



Datum van inontvangstneming : 14/05/2025

Zaak C-139/25

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

17 februari 2025

Verwijzende rechter:

Tribunal Supremo (Spanje)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

11 februari 2025

Verzoekende partij:

Administración General del Estado

Verwerende partij:

Ishares Europe ETF

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Vrij verkeer van kapitaal – Belasting over inkomsten van niet-ingezetenen – Vennootschapsbelasting – Belastingheffing over inkomsten uit dividenden op aandelen op het grondgebied van een lidstaat – Verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen fondsen – Belastingteruggaven – Vergelijkbaarheid van situaties – Inaanmerkingneming van de belastingregeling met betrekking tot beleggers – Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting – Fiscale neutraliteit – Bewijslast

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Prejudiciële verwijzing – Artikelen 63 en 65 VWEU – Vrij verkeer van kapitaal – Fiscale bepalingen – Dividendbelasting – Bronbelasting – Teruggaaf van bronbelasting aan niet-ingezetenen gerechtigden tot dividenden – Verschil in behandeling – Fiscale neutraliteit – Bewijslast

Prejudiciële vraag

Kan overeenkomstig artikel 63 VWEU worden aangenomen dat de mogelijke beperking van het vrije verkeer van kapitaal door de IRNR is geneutraliseerd wanneer een niet-ingezeten entiteit die gelijkwaardig is aan ingezeten geharmoniseerde beleggingsfondsen overeenkomstig het toepasselijke verdrag ter voorkoming van dubbele belasting en de nationale wetgeving van haar land van vestiging waarnaar zij verwijst ervoor kan kiezen om inkomstenbelasting te betalen, ook al heeft zij dat uiteindelijk niet gedaan, omdat zij heeft besloten om haar belastingkrediet door te geven aan de deelnemers van het fonds, gelet op de omstandigheid dat indien zij ervoor had gekozen om belasting te betalen volgens de wetgeving van haar land van vestiging, zij in beginsel het te veel betaalde belastingbedrag uit hoofde van de IRNR volledig had kunnen verrekenen, ook al is die keuze bindend voor alle inkomsten die zij zou hebben verkregen?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Artikel 63

1. In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.
2. In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het betalingsverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.

Artikel 65

1. Het bepaalde in artikel 63 doet niets af aan het recht van de lidstaten:
 - a) 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;
 - b) alle nodige maatregelen te nemen om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen, of te voorzien in procedures voor de kennisgeving van kapitaalbewegingen ter informatie van de overheid of voor statistische doeleinden, dan wel maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn.

2. De bepalingen van dit hoofdstuk doen geen afbreuk aan de toepasbaarheid van beperkingen inzake het recht van vestiging welke verenigbaar zijn met de Verdragen.

3. De in de leden 1 en 2 bedoelde maatregelen en procedures mogen geen middel tot willekeurige discriminatie vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer als omschreven in artikel 63.

4. Bij ontstentenis van maatregelen als bedoeld in artikel 64, lid 3, kan de Commissie, of, bij ontstentenis van een besluit van de Commissie binnen drie maanden na de indiening van het verzoek door de betrokken lidstaat, kan de Raad een besluit vaststellen waarin wordt bepaald dat door een lidstaat jegens een of meer derde landen genomen beperkende belastingmaatregelen verenigbaar worden geacht met de Verdragen, voor zover deze stroken met de doelstellingen van de Unie en verenigbaar zijn met de goede werking van de interne markt. De Raad besluit met eenparigheid van stemmen, op verzoek van een lidstaat.

Aangevoerde rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie:

- Arrest Amurta van 8 november 2007, C-379/05.
- Arrest Commissie/Italië van 19 november 2009, C-540/07.
- Arrest Commissie/Spanje van 3 juni 2010, C-487/08.
- Arrest Commissie/Duitsland van 20 oktober 2011, C-284/09.
- Arrest Santander Asset Management, SGIIC e.a. van 10 mei 2012, C-338/11.
- Arrest Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company van 10 april 2014, C-190/12.
- Arrest Miljoen e.a. van 10 september 2015, C-10/14, C-14/14 en C-17/14.
- Arrest Köln-Aktiefonds Deka van 30 januari 2020, C-156/17.
- Arrest AllianzGI-Fonds AEVN van 17 maart 2022, C-545/19.
- Arrest ACC Silicones van 16 juni 2022, C-572/20.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 13, lid 1, onder f) en artikel 25, lid 1, van de Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 marzo (gecodeerde tekst van de wet betreffende de belasting over inkomsten van niet-ingezetenen, zoals goedgekeurd bij koninklijk wetgevend besluit 5/2004 van 5 maart 2004)

