



Datum van inontvangstneming : 09/12/2020

Zaak C-572/20**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

3 november 2020

Verwijzende rechter:

Finanzgericht Köln (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 mei 2020

Verzoekende partij:

ACC Silicones Ltd.

Verwerende partij:

Bundeszentralamt für Steuern

Voorwerp van het hoofdgeding

Belastingrecht – Belasting op inkomsten uit kapitaal – Verzoek tot teruggaaf van belasting op inkomsten uit kapitaal dat is ingediend door een buitenlandse vennootschap, waaraan dividenden worden uitgekeerd uit haar kleine deelneming in binnenlandse vennootschappen

Voorwerp en rechtsgrondslag van de verwijzingsbeslissing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

I. Staat artikel 63 VWEU (oud artikel 56 EG) in de weg aan een nationale belastingregeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan een in het buitenland gevestigde vennootschap, die dividenden uit deelnemingen ontvangt en de in artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 90/435

betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (zoals gewijzigd bij richtlijn 2003/123) vastgelegde minimumdrempel voor deelneming niet bereikt, voor de teruggaaf van belasting op inkomsten uit kapitaal verplicht is door middel van een verklaring van de buitenlandse belastingdienst aan te tonen dat de belasting op inkomsten uit kapitaal niet bij haarzelf of bij haar directe of indirecte aandeelhouders kan worden verrekend dan wel als bedrijfskosten of beroepskosten kan worden afgetrokken en dat ook feitelijk geen verrekening, aftrek of overdracht heeft plaatsgevonden, terwijl een binnenlandse vennootschap met dezelfde omvang van deelneming voor de teruggaaf van belasting op inkomsten uit kapitaal geen dergelijke verklaring hoeft over te leggen?

II. Indien de eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord:

Verzetten het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van de nuttige werking zich tegen het vereiste van de in de eerste vraag genoemde verklaring, wanneer het voor de in het buitenland gevestigde ontvanger van dividenden uit aandelen die hij als kleine aandeelhouder bezit („Streubesitzanteile”) feitelijk onmogelijk is om deze verklaring over te leggen?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), met name de artikelen 49, 54, 63, 65 en 267

Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (zoals gewijzigd bij richtlijn 2003/123; hierna: „richtlijn 90/435”), met name artikel 3

Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (hierna: „moederdochterrichtlijn”)

Aangevoerde nationale bepalingen

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (grondwet voor de Bondsrepubliek Duitsland; hierna: „GG”), met name artikel 23

Körperschaftsteuergesetz (wet op de vennootschapsbelasting; hierna: „KStG”), met name de §§ 2, 8b, 31, 32 en 34 [zoals gewijzigd bij de wet voor de tenuitvoerlegging van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) van 20 oktober 2011 in zaak C-284/09, Commissie/Duitsland, EU:C:2011:670]

Einkommensteuergesetz (wet op de inkomstenbelasting; hierna: „EStG”), met name de §§ 20, 36, 43, 43b, 44a, 45a, 49 en 50d

Abgabenordnung (belastingwet; hierna: „AO”), met name de §§ 10, 11, 90 en 155

Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Duitsland en Groot-Brittannië (DBA-GB), met name artikel VI, lid 1

Uiteenzetting van de feiten en van de procedure

Partijen zijn het oneens over het antwoord op de vraag of verzoekster over de litigieuze jaren 2006-2008 krachtens § 32, lid 5, KStG recht heeft op teruggaaf van belasting op inkomsten uit kapitaal over dividenden uit een kleine deelneming (genoten als kleine aandeelhouder). Verzoekster is een in Groot-Brittannië gevestigde kapitaalvennootschap die in de litigieuze jaren 2006, 2007 en 2008 een deelneming van 5,26 % in het nominale kapitaal van Ambratec GmbH, Mainz, bezat. Amber Chemical Co. Ltd is een beursgenoteerde vennootschap die alle aandelen van verzoekster in handen heeft. Verzoekster heeft in de litigieuze jaren winstuitkeringen ontvangen van Ambratec GmbH. Op deze winstuitkeringen heeft Ambratec GmbH 20 % belasting op inkomsten uit kapitaal, vermeerderd met 5,5 % solidariteitsbelasting, ingehouden en afgedragen.

In haar verzoek van 29 december 2009, dat op 31 december 2009 door verweerder is ontvangen, heeft verzoekster verzocht om teruggaaf van de ingehouden en afgedragen belasting op inkomsten uit kapitaal, vermeerderd met solidariteitsbelasting, voor de litigieuze jaren 2006-2008. Het ene deel van het verzoek heeft verzoekster gebaseerd op § 50d, lid 1, EStG, juncto artikel VI, lid 1, DBA-GB, aangezien het DBA-GB het tarief van de bronbelasting beperkt tot 15 %. Het andere deel baseerde zij, wat de teruggaaf van de resterende belasting op inkomsten uit kapitaal betreft, op de fundamentele vrijheden van het EG-Verdrag dan wel het VWEU. Bij besluit van 7 oktober 2010 besliste verweerder op de verzoeken die op § 50d, lid 1, EStG, juncto artikel VI, lid 1, DBA-GB waren gebaseerd en kende de verzochte teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal, vermeerderd met solidariteitsbelasting, toe. Bij besluiten van 8 juni 2015 weigerde verweerder, onder verwijzing naar het verzoek van 31 december 2009, de vrijstelling en teruggaaf van de ingehouden Duitse belasting op inkomsten uit kapitaal overeenkomstig § 32, lid 5, KStG voor de litigieuze jaren voor het overige. Tegen deze besluiten heeft verzoekster binnen de gestelde termijn bezwaar gemaakt. Bij besluiten van 22 januari 2016 werden die bezwaren ongegrond verklaard. Vervolgens heeft verzoekster binnen de gestelde termijn beroep ingesteld.

Argumenten van verzoekster

Ter motivering van haar beroep voert verzoekster aan dat de bewijzen als bedoeld in § 32, lid 5, eerste volzin, punt 1, onder b) en c), KStG zijn overgelegd. Het doel

van § 32, lid 5, KStG is dat de definitieve belasting van buitenlandse kapitaalvennootschappen (moedermaatschappijen) die dividenden zouden hebben ontvangen van hun binnenlandse dochterondernemingen, in de door het Hof bepaalde gevallen wordt voorkomen door een recht op teruggaaf van de buitenlandse schuldeiser van de inkomsten uit kapitaal. Verzoekster, die in Engeland is gevestigd, voert aan dat de directievergaderingen in de litigieuze jaren in Engeland werden gehouden en dat bovendien de meeste van haar directeuren in Engeland zijn gevestigd. Zij heeft de verklaring van de Britse belastingdienst van 12 augustus 2014 overgelegd. Zij betoogt dat zij tevens heeft aangetoond dat de Duitse belasting op inkomsten uit kapitaal niet bij haar kon worden verrekend, afgetrokken of overgedragen, en dat er ook feitelijk geen verrekening, aftrek of overdracht heeft plaatsgevonden.

Voor zover verweerder de overlegging verlangt van een verklaring van de lidstaat van vestiging, dat de ingehouden belasting op inkomsten uit kapitaal niet alleen niet bij haar, verzoekster, maar ook niet bij haar directe of indirecte aandeelhouders kan worden verrekend of voor een belastingverlichting in aanmerking kan worden genomen, heeft zij dit door middel van fiscale berekeningen aangetoond. Uit deze berekeningen kan worden afgeleid dat de Duitse bronbelasting niet is verrekend op het niveau van Amber Chemical Co. Ltd, de moedermaatschappij (ook niet voor het direct ontvangen deel van de dividenden), en dat in dit verband de informatie over de op het niveau van de dochteronderneming, – dus op haar, verzoeksters, niveau – ontvangen dividenden en de daarop betrekking hebbende Duitse bronbelasting, volledig verloren zou gaan. Op dat niveau kan niet worden verlangd dat een verklaring van de Britse belastingdienst (HMCR) wordt overgelegd. De levering van dit bewijs moet als onevenredig worden beschouwd en wordt noch door § 32, lid 5, KStG, noch door § 90, leden 1 en 2, AO, gedekt, aangezien dit vereiste verder gaat dan nodig is om het verzoek om teruggaaf overeenkomstig § 32, lid 5, KStG te onderzoeken en toe te wijzen.

Dat een dergelijke verrekening niet mogelijk is op het niveau van een van haar directe of indirecte aandeelhouders hoeft niet verder te worden aangetoond, aangezien aan deze personen geen overeenkomstige inkomsten worden toegerekend. De eis dat voor de directe of indirecte aandeelhouder van een indirect beursgenoteerde vennootschap een modelverklaring wordt overgelegd, is klaarblijkelijk echter volstrekt onevenredig. In dit verband is het waarschijnlijk dat de bewijslevering reeds mislukt door het feit dat de aandeelhouders van de moedermaatschappij in de periode van de winstuitkering niet meer kunnen worden geïdentificeerd. Tijdens de procedure heeft verzoekster algemene vrijstellingsverklaringen van de HCMR van 24 mei 2016 ingediend. Hieruit blijkt dat een verrekening in de regel niet mogelijk is bij slechts indirecte aandeelhouders (dat wil zeggen vanaf het niveau van de directe aandeelhouders van verzoekster). Verzoekster betoogt dat de eis om een dergelijke algemene verklaring over te leggen in strijd is met het Unierecht en het constitutionele recht.

Argumenten van verweerder

Volgens verweerder bestaat er geen recht op teruggaaf krachtens § 32, lid 5, KStG, aangezien verzoekster niet heeft aangetoond dat aan de voorwaarden voor teruggaaf is voldaan. Verzoekster heeft de wettelijk vereiste bewijzen als bedoeld in § 32, lid 5, eerste volzin, punt 1, onder b) en c), KStG wat betreft de plaats van haar hoofdkantoor niet geleverd. Voorts geldt overeenkomstig § 32, lid 5, tweede volzin, punt 5, KStG de voorwaarde dat een verrekening, inhouding of overdracht van de ingehouden belasting noch op het niveau van verzoekster zelf, noch bij een van haar directe of indirecte aandeelhouders mogelijk is geweest. Deze bepaling wordt geconcretiseerd in de in § 32, lid 5, vijfde volzin, KStG neergelegde bewijsplicht. Volgens deze bepaling moet naast het bewijs dat een dergelijk begunstiging in beginsel niet mogelijk is, tevens worden aangetoond dat een begunstiging ook daadwerkelijk niet heeft plaatsgevonden. Het bewijsvereiste impliceert tevens de verplichting om uitvoerige informatie te verstrekken over de specifieke groep personen die directe en indirecte aandeelhouders zijn, ongeacht hun rechtsvorm. In dit verband kan door overlegging van een organogram toelichting worden gegeven op de gehele keten tot aan de laatste indirecte aandeelhouder. Ook aan deze voorwaarde heeft verzoekster niet voldaan. Verzoekster heeft niet aangetoond dat het litigieuze ingehouden bedrag niet bij een van haar directe of indirecte aandeelhouders in hun respectieve land van vestiging fiscaal in aanmerking kan worden genomen (§ 32, lid 5, tweede volzin, punt 5, juncto vijfde volzin, KStG). Het bewijsvereiste van § 32, lid 5, derde volzin, KStG leidt niet tot ongerechtvaardigde discriminatie.

Een eventuele beperking van de door het VEU gegarandeerde fundamentele vrijheden is gerechtvaardigd wanneer deze ertoe strekt om de samenhang van een belastingstelsel te verzekeren. Als voorwaarde hiervoor geldt dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken fiscale voordeel en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde heffing (arresten van 13 maart 2007, *Test Claimants*, C-524/04, EU:C:2007:161, punt 68, en 8 november 2007, *█* C-379/05, EU:C:2007:655, punt 46). Derhalve is een belastingverlichting door de Bondsrepubliek Duitsland niet noodzakelijk wanneer een vrijstelling van de inhouding van belasting op inkomsten uit kapitaal over dividenden die worden uitgekeerd door in Duitsland gevestigde kapitaalvennootschappen, reeds was of had kunnen worden verkregen door de belastingverlichtingen voor de directe of indirecte ontvanger van dividenden in een lidstaat van vestiging. Bijgevolg hebben de belastingautoriteiten van een lidstaat van de Europese Unie het recht om van de belastingplichtige de bewijzen te verlangen die noodzakelijk zijn voor de beoordeling of is voldaan aan de in de betrokken wetgeving gestelde voorwaarden voor toekenning van een belastingvoordeel, en welke uitgaven in andere lidstaten daadwerkelijk zijn gedaan (arresten van 30 juni 2011, *█* II, C-262/09, EU:C:2011:438, en 10 februari 2011, C-436/08, *Haribo Lakritzen* *█* *█* en *Österreichische Salinen*, C- 436/08 en C- 437/08, EU:C:2011:61).

Beoordeling van de zaak overeenkomstig het nationaal recht

In het geval van winstuitkeringen ontvangt de in het buitenland gevestigde vennoot inkomsten uit kapitaal in de zin van § 20, lid 1, punt 1, EStG, die krachtens § 49, lid 1, punt 5a, EStG aan een beperkte belastingplicht zijn onderworpen. In dit verband wordt overeenkomstig § 43, lid 1, eerste volzin, punt 1, EStG (bij een kapitaalvennootschap, juncto § 31, lid 1, eerste volzin, KStG) inkomstenbelasting geheven door inhouding van de inkomsten uit kapitaal (belasting op inkomsten uit kapitaal). Er bestaat een mogelijkheid van teruggaaf van de ingehouden en afgedragen belasting op inkomsten uit kapitaal. De voorwaarden voor de teruggaaf verschillen naargelang de onder de minimumdrempel liggende deelneming (Streubesitzbeteiligung), dat wil zeggen een deelneming van minder dan 15 % of 10 %, in handen is van een in het binnenland of in het buitenland gevestigde vennootschap. Wanneer deze deelneming in het bezit is van een binnenlandse vennootschap, zijn de door een binnenlandse vennootschap aan deze vennootschap uitgekeerde dividenden gedurende de litigieuze jaren en tot de inwerkingtreding van de wet van 21 maart 2013 ter tenuitvoerlegging van het arrest van het Hof van 20 oktober 2011 in zaak C-284/09, krachtens § 8b, lid 1, KStG van belasting vrijgesteld. Overeenkomstig § 31, lid 1, KStG, juncto § 36, lid 2, punt 2, EStG wordt de ingehouden belasting op inkomsten uit kapitaal in het litigieuze tijdvak verrekend met de belastingschuld van de binnenlandse vennootschap en kan deze ook worden teruggegeven. Voor de verrekening (en eventuele teruggaaf) van de belasting op inkomsten uit kapitaal is vereist dat die belasting is ingehouden en afgedragen. Dit moet worden aangetoond door overlegging van een verklaring als bedoeld in § 45a, lid 2 of 3, EStG. Met betrekking tot de uitkering van dividenden aan in het buitenland gevestigde kapitaalvennootschappen die een kleine deelneming bezitten, voorziet de wet in § 32, lid 5, KStG in de mogelijkheid van teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal. De voorwaarden daarvoor wijken evenwel af van de voorwaarden die gelden voor het in mindering brengen dan wel de verrekening van de belasting op inkomsten uit kapitaal bij binnenlandse vennootschappen.

aa. Ontstaansgeschiedenis van § 32, lid 5 KStG

§ 32, lid 5, KStG is door de wetgever ingevoerd naar aanleiding van het arrest van 20 oktober 2011, C-284/09, Commissie/Duitsland. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat het bevrijdende karakter van de inhouding aan de bron, overeenkomstig § 32, lid 1, KStG, voor dividenden aan buitenlandse vennootschappen die de in de moeder-dochterrichtlijn vastgestelde minimumdrempel voor deelnemingen niet bereiken, indruist tegen het in het VWEU en in de EER-Overeenkomst neergelegde vrije verkeer van kapitaal.

bb. Inhoud van de regeling van § 32, lid 5, KStG

In § 32, lid 5, KStG zijn verschillende voorwaarden vastgelegd voor de teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal, waaronder ook bepaalde

bewijsplichten en de verplichting tot overlegging van verklaringen. Deze bepaling luidt als volgt:

(5) Indien de vennootschapsbelasting van de schuldeiser over inkomsten uit kapitaal in de zin van § 20, lid 1, punt 1, EStG overeenkomstig lid 1 is voldaan, wordt de ingehouden en afgedragen belasting op inkomsten uit kapitaal overeenkomstig § 36, lid 2, punt 2, EStG op verzoek aan de schuldeiser van de inkomsten uit kapitaal teruggegeven, wanneer

1. de schuldeiser van de inkomsten uit kapitaal een beperkt belastingplichtige vennootschap is als bedoeld in § 2, punt 1, die
 - a) tevens een vennootschap is in de zin van artikel 54 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie of artikel 34 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte,
 - b) haar zetel en zetel van de leiding heeft op het grondgebied van een lidstaat van de Europese Unie of van een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte,
 - c) in de staat van de zetel van de leiding zonder keuzemogelijkheid is onderworpen aan een met § 1 vergelijkbare onbeperkte belastingplicht, zonder daarvan vrijgesteld te zijn, en
2. de schuldeiser direct deelneemt in het nominale of aandelenkapitaal van de schuldeiseres van de inkomsten uit kapitaal en niet voldoet aan de voorwaarde betreffende de minimumdrempel voor deelneming van § 43b, lid 2, EStG.

De eerste volzin geldt alleen, indien:

1. niet in andere voorschriften is voorzien in teruggaaf van de betreffende belasting op inkomsten uit kapitaal,
2. de inkomsten uit kapitaal overeenkomstig § 8b, lid 1, niet in aanmerking zouden worden genomen bij de berekening van de inkomsten,
3. de inkomsten uit kapitaal op grond van buitenlandse voorschriften niet kunnen worden toegerekend aan een persoon die volgens dit lid geen recht op teruggaaf zou hebben, wanneer deze persoon de inkomsten uit kapitaal direct zou hebben verkregen,
4. een recht op volledige of gedeeltelijke teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal bij overeenkomstige toepassing van § 50d, lid 3, EStG niet uitgesloten zou zijn en

5. de belasting op inkomsten uit kapitaal niet bij de schuldeiser dan wel bij een directe of indirecte aandeelhouder van de schuldeiser kan worden verrekend dan wel als bedrijfsuitgave of beroepskosten kan worden afgetrokken; de mogelijkheid van overdracht van verrekening staat gelijk aan verrekening.

De schuldeiser van de inkomsten uit kapitaal dient aan te tonen dat aan de voorwaarden voor de teruggaaf is voldaan. In het bijzonder moet hij door middel van een verklaring van de belastingdienst van zijn lidstaat van vestiging bewijzen dat hij in die staat als fiscaal inwoner wordt aangemerkt, dat hij daar onbeperkt belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting en niet van vennootschapsbelasting is vrijgesteld, alsmede dat hij daadwerkelijk de ontvanger van de inkomsten uit kapitaal is. Uit de verklaring van de buitenlandse belastingdienst moet blijken dat de Duitse belasting op inkomsten uit kapitaal niet kan worden verrekend, ingehouden of overgedragen en dat een verrekening, inhouding of overdracht ook daadwerkelijk niet heeft plaatsgevonden. De teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal geschiedt voor alle in een kalenderjaar ontvangen inkomsten uit kapitaal in de zin van lid 1, op basis van een vrijstellingsbesluit op grond van § 155, lid 1, derde volzin, AO.

Uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

De zaak moet krachtens artikel 267 VWEU aan het Hof worden voorgelegd, aangezien de uitlegging van het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 63 VWEU (oud artikel 56 EG) twijfels oproept. Doorslaggevend voor de beslechting van het geding is of de door de Duitse wetgever in § 32, lid 5, KStG gestelde voorwaarden voor de teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal in geval van dividenden uit een onder de minimumdrempel liggende deelneming – dat wil zeggen dividenden uit deelnemingen van minder dan 15 % (voor winstuitkeringen tot en met 31 december 2018) dan wel 10 % (voor winstuitkeringen na 31 december 2008) – verenigbaar zijn met het Unierecht en bijgevolg van toepassing zijn. De prejudiciële vragen zijn relevant voor de beslechting van het geding. Behoudens de volgens de prejudiciële vraag twijfelachtige voorwaarde is aan alle andere voorwaarden voor teruggaaf overeenkomstig § 32, lid 5, KStG voldaan. § 32, lid 5, KStG is overeenkomstig § 34, lid 13b, KStG van toepassing op de litigieuze jaren. De dividenden waarop de litigieuze belasting op inkomsten uit kapitaal is ingehouden en afgedragen, zijn inhoudelijk gezien inkomsten uit kapitaal in de zin van § 20, lid 1, punt 1, EStG (§ 32, lid 5, eerste volzin, KStG).

Voor het recht op teruggaaf is vereist dat de schuldeiser een overeenkomstig § 2, punt 1, KStG beperkt belastingplichtige vennootschap is, die een vennootschap is in de zin van artikel 54 VWEU [§ 32, lid 5, punt 1, onder a), KStG], met zetel (§ 10 AO) en zetel van de leiding (§ 11 AO) op het grondgebied van een lidstaat van de EU of een EER-staat [§ 32, lid 5, eerste volzin, punt 1, onder b), KStG], en in het land van de zetel van de leiding zonder keuzemogelijkheid onderworpen is aan een met § 1 KStG vergelijkbare onbeperkte belastingplicht, zonder daarvan

vrijgesteld te zijn [§ 32, lid 5, eerste volzin, punt 1, onder c), KStG]. Aan deze voorwaarden is voldaan. Verzoekster is, als ontvangster van dividenden van een in Duitsland gevestigde vennootschap, een vennootschap die krachtens § 2, punt 1, KStG beperkt belastingplichtig is. Zij is tevens een vennootschap in de zin van artikel 54 VWEU [§ 32, lid 5, punt 1, onder