name arresten van 20 september 2018, EV (C-685/16, EU:C:2018:743, punt 88); 21 juni 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, punt 50), en 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36 Arresten van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 28), en 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punt 49).

de technische voorzieningen worden aangewend. Een niet-ingezeten pensioenfonds daarentegen moet, zelfs al zou het kunnen aantonen dat het de ontvangen dividenden voor de vorming van voorzieningen gebruikt, in Duitsland definitief de kapitaalopbrengstbelasting afdragen ter hoogte van hetgeen in het betrokken bilaterale verdrag inzake dubbele belastingheffing wordt bepaald.

68. In dit verband lijkt mij, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties, uit het aan het Hof overgelegde dossier voort te vloeien dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde Duitse wettelijke regeling, die tot gevolg heeft dat dividenduitkeringen aan een ingezeten pensioenfonds nagenoeg volledig zijn vrijgesteld, beantwoordt aan de doelstelling om de verzekeringsactiviteit van pensioenfondsen te waarborgen door middel van de vorming van voldoende maatschappelijk kapitaal om de toekomstige pensioenverplichtingen te dekken. Voor de aan een niet-ingezeten pensioenfonds uitgekeerde dividenden wordt de ingehouden kapitaalopbrengstbelasting daarentegen een definitieve belasting – ook al worden deze dividenden voor hetzelfde doel aangewend –, zonder dat een dergelijke nagenoeg volledige vrijstelling wordt verleend.[37] Vanuit dit oogpunt ben ik van mening dat ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen gemeenschappelijke doelstellingen hebben en derhalve moeten worden geacht zich in soortgelijke situaties te bevinden.

69. Voor het geval dat de verwijzende rechter van oordeel zou zijn dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling tot doel heeft te verzekeren dat ingezeten pensioenfondsen en niet-ingezeten pensioenfondsen die investeren in in Duitsland gevestigde vennootschappen een gelijke daadwerkelijke belastingdruk dragen, met name gelet op het feit dat over de aan een ingezeten pensioenfonds uitgekeerde dividenden twee cumulatieve belastingen worden geheven (de kapitaalopbrengstbelasting en de vennootschapsbelasting), terwijl de door een niet-ingezeten pensioenfonds ontvangen dividenden slechts over de kapitaalopbrengst worden belast, is het bovendien vaste rechtspraak dat zodra een lidstaat, hetzij unilateraal hetzij door het sluiten van overeenkomsten, niet alleen ingezeten vennootschappen, maar ook niet-ingezeten vennootschappen voor de inkomsten die zij van een ingezeten vennootschap ontvangen, aan de inkomstenbelasting onderwerpt, de situatie van deze niet-ingezeten vennootschappen vergelijkbaar is met die van ingezeten vennootschappen.[38]

70. Het enkele feit dat die staat zijn fiscale bevoegdheid uitoefent, brengt immers als zodanig, los van enige heffing van belasting in een andere lidstaat, een risico van opeenvolgende belastingheffingen of economische dubbele belasting mee. In een dergelijk geval worden de niet-ingezeten begunstigde vennootschappen alleen dan niet geconfronteerd met een in beginsel door artikel 63 VWEU verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal, wanneer de staat van vestiging van de uitkerende vennootschap erop toeziet dat, wat het in zijn nationale recht vervatte mechanisme ter voorkoming of vermindering van opeenvolgende belastingheffingen of economische dubbele belasting betreft, niet-ingezetenen vennootschappen op dezelfde wijze worden behandeld als ingezetenen vennootschappen.[39]

71. Aangezien Duitsland er in casu voor heeft geopteerd om zijn fiscale bevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot de inkomsten van niet-ingezeten pensioenfondsen, bevinden deze pensioenfondsen zich dus in een situatie die, wat het risico van dubbele economische belasting van de door in Duitsland gevestigde vennootschappen uitgekeerde dividenden betreft, vergelijkbaar is met die van in Duitsland gevestigde pensioenfondsen.[40]

37 Zie naar analogie arrest van 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punt 50).

38 Zie in die zin arresten van 21 juni 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, punt 54); 25 oktober 2012, Commissie/België (C-387/11, EU:C:2012:670, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 14 december 2006, Denkavit Internationaal en Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, punt 35).

39 Zie naar analogie arrest van 21 juni 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 Zie naar analogie arresten van 20 oktober 2011, Commissie/Duitsland (C-284/09, EU:C:2011:670, punt 58), en 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 42).

2) Toepassing van de verschillende heffingstechnieken

72. De Duitse regering betoogt dat ingezeten pensioenfondsen en niet-ingezeten pensioenfondsen zich niet in objectief vergelijkbare situaties bevinden op grond dat op de twee categorieën pensioenfondsen verschillende heffingstechnieken in de zin van het arrest Truck Center worden toegepast.[41]

73. Dienaangaande merk ik op dat uit de punten 41 en 46 van dat arrest blijkt dat een verschil in behandeling, bestaande in de toepassing van verschillende methoden of de wijze van heffing van de belasting naargelang van de vestigingsplaats van de vennootschap die de betrokken inkomsten ontvangt, betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn.

74. In casu geef ik het Hof in overweging de uit het arrest Truck Center voortvloeiende rechtspraak om de volgende redenen niet toe te passen. In de eerste plaats wordt dit arrest dikwijls door de regeringen en lidstaten ingeroepen bij de verdediging van hun nationale wettelijke regelingen die tot gevolg hebben dat ingezeten belastingplichtigen en niet-ingezeten belastingplichtigen op verschillende wijze worden behandeld.[42] Bij mijn weten is dit arrest evenwel slechts eenmaal bevestigd.[43] Recentelijk heeft het Hof de draagwijdte van deze rechtspraak opnieuw beperkt, met de precisering dat deze rechtspraak slechts betrekking had op de wijze van belastinginvordering, die verschilde naargelang van de vestigingsplaats van de ontvanger van de dividenden van nationale oorsprong.[44]

75. In de tweede plaats merk ik op dat deze rechtspraak door de rechtsleer zwaar word bekritiseerd[45] en bij de toepassing ervan alleen maar problemen kan opleveren[46].

76. In dit verband komt het mij voor dat het criterium inzake de toepassing van verschillende heffingstechnieken teneinde vast te stellen of de situaties tussen een ingezeten belastingplichtige en een niet-ingezeten belastingplichtige vergelijkbaar zijn, op een tautologische redenering berust. Ingezetenen en niet-ingezetenen zijn in de regel immers aan verschillende heffingstechnieken onderworpen. Dit arrest bevestigt slechts dat de situaties verschillend zijn omdat de ingezeten belastingplichtigen en niet-ingezeten belastingplichtigen verschillend zijn.[47] Zo zijn in het hoofdgeding de ingezeten pensioenfondsen „onbeperkt belastingplichtig”[48], terwijl voor de inkomsten van buitenlandse pensioenfondsen slechts een „beperkte” belastingplicht geldt die zich enkel uitstrekt tot inkomsten van Duitse oorsprong[49]. Naar mijn mening vormen de verschillende heffingstechnieken slechts een afspiegeling van dit verschil. Dit betekent echter niet dat de betrokken nationale wettelijke regeling automatisch buiten de werkingssfeer van het vrije verkeer van kapitaal valt.

41 Arrest van 22 december 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762).

42 Zie met name arresten van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punt 163); 22 november 2018, Sofina e.a. (C-575/17, EU:C:2018:943, punt 48); 17 september 2015, Miljoen e.a. (C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608); 19 juni 2014, Strojírny Prostějov en ACO Industries Tábor (C-53/13 en C-80/13, EU:C:2014:2011); 12 juli 2012, Commissie/Spanje (C-269/09, EU:C:2012:439); 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286); 1 juli 2010, Dijkman en Dijkman-Lavaleije (C-233/09, EU:C:2010:397), en 3 juni 2010, Commissie/Spanje (C-487/08, EU:C:2010:310).

43 Arrest van 18 oktober 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, punt 26).

44 Arrest van 22 november 2018, Sofina e.a. (C-575/17, EU:C:2018:943, punt 52).

45 Zie Beretta, G., „The Brisal and KBC Finance Decision: Once Again the CJEU Assesses the Compatibility with EU Law of Gross Withholding Taxation of Non-residents”, *EC Tax Review*, 2007, blz. 193-200; Lang, M., „Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions”, *EC Tax Review*, 2009, blz. 100 en 101; *CFE ECJ Task Force*, „Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in Belgium SPF Finance v. Truck Center SA”, nr. 158, en De Broe, L., Bammens, N., „Truck Center Belgian Withholding Tax on Interest Payments to Non-resident Companies Does Not Violate EC Law: A Critical Look at the ECJ's Judgment in Truck Center”, *EC Tax Review*, 2009, blz. 131-137.

46 De zaak die heeft geleid tot het arrest van 13 juli 2016, Brisal en KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549), is daarvan een goed voorbeeld. In die zaak heeft de Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra (belasting- en bestuursrechter Sintra, Portugal) het arrest van 22 december 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), toegepast, terwijl de Supremo Tribunal Administrativo (hoogste bestuursrechter, Portugal) in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing heeft gemeend dat niet naar dat arrest hoefde te worden verwezen.

47 *CFE Task Force*, „Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in Belgium SPF Finance v Center SA”, nr. 158, punt 18.

48 Overeenkomstig § 1, lid 1, punt 1, KStG.

49 Overeenkomstig § 8, lid 1, KStG, juncto § 49, lid 1, punt 5a, EStG en § 20, lid 1, punt 1, EStG.

77. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging de rechtspraak Truck Center [50] in de onderhavige zaak niet toe te passen. Het Hof zou immers kunnen menen dat de betrokken nationale wettelijke regeling zich beperkt tot de wijze van belastingheffing, maar aan ingezeten pensioenfondsen een wezenlijk belastingvoordeel toekent dat aan niet-ingezeten pensioenfondsen niet wordt verleend. [51] Deze oplossing lijkt ook naar voren te komen uit het recente arrest N Luxembourg 1 e.a. waarin het Hof heeft overwogen dat het feit dat op een beduidend later tijdstip kan worden betaald dan dat waarop de bronbelasting wordt geheven wanneer een ingezeten vennootschap interest uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap een voordeel vormde, zodat het arrest Truck Center niet van toepassing was. [52]

3) Inaanmerkingneming van de rechtstreeks met de inning van de dividenden verband houdende kosten

78. Zowel de belastingdienst München als de Duitse regering betogen in hun schriftelijke opmerkingen dat er geen rechtstreeks verband bestaat tussen de ontvangst van inkomsten uit dividenden en de vorming van wiskundige voorzieningen en andere technische voorzieningen, zodat de betrokken situaties niet vergelijkbaar zijn.

79. Volgens vaste rechtspraak bevinden ingezeten belastingplichtigen en niet-ingezeten belastingplichtigen zich in een vergelijkbare situatie voor zover het de kosten betreft die rechtstreeks verband houden met de activiteit waaruit de belastbare winst voortkomt. [53] In die zin heeft het Hof geoordeeld dat indien de belastingvorm die wordt toegepast op ingezetenen de aftrek van rechtstreeks met de inning van dividenden verband houdende kosten toestaat, „dergelijke kosten ook in aanmerking [moeten] worden genomen voor niet-ingezeten [pensioenfondsen]”. [54]

80. Ik ben evenwel van mening dat deze rechtspraak om twee redenen niet relevant is voor de onderhavige zaak. Ten eerste heeft genoemde rechtspraak betrekking op kosten die rechtstreeks verband houden met de verwerving van inkomsten. [55] In casu lijkt het mij evident dat de door het pensioenfonds gevormde voorzieningen niet kunnen worden gekwalificeerd als „kosten die rechtstreeks verband houden met de verwerving van inkomsten”. Ten tweede is de rechtspraak over het in aanmerking nemen van rechtstreeks met de inning van de dividenden verband houdende kosten enkel van toepassing op gevallen waarin de toekenning van het belastingvoordeel, te weten de vrijstelling of de aftrek van bronbelasting, gekoppeld is aan de vaststelling van de belastinggrondslag en, met name, in de vorm van uitgaven op een fiscale balans, hetgeen in casu niet het geval is. Het komt mij namelijk voor dat de beperking van het vrije verkeer van kapitaal in de onderhavige zaak niet voortkomt uit de aftrek van voorzieningen in het kader van de vaststelling van die grondslag, maar uit de volledige verrekening die na die vaststelling plaatsvindt. Derhalve geef ik het Hof in overweging te oordelen dat deze rechtspraak irrelevant is in een belastingregeling die in deze volledige verrekening voorziet.

50 Arrest van 22 december 2008 (C-282/07, EU:C:2008:762).

51 Zie naar analogie arrest van 17 september 2015, Miljoen e.a. (C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, punt 53).

52 Zie in dit verband arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punten 164 en 165).

53 Arresten van 12 juni 2003, Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340); 3 oktober 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630), en 15 februari 2007, Centro Equestre da Lezíria Grande (C-345/04, EU:C:2007:96).

54 Arrest van 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punt 65).

55 In punt 20 van het arrest van 22 november 2012, Commissie/Duitsland (C-600/10, niet gepubliceerd, EU:C:2012:737), betreffende de Duitse wetgeving inzake de aftrek van de met de inning van de in Duitsland ontvangen dividenden en rente verband houdende bedrijfskosten heeft het Hof juist opgemerkt dat „de Commissie geen gegevens heeft verstrekt die kunnen aantonen dat [bankkosten en soortgelijke transactiekosten], indien deze in voorkomend geval rechtstreeks verband kunnen houden met een bij een waardepapiertransactie betaald bedrag, eveneens en noodzakelijkerwijs rechtstreeks verband houden met de verwerving op zich van inkomsten in de vorm van dividenden of interesten”.

81. Indien het Hof niettemin beslist te onderzoeken of er een verband bestaat tussen de vorming van de voorzieningen en de verwerving van inkomsten uit dividenden, ben ik van mening dat een dergelijk verband enkel kan worden gelegd voor het gedeelte van de voorzieningen dat het rechtstreekse gevolg is van de ontvangst van de dividenden. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof is er namelijk sprake van een rechtstreeks verband met de activiteit waardoor belastbare inkomsten zijn verworven wanneer wegens deze activiteit kosten worden gemaakt, die dus noodzakelijk zijn voor de uitoefening ervan. [56] In het onderhavige geval is de activiteit waardoor de inkomsten zijn verworven de ontvangst van dividenden en zijn de wegens deze activiteit gemaakte kosten de kosten die verband houden met de ontvangst van deze dividenden. De voorzieningen vormen een uitgave die verband houdt met de verzekeringsactiviteit.

82. In dit verband moet, zoals de Duitse regering in wezen heeft gesteld, de vorming van de voorzieningen plaatsvinden los van de vraag of de opbrengsten inkomsten uit dividenden zijn of bijdragen van de aangeslotenen. Het bestaan zelf van de voorzieningen houdt immers verband met de verzekeringsactiviteit en met de voorzieningen moet aan de toekomstige uitkeringsverplichtingen van het pensioenfonds kunnen worden voldaan. De voorzieningen vloeien voort uit de aangegane pensioenbetalingsverplichtingen en niet uit de omvang van de gegenereerde inkomsten. Integendeel, wanneer het pensioenfonds geen winst op beleggingen maakt, neemt dit niet weg dat het naar nationaal recht verplicht is om voorzieningen te vormen teneinde zijn verplichtingen te kunnen nakomen. Naar analogie erkent de Uniewetgever, wat de regeling van voorzieningen van instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen en levensverzekeringen betreft, het belang van voorzieningen, maar laat hij niettemin een ruime beoordelingsmarge aan de lidstaten met betrekking tot de methoden voor de vorming ervan. [57] Bijgevolg ben ik van mening dat de voorzieningen van de pensioenfondsen in beginsel geen rechtstreeks verband houden met de ontvangen dividenden.

83. Overigens ben ik bijzonder gevoelig voor het argument van de belastingdienst München dat is ontleend aan de nationale rechtspraak betreffende een zorgverzekeraar. Volgens deze rechtspraak bestaat er, wat de uitgaven betreft die voortvloeien uit de toevoeging van wiskundige voorzieningen en andere voorzieningen, geen causaal verband tussen deze uitgaven en de opbrengsten uit beleggingen, die met voorrang zouden worden verbonden aan de verzekeringsactiviteit op het nationale grondgebied. De verplichting om wiskundige voorzieningen en andere technische voorzieningen te vormen, vloeit voort uit de hoedanigheid van verzekeringsmaatschappij. Hoewel dit arrest betrekking heeft op zorgverzekeraars zie ik geen enkele reden waarom de situatie van pensioenfondsen anders zou zijn. Ik meen dan ook dat deze benadering naar analogie op de onderhavige zaak zou kunnen worden toegepast. [58]

84. Het lijkt mij bijgevolg moeilijk vol te houden dat het in aanmerking nemen van de voorzieningen van pensioenfondsen als zodanig een beperking van het vrije verkeer van kapitaal kan vormen.

56 Zie met name arrest van 6 december 2018, Montag (C-480/17, EU:C:2018:987, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

57 Zo luidt, ten eerste, overweging 26 van richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (PB 2003, L 235, blz. 10) dat een „[e]en prudente berekening van de technische voorzieningen [...] van wezenlijk belang [is] om ervoor te zorgen dat aan de uitkeringsverplichtingen kan worden voldaan" en dat „[d]e maximale rentevoeten [...] prudent [moeten] worden gekozen overeenkomstig relevante nationale voorschriften". Volgens overweging 27 van deze richtlijn dienen de lidstaten de mogelijkheid te hebben de berekening van de technische voorzieningen te onderwerpen aan aanvullende en uitvoerigere regels dan die welke in genoemde richtlijn zijn vastgesteld. Ten tweede is het, op het gebied van de levensverzekering, volgens de overwegingen 35 en 36 van richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf (PB 2002, L 345, blz. 1), „voor de bescherming van de verzekerden noodzakelijk dat iedere verzekeringsonderneming toereikende technische voorzieningen vormt" en lijkt het, wat de beperking van de rentevoet voor de berekening van de technische voorzieningen betreft „passend de lidstaten vrij te laten in de keuze van de te gebruiken methode". Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (solvabiliteit II) (PB 2009, L 335, blz. 1), die richtlijn 2002/83 vervangt, voorziet in soortgelijke beginselen.

58 Arrest van 6 april 2016 (nr. I R 61/14) van het Bundesfinanzhof (hoogste federale rechter in belastingzaken, Duitsland).

85. CPP betoogt dat de dividenden worden gebruikt voor voorzieningen, zodat zij leiden tot een verhoging van deze voorzieningen, die op hun beurt het belastbaar inkomen verminderen. In dit verband blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing, zoals in de punten 18 en 19 van deze conclusie is uiteengezet, dat de boekhoudkundige en niet-boekhoudkundige beleggingen, behoudens het restant van 10 %, de voorzieningen verhogen. Het is mijns inziens dus mogelijk dat een deel van deze voorzieningen louter het gevolg is van de uitbetaling van de dividenden. Naar mijn mening kan het Hof echter onmogelijk bepalen wat dit deel in het nationale stelsel is. Dat is dus de taak van de verwijzende rechter, die met name moet vaststellen welk deel van deze voorzieningen „rechtstreeks verband houden" met de inning van dividenden. Bij deze vaststelling zou hoe dan ook geen rekening moeten worden gehouden met de voorzieningen die geen enkel verband houden met de inning van dividenden.

86. Concluderend kan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling mijns inziens niet worden gehandhaafd, omdat zij van toepassing is op objectief verschillende situaties. Bijgevolg moet worden onderzocht of deze regeling kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.

b) Dwingende reden van algemeen belang

87. Volgens de verwijzende rechter wordt het uit de Duitse wettelijke regeling voortvloeiende verschil in behandeling noch gerechtvaardigd door het territorialiteitsbeginsel, noch door de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te garanderen, noch door het streven een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen, noch door de doeltreffendheid van de fiscale controles.

88. Volgens vaste rechtspraak kunnen deze rechtvaardigingen ongetwijfeld worden toegelaten als door het Hof erkende legitieme doelstellingen.[59] Ik ben evenwel van mening dat een verschillende behandeling tussen ingezeten pensioenfondsen en niet-ingezeten pensioenfondsen in het onderhavige geval door geen van deze doelstellingen kan worden gerechtvaardigd. Aangezien de betrokken partijen dit onderwerp niet hebben aangesneden, behoeft dit in het kader van deze conclusie niet nader te worden besproken.

89. In het licht van het voorgaande ben ik van mening dat de uit de Duitse wetgeving voortvloeiende beperking van het vrije verkeer van kapitaal, die enkel niet-ingezetenen van de aftrek van rechtstreeks met de inning van de dividenden verband houdende kosten uitsluit, niet kan worden gerechtvaardigd door het feit dat de betrokken situaties niet vergelijkbaar zijn, en evenmin door een dwingende reden van algemeen belang.

B. Tweede prejudiciële vraag

90. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de beperking die voortvloeit uit de definitieve toepassing van de bronbelasting op de door de niet-ingezeten pensioenfondsen ontvangen dividenden, terwijl de Duitse pensioenfondsen in de praktijk vrijwel zijn vrijgesteld, volgens artikel 64, lid 1, VWEU toelaatbaar kan zijn.

59 Zie met name arrest van 12 juli 2012, Commissie/Spanje (C-269/09, EU:C:2012:439, punten 63-90 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

91. Volgens artikel 64, lid 1, VWEU kan een lidstaat in de betrekkingen met derde landen beperkingen van het kapitaalverkeer toepassen die binnen de materiële werkingssfeer van deze bepaling vallen, ook al zijn zij in strijd met het in artikel 63, lid 1, VWEU neergelegde beginsel van het vrije verkeer van kapitaal, mits die beperkingen reeds bestonden op 31 december 1993.[60]

92. Zo bepaalt artikel 64, lid 1, VWEU dat „het bepaalde in artikel 63 [...] [VWEU] geen afbreuk [doet] 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". Onderzocht moet worden of de betrokken Duitse wettelijke regeling voldoet aan de twee cumulatieve criteria van deze bepaling, te weten het temporele en het materiële criterium.

93. Wat om te beginnen de temporele werkingssfeer van artikel 64, lid 1, VWEU betreft, blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing dat de Duitse bepaling betreffende het bevrijdende karakter van de bronbelasting voor buitenlandse pensioenfondsen, die de mogelijkheid biedt om de kapitaalopbrengstbelasting volledig te verrekenen met de vennootschapsbelasting, namelijk § 32, lid 1, punt 2, KStG, zowel uit het oogpunt van de bewoordingen als uit het oogpunt van de gevolgen ervan, gelijk is aan de versie die op 31 december 1993 van kracht was.

94. Dienaangaande ben ik van mening dat, om uit te maken of de betrokken beperking sinds die datum bestaat, het wezen van de belastingregeling die aan de beperking ten grondslag ligt, sinds genoemde datum moet hebben voortgeduurd. Zo bezien lijkt in het hoofdgeding aan het temporele criterium te zijn voldaan.

95. Ten eerste benadrukt de verwijzende rechter immers dat „de procedure voor de verrekening met de vennootschapsbelasting op 31 december 1993 van toepassing was op onbeperkt belastingplichtigen". Ten tweede impliceert het feit dat het belastingtarief sinds die datum heeft gefluctueerd niet dat het wezen van de belastingregeling is gewijzigd. Ten derde ben ik van mening dat het feit dat de Duitse wetgever het bestaan van de Duitse pensioenfondsen pas in 2002 heeft erkend door voor die fondsen specifieke regels vast te stellen, van weinig belang is. Het feit dat de personele werkingssfeer van genoemde regeling wordt gewijzigd, te weten de toename of afname van het aantal onder deze regeling vallende belastingplichtigen, is immers niet van belang om te bepalen of het wezen zelf van deze regeling is gewijzigd. In het hoofdgeding heeft het wezen van de betrokken belastingregeling die aan de beperking ten grondslag ligt, zoals deze blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing, zich mijns inziens derhalve niet gewijzigd sinds 31 december 1993.

96. Wat vervolgens de materiële werkingssfeer van artikel 64, lid 1, VWEU betreft, heeft het Hof onlangs in arrest X (Tussenvennootschappen die in een derde land zijn gevestigd)[61] in herinnering gebracht dat uit de bewoordingen zelf van dit artikel volgt dat beperkingen van het kapitaalverkeer naar of vanuit derde landen in verband met directe investeringen weliswaar binnen de materiële werkingssfeer van deze clausule vallen, maar dat portefeuillebeleggingen niet onder het daarin bedoelde kapitaalverkeer vallen. Aangezien het hoofdgeding portefeuillebeleggingen[62] betreft, kunnen deze laatste niet onder het begrip „directe investering" in de zin van deze bepaling vallen.

97. Voorts rijst nog de vraag of de situatie in het hoofdgeding onder „kapitaalverkeer in verband met het verrichten van financiële diensten" in de zin van artikel 64, lid 1, VWEU kan vallen.

60 Zie in die zin arresten van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 187); 24 mei 2007, Holböck (C-157/05, EU:C:2007:297, punt 39); 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punt 86), en 26 februari 2019, X (Tussenvennootschappen die in een derde land zijn gevestigd) (C-135/17, EU:C:2019:136, punt 27).

61 Arrest van 26 februari 2019 (C-135/17, EU:C:2019:136, punt 28).

62 Zie punt 40 van deze conclusie.

98. In dit verband moet worden vastgesteld 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.[63] De werkingssfeer van dat artikel is immers omschreven onder verwijzing naar de categorieën kapitaalverkeer die aan beperkingen kunnen worden onderworpen.[64]

99. Bovendien ben ik van mening dat de uitdrukking „kapitaalverkeer in verband met het verrichten van financiële diensten" in de zin van artikel 64, lid 1, VWEU, strikt moet worden uitgelegd, in die zin dat zij ziet op een beperkende maatregel die betrekking heeft op het kapitaalverkeer dat tot het verrichten van diensten leidt, maar niet op de diensten die als zodanig worden verricht. Zoals advocaat-generaal Mengozzi immers heeft benadrukt in zijn conclusie in de zaak Emerging Market Series of DFA Investment Trust Company ziet deze bepaling volgens de bewoordingen ervan op kapitaalverkeer in verband met het verrichten van financiële diensten, dat wil zeggen: voor zover dat verkeer die meebrengt.[65]

100. In casu is de betrokken categorie kapitaalverkeer de uitkering van dividenden aan een pensioenfonds. Ik ben van mening dat wanneer een pensioenfonds dividenden ontvangt, het oorzakelijke verband tussen het kapitaalverkeer en het verrichten van financiële diensten ontbreekt, aangezien het gaat om de directe verwerving van deelnemingen door een investeerder die zijn activa wil diversifiëren en de risico's beter wil spreiden. Zoals de Commissie heeft benadrukt, dienen de deelnemingen van een pensioenfonds en de dividenden die het daaruit ontvangt, bij voorrang voor de instandhouding van de activa door een grotere diversifiëring en een betere spreiding van de risico's en van de voorzieningen die het opbouwt, teneinde de naleving van zijn pensioenverplichtingen jegens zijn aangeslotenen te waarborgen.

101. Tot slot is de betrokken beperking gelegen in de toepassing van het mechanisme van volledige verrekening, dat betrekking heeft op de belasting van de door ingezeten pensioenfondsen ontvangen dividenden, waarvan niet-ingezeten pensioenfondsen geen gebruik kunnen maken. Genoemde beperking heeft geen betrekking op het kapitaalverkeer in verband met financiële diensten die door het pensioenfonds ten behoeve van zijn aangeslotenen worden verricht.

102. Bijgevolg ben ik van mening dat de standstillclausule van artikel 64, lid 1, VWEU niet van toepassing is op de beperking uit hoofde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde Duitse wettelijke regeling.

V. Conclusie

103. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Finanzgericht München te beantwoorden als volgt:

„1) De artikelen 63 en 65 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat waarbij bronbelasting wordt geheven over dividenden die worden uitgekeerd door een ingezeten vennootschap aan ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen, door te voorzien in een mechanisme van volledige verrekening met de vennootschapsbelasting dat is voorbehouden aan ingezeten pensioenfondsen, en derhalve tot

63 Zie in die zin arrest van 21 mei 2015, Wagner-Raith (C-560/13, EU:C:2015:347, punten 39 en 43-45), waarin het Hof heeft geoordeeld dat de nationale maatregel betrekking moet hebben op kapitaalverkeer dat een voldoende nauwe band met het verrichten van financiële diensten heeft en dat slechts sprake is van een voldoende nauwe band indien er een oorzakelijk verband bestaat tussen het kapitaalverkeer en het verrichten van financiële diensten.

64 Arrest van 15 februari 2017, X (C-317/15, EU:C:2017:119, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

65 Zie in het algemeen conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2013:710, punten 73-80).

gevolg heeft dat deze dividenden nagenoeg volledig worden vrijgesteld van alle belastingdruk, terwijl deze belasting voor niet-ingezeten pensioenfondsen een definitieve belasting is, aangezien de daadwerkelijke belastingdruk die met betrekking tot deze dividenden in die staat door niet-ingezeten pensioenfondsen wordt gedragen zwaarder is dan die welke op ingezeten pensioenfondsen rust, hetgeen de verwijzende rechter in het hoofdgeding dient na te gaan.

2) Artikel 64, lid 1, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat een nationale wettelijke regeling zoals die in het hoofdgeding, die sinds 31 december 1993 niet wezenlijk is gewijzigd en die voorziet in de volledige verrekening van de kapitaalopbrengstbelasting met de vennootschapsbelasting, niet onder het verrichten van financiële diensten in de zin van deze bepaling valt."