Artikel 13, lid 1, onder f):

1. De volgende inkomsten worden beschouwd als op het Spaanse grondgebied verkregen inkomsten:

[...]

f) de volgende inkomsten uit roerend kapitaal:

1.º dividenden en andere inkomsten uit deelnemingen in het kapitaal van in Spanje ingezeten entiteiten, onverminderd de bepalingen van artikel 118 van de texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (gecodeerde tekst van de wet betreffende de vennootschapsbelasting, zoals goedgekeurd bij koninklijk wetgevend besluit 4/2004 van 5 maart 2004).

Artikel 25:

1. Het belastingbedrag wordt bepaald door op de op basis van het voorgaande artikel vastgestelde belastinggrondslag de volgende belastingtarieven toe te passen:

[...]

f) 19 percent in het geval van:

1.º dividenden en andere inkomsten uit deelnemingen in het kapitaal van een entiteit.

Artikel 28, lid 5, van de Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo:

[...]

5. Tegen een tarief van 1 percent worden belast:

a) beleggingsmaatschappijen met veranderlijk kapitaal die onder Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (wet 35/2003 van 4 november 2003 betreffende instellingen voor collectieve belegging) vallen, op voorwaarde dat is voldaan aan het minimaal vereiste aantal aandeelhouders als bedoeld in artikel 9, lid 4, van die wet;

b) beleggingsfondsen van financiële aard als bedoeld in voornoemde wet, op voorwaarde dat is voldaan aan het minimaal vereiste aantal deelnemers als bedoeld in artikel 5, lid 4, van die wet;

c) vastgoedbeleggingsmaatschappijen en vastgoedfondsen als bedoeld in voornoemde wet, met uitsluiting van de onder d) genoemde maatschappijen en fondsen, op voorwaarde dat is voldaan aan het minimaal vereiste aantal

aandeelhouders of deelnemers als bedoeld in artikel 5, lid 4 en artikel 9, lid 4, van die wet en dat deze maatschappijen en fondsen, als niet-financiële instellingen voor collectieve belegging, uitsluitend tot doel hebben te beleggen in elke soort stedelijk vastgoed met het oog op de verhuur ervan.

De toepassing van de in dit lid vastgestelde belastingtarieven vereist dat het vastgoed dat deel uitmaakt van het vermogen van de in de vorige alinea bedoelde instellingen voor collectieve belegging niet wordt vervreemd, voordat er ten minste drie jaar zijn verstreken sinds de verwerving ervan, tenzij, bij wijze van uitzondering, de Comisión Nacional del Mercado de Valores (nationale commissie voor de effectenmarkt, Spanje) uitdrukkelijk toestemming daartoe verleent.

De overdracht van dergelijk vastgoed vóór het verstrijken van de in dit punt c) bedoelde minimumperiode heeft tot gevolg dat de uit deze overdracht verkregen inkomsten worden belast tegen het algemene belastingtarief. Bovendien is de entiteit verplicht om, samen met het belastingbedrag voor het belastingtijdvak dat overeenkomt met de periode waarin het vastgoed is overgedragen, de bedragen over te maken die voortvloeien uit de toepassing van het verschil tussen het algemene belastingtarief dat van kracht was in elk tijdvak en het tarief van 1 percent op de inkomsten met betrekking tot het vastgoed in elk van de voorgaande belastingtijdvakken waarin de regeling van dit punt c) van toepassing zou zijn geweest, te vermeerderen met eventuele toepasselijke verpagingsrente, toeslagen en geldboeten.

De bepalingen van dit punt c) zijn slechts van toepassing indien de statuten van de entiteit voorzien in de niet-uitkering van dividenden.

De artikelen 10 en 24 van de Overeenkomst tussen het Koninkrijk Spanje en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en tot het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen, gesloten te Madrid op 22 februari 1990.

Artikel 10. Dividenden.

1. Dividenden betaald door een lichaam dat inwoner is van een verdragsluitende Staat aan een inwoner van de andere verdragsluitende Staat, mogen in die andere Staat worden belast.

2. Deze dividenden mogen echter ook in de verdragsluitende staat waarvan het lichaam dat de dividenden betaalt inwoner is, overeenkomstig de wetgeving van die Staat worden belast, maar indien de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden inwoner is van de andere verdragsluitende Staat, mag de aldus geheven belasting niet hoger zijn dan:

a) 10 percent van het brutobedrag van de dividenden, indien de uiteindelijk gerechtigde een lichaam is dat ten minste 25 percent bezit van de stemgerechtigde aandelen van het lichaam dat de dividenden betaalt;

- b) 15 percent van het brutobedrag van de dividenden in alle overige gevallen.

Dit lid laat onverlet de belastingheffing van het lichaam ter zake van de winsten waaruit de dividenden worden betaald.

3. De uitdrukking „dividenden”, zoals gebezigd in dit artikel, betekent inkomsten uit aandelen of andere rechten die aanspraak geven op een aandeel in de winst, met uitzondering van schuldvorderingen, alsmede inkomsten uit andere vennootschappelijke rechten die volgens de wetgeving van de Staat waarvan het lichaam dat de uitdeling doet inwoner is, onderworpen zijn aan dezelfde belastingregeling als inkomsten uit aandelen. De uitdrukking „dividenden” omvat mede inkomsten uit andere regelingen, met inbegrip van schuldbewijzen die een recht geven op een aandeel in de winst, voor zover zij als zodanig worden beschouwd volgens de wetgeving van de verdragsluitende Staat waaruit de inkomsten afkomstig zijn.

4. De bepalingen van het eerste en tweede lid zijn niet van toepassing, indien de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden, die inwoner is van een verdragsluitende Staat, in de andere verdragsluitende Staat waarvan het lichaam dat de dividenden betaalt inwoner is, een nijverheids-of handelswerkzaamheid uitoefent of heeft uitgeoefend met behulp van een in die andere Staat gevestigde vaste inrichting, of in die andere Staat zelfstandige arbeid verricht of heeft verricht met behulp van een aldaar gevestigd vast middelpunt, en de dividenden aan die vaste inrichting of dat vaste middelpunt kunnen worden toegerekend. In dat geval zijn, naargelang het geval, de bepalingen van artikel 7 (winst uit onderneming) of artikel 15 (zelfstandige arbeid) van toepassing.

5. Een verdragsluitende Staat mag geen belasting heffen op de dividenden betaald door een lichaam dat geen inwoner is van die Staat, behalve voor zover de dividenden worden betaald aan een inwoner van die Staat of kunnen worden toegerekend aan een in die Staat gevestigde vaste inrichting of gevestigd vast middelpunt.

Artikel 24. Vermindering ter voorkoming van dubbele belasting.

1. In Spanje wordt dubbele belasting in overeenstemming met de toepasselijke bepalingen van de Spaanse wetgeving als volgt vermeden:

a) Indien een inwoner van Spanje inkomen verkrijgt dat overeenkomstig de bepalingen van deze Overeenkomst op grond van andere criteria dan het staatsburgerschap in de Verenigde Staten mag worden belast, verleent Spanje een vermindering op de belasting naar het inkomen van die persoon tot een bedrag dat gelijk is aan de in de Verenigde Staten daadwerkelijk betaalde belasting.

Deze vermindering overschrijdt evenwel niet dat deel van de belasting naar het inkomen, zoals deze is berekend vóór het verlenen van de vermindering, dat aan het uit de Verenigde Staten verkregen inkomen kan worden toegerekend.

b) In geval van dividenden betaald door een lichaam dat inwoner is van de Verenigde Staten aan een lichaam dat inwoner is van Spanje en dat onmiddellijk ten minste 25 percent bezit van het kapitaal van het lichaam dat de dividenden betaalt, wordt bij de vaststelling van het belastingkrediet, naast het bedrag dat op grond van punt a) van dit lid verrekenbaar is, rekening gehouden met het deel van de belasting die door het eerstgenoemde lichaam daadwerkelijk is betaald ter zake van de winsten waaruit de dividenden worden betaald, dat op deze dividenden betrekking heeft, op voorwaarde dat dit belastingbedrag te dien einde wordt begrepen in de heffingsgrondslag van het ontvangende lichaam.

Deze vermindering, tezamen met de vermindering die op grond van punt a) van dit lid van toepassing is op dividenden, overschrijdt niet het deel van de inkomstenbelasting, zoals deze berekend is vóór het verlenen van de vermindering, dat kan worden toegerekend aan het inkomen dat in de Verenigde Staten aan belasting is onderworpen.

Voor de toepassing van dit punt is het vereist dat de deelneming in het lichaam dat de dividenden betaalt ten minste 25 percent bedraagt en ononderbroken wordt aangehouden tijdens het belastingtijdvak waarin de dividenden worden betaald alsmede tijdens het belastingtijdvak dat daar onmiddellijk aan voorafgaat.

c) Indien een inwoner van Spanje inkomen verkrijgt dat ingevolge enige bepaling van de Overeenkomst is vrijgesteld van Spaanse belasting, mag Spanje evenwel het vrijgestelde inkomen in aanmerking nemen bij het berekenen van de belasting over het overige inkomen van die persoon.

2. Overeenkomstig de bepalingen en behoudens de beperkingen van de wetgeving van de Verenigde Staten (zoals deze van tijd tot tijd kan worden gewijzigd zonder de algemene uitgangspunten ervan te wijzigen), staan de Verenigde Staten aan een inwoner of onderdaan van de Verenigde Staten een verrekening toe met de belasting op inkomen van de Verenigde Staten van:

a) de inkomstenbelasting die door of namens die onderdaan of inwoner aan Spanje is betaald, en

b) in het geval van een lichaam van de Verenigde Staten dat ten minste 10 percent bezit van het stemgerechtigde aandelenkapitaal van een lichaam dat inwoner is van Spanje en waarvan het lichaam van de Verenigde Staten dividenden ontvangt, de inkomstenbelasting die door of namens het uitdelende lichaam aan Spanje is betaald met betrekking tot de winsten waaruit de dividenden zijn betaald.

3. In het geval een natuurlijke persoon die het staatsburgerschap van de Verenigde Staten bezit en inwoner van Spanje is, wordt inkomen dat overeenkomstig de bepalingen van het derde lid van artikel 1 („Algemene reikwijdte”) op grond van het staatsburgerschap in de Verenigde Staten mag worden belast, geacht afkomstig te zijn uit Spanje voor zover noodzakelijk om dubbele belasting van dat inkomen te vermijden, op voorwaarde dat het bedrag

van de in de Verenigde Staten betaalde belasting in geen geval lager is dan het bedrag dat zou zijn betaald indien de natuurlijke persoon niet het staatsburgerschap van de Verenigde Staten bezat.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 ISHARES is een in de Verenigde Staten ingezeten instelling voor collectieve belegging (hierna: „icb”) die voldoet aan de vereisten om te worden aangemerkt als gereguleerde beleggingsmaatschappij (*Regulated Investment Company*, hierna: „RIC”). In Spanje houdt ISHARES zich als niet-ingezeten instelling voor collectieve belegging bezig met beleggingen in aandelen. Op haar inkomen betaalt ISHARES belasting over inkomsten van niet-ingezetenen (*impuesto sobre la renta de los no residentes*, hierna: „IRNR”). Zij valt voorts onder het tussen Spanje en de Verenigde Staten van Amerika gesloten Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting („dubbelbelastingverdrag”) en, in haar land van vestiging, onder de Amerikaanse belastingwetgeving.
- 2 In Spanje zijn niet-ingezeten icb’s, zoals ISHARES, onderworpen aan de IRNR tegen een tarief van 15 %. Ingezetten icb’s daarentegen zijn onderworpen aan vennootschapsbelasting en hun inkomsten uit het bezit van aandelen worden belast tegen 1 %.
- 3 ISHARES heeft bij de Agencia Tributaria (belastingdienst, Spanje) verscheidene verzoeken ingediend om teruggaaf van de bedragen die uit hoofde van de IRNR bij haar zijn ingehouden op de in de boekjaren 2007 tot en met 2010 uitgekeerde dividenden op haar beleggingen in Spaanse aandelen. Daar ISHARES vordert dat zij dezelfde fiscale behandeling als Spaanse icb’s krijgt, heeft zij met name verzocht om teruggaaf van het verschil tussen het bedrag van de door de belastingdienst geheven bronbelasting (15 %) en het belastingbedrag dat volgens haar op het brutodividend had moeten worden geheven (1 %).
- 4 De belastingdienst is van mening dat ISHARES niet kan worden vergeleken met een Spaanse icb en heeft besloten dat haar geen bedragen dienen te worden terugbetaald. De Tribunal Económico Administrativo Central (centraal bestuursorgaan voor belastingzaken, Spanje) heeft de door ISHARES ingestelde vorderingen afgewezen, waarop ISHARES tegen deze beslissing beroep heeft ingesteld bij de bestuursrechtelijke kamer van de Audiencia Nacional (nationale rechter, Spanje). De Audiencia Nacional heeft het beroep toegewezen en verklaard dat ISHARES recht had op teruggaaf van de gevorderde bedragen, vermeerderd met rente vanaf de datum waarop de bedragen waren ingehouden. De Abogacía del Estado (bureau van de landsadvocaat, Spanje) heeft namens de belastingdienst cassatieberoep ingesteld bij de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje), die in casu de verwijzende rechter is.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 5 De Abogacía del Estado is van mening dat ISHARES in de Verenigde Staten het volledige in Spanje betaalde bedrag van zijn vennootschapsbelasting kon aftrekken. Dat ISHARES ervoor heeft gekozen om overeenkomstig haar nationale wetgeving de inkomsten toe te rekenen en het belastingkrediet door te geven aan de aandeelhouders of deelnemers, verhindert volgens de Abogacía del Estado niet dat de fiscale neutralisatie heeft plaatsgevonden, aangezien het neutraliserende effect niet afhankelijk kan zijn van de wil van de belastingplichtige.
- 6 Met andere woorden: wanneer is vastgesteld dat de niet-ingezeten icb het bestaande verschil in fiscale behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten icb's in Spanje volledig had kunnen neutraliseren in overeenstemming met het toepasselijke dubbelbelastingverdrag en haar nationale wetgeving, betekent de omstandigheid dat die niet-ingezeten icb ervoor kiest om de inkomsten toe te rekenen en het belastingkrediet door te geven aan de aandeelhouders of deelnemers – volgens de Abogacía del Estado – op zich al dat een beroep is gedaan op de neutralisatie. Derhalve is het niet van belang of de neutralisatie zich al dan niet voordoet op het niveau van de deelnemers en hoeft niet te worden aangetoond dat de neutralisatie van de belasting heeft plaatsgevonden voor die deelnemers.
- 7 De Abogacía del Estado voegt hieraan toe dat de aandeelhouders of deelnemers van ISHARES de daadwerkelijk door ISHARES in Spanje gedragen belasting volledig hebben kunnen aftrekken door in hun eigen belastingaangiften een gelijkwaardig tarief van 15 % in mindering te brengen op de belasting waaraan de dividenden in de Verenigde Staten zijn onderworpen.
- 8 ISHARES voert daarentegen aan dat de Spaanse Staat niet-ingezeten icb's met betrekking tot dezelfde soort inkomsten ongunstiger behandelt dan hun Spaanse tegenhangers en dat deze ongelijke behandeling *niet volledig*, of in elk geval niet door het dubbelbelastingverdrag, wordt gecompenseerd of geneutraliseerd. Volgens ISHARES vormt de inhouding van 15 % van haar inkomsten in Spanje, die vervolgens niet worden afgetrokken van haar belastingen in de Verenigde Staten, een beperking van het vrije kapitaalverkeer.
- 9 Zij erkent dat zij er in theorie voor kan kiezen om haar belastingen te betalen volgens de algemene vennootschapsbelastingsregeling van de Verenigde Staten, wat inhoudt dat de 15 % aan bronbelasting die in Spanje is betaald, kan worden afgetrokken van haar hypothetische belastingschuld, met inachtneming van de beperkingen die zijn vastgelegd in de regels van haar land van vestiging. Zij verduidelijkt echter dat deze optie in de praktijk niet kan worden toegepast omdat RIC's er, met het oog op de maximalisering van hun winstgevendheid, voor kiezen om de bijzondere *pass through*-regeling toe te passen, en dit systeem houdt in dat zij niet worden belast in de Verenigde Staten.

- 10 Zij herinnert eraan dat het Hof van Justitie herhaaldelijk heeft geoordeeld dat een theoretische mogelijkheid om de bronbelasting overeenkomstig het dubbelbelastingverdrag te verrekenen met de in het land van vestiging verschuldigde belasting niet volstaat om een beperking van het vrije verkeer van kapitaal zoals die in de onderhavige zaak te rechtvaardigen. Volgens ISHARES kan een lidstaat zich alleen op de bepalingen van een dubbelbelastingverdrag beroepen om een beperking van het vrije verkeer van kapitaal te rechtvaardigen indien die lidstaat zeker weet dat die bepalingen hoe dan ook en op zichzelf zouden zorgen voor een volledige neutralisatie van het verschil in behandeling op het eerste belastingniveau, dat wil zeggen op het niveau van de RIC. Dit is echter niet het geval voor de overeenkomst die Spanje en de Verenigde Staten hebben ondertekend.
- 11 Daarom had de Spaanse Staat, vanaf het moment dat hij ervoor koos om de dividenden van zowel ingezetenen als niet-ingezetenen icb's te belasten, moeten aannemen dat beide soorten entiteiten zich voor de toepassing van artikel 63 VWEU in een vergelijkbare situatie bevonden en dat zij daarom een gelijkwaardige behandeling moesten krijgen.

Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing

- 12 Krachtens het dubbelbelastingverdrag en de IRNR zijn niet-ingezetenen icb's, zoals ISHARES, onderworpen aan een bronbelasting van 15 %. Ingezetenen icb's worden daarentegen belast tegen 1 % krachtens de wet betreffende de vennootschapsbelasting. Terwijl de regeling van de IRNR voorziet in een discriminerende behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen icb's, voorziet het dubbelbelastingverdrag in mechanismen om dit verschil in behandeling met betrekking tot door Spaanse vennootschappen uitgekeerde dividenden te neutraliseren.
- 13 In de Verenigde Staten betalen RIC's vennootschapsbelasting tegen een tarief dat hen in staat stelt om het in Spanje betaalde tarief van 15 % uit hoofde van de IRNR te verrekenen via het mechanisme waarin het dubbelbelastingverdrag voorziet, aangezien het toepasselijke tarief in de Verenigde Staten gelijk is aan of hoger is dan 15 %. RIC's kunnen echter ook geen vennootschapsbelasting betalen indien zij daar onherroepelijk voor kiezen door een formulier in die zin in te dienen en indien zij aan de wettelijke vereisten voldoen. RIC's kunnen gebruikmaken van het zogenaamde *Foreign Tax Credit* (krediet voor buitenlandse belasting) dat zij onder bepaalde voorwaarden kunnen doorgeven (*pass through*) aan hun aandeelhouders of deelnemers, waardoor een belastingkrediet ontstaat dat kan worden verrekend met hun inkomstenbelasting.
- 14 Volgens de Amerikaanse belastingwetgeving kan een RIC er dus voor kiezen om over de verkregen inkomsten vennootschapsbelasting te betalen en de in Spanje geheven bronbelasting te verrekenen totdat de ten opzichte van ingezetenen icb's te

veel betaalde belasting volledig is geneutraliseerd (neutralisatie op het eerste niveau), of om de *pass through*-regeling toe te passen en het recht om het belastingkrediet met betrekking tot de bronbelasting te verrekenen met hun belastingaangifte inkomstenbelasting, door te geven aan de aandeelhouders of deelnemers (neutralisatie op het tweede niveau). ISHARES heeft voor deze tweede mogelijkheid gekozen.

- 15 De verwijzende rechter wenst te vernemen of kan worden aangenomen dat de door niet-ingezeten icb's te veel betaalde belasting is geneutraliseerd en er dus geen sprake is van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal door de IRNR wanneer een niet-ingezeten icb die gelijkwaardig is aan een ingezeten icb, het deel van het door haar in Spanje betaalde belastingbedrag dat de aldaar door ingezetene icb's gedragen belasting te boven gaat volledig had kunnen verrekenen met de in haar land van vestiging verschuldigde inkomstenbelasting, maar ervoor heeft gekozen haar belastingkrediet door te geven aan de aandeelhouders of deelnemers van het fonds en zich aan een andere belastingregeling te onderwerpen. Met andere woorden vraagt de verwijzende rechter of het bestaan van deze daadwerkelijke keuzemogelijkheid tot neutralisatie volstaat, zelfs indien deze keuze bindend is voor alle door de niet-ingezeten icb verworven inkomsten, dan wel integendeel of het, zodra de niet-ingezeten icb ervoor heeft gekozen om de inkomsten toe te rekenen en het belastingkrediet door te geven aan de aandeelhouders of deelnemers door middel van de *pass through*-regeling, noodzakelijk is om de fiscale neutralisatie op het tweede niveau aan te tonen.
- 16 Deze rechter heeft met name twijfels over de systematische uitlegging van de artikelen 63 en 65 VWEU.
- 17 De verwijzende rechter is van mening dat de prejudiciële vraag niet hypothetisch is, aangezien hij moet weten hoe de artikelen 63 en 65 VWEU moeten worden uitgelegd teneinde zich te kunnen uitspreken over de rechtmatigheid van het verzoek om teruggaaf van de bedragen die uit hoofde van de IRNR bij ISHARES zijn ingehouden op de in de in de boekjaren 2007 tot en met 2010 uitgekeerde dividenden op beleggingen in Spaanse aandelen, waarop een tarief van 15 % is toegepast in tegenstelling tot het tarief van 1 % dat geldt voor ingezeten icb's. Hij acht het noodzakelijk te weten welk belastingtarief in aanmerking moet worden genomen wanneer de niet-ingezeten icb volgens het dubbelbelastingverdrag en haar nationale wetgeving de bedragen zou kunnen verrekenen die zijn ingehouden op grond van de Spaanse wetgeving, maar zij er niet voor heeft gekozen om haar belastingkrediet door te geven aan de deelnemers.
- 18 Het geschil heeft ook betrekking op de vraag of moet worden aangetoond dat de neutralisatie daadwerkelijk plaatsvindt op het niveau van de aandeelhouders of deelnemers van het fonds, wanneer is vastgesteld dat de niet-ingezeten icb volgens het dubbelbelastingverdrag en haar nationale wetgeving het verschil in fiscale behandeling in Spanje tussen haarzelf en ingezeten icb's had kunnen neutraliseren, maar ervoor heeft gekozen om dit niet te doen. Daarbij is het van

belang dat die keuze bindend is voor alle inkomsten van de niet-ingezeten icb, niet alleen die welke in Spanje zijn verkregen.

- 19 Wat de bewijslast betreft, heeft ISHARES geen relevante elementen aangedragen aan de hand waarvan de belastingdienst kan nagaan of is voldaan aan de wettelijke vereisten om in aanmerking te komen voor de door ISHARES gevorderde teruggave. De Audiencia Nacional heeft geconcludeerd dat het aan de belastingdienst is om te bewijzen dat de neutralisatie van de belasting heeft plaatsgevonden en dat de belastingdienst bijgevolg moet bewijzen dat de aandeelhouders of deelnemers van ISHARES niet in staat zijn geweest om de gevolgen van het verschil tussen de belastingtarieven voor ingezeten en niet-ingezeten icb's te neutraliseren.
- 20 Naast het onderhavige cassatieberoep lopen er nog twee andere cassatieberoepen die betrekking hebben op hetzelfde geschil, waaraan dezelfde feiten ten grondslag liggen en waarop het antwoord van het Hof van Justitie rechtstreeks van toepassing zou zijn.
- 21 Volgens de verwijzende rechter kan aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie niet eenduidig worden beoordeeld of kan worden aangenomen dat de beperkingen van het vrije verkeer van kapitaal zijn geneutraliseerd, zoals blijkt uit het feit dat ISHARES en de Abogacía del Estado tegenstrijdige argumenten aanvoeren en zich daarbij beroepen op dezelfde rechtspraak van het Hof van Justitie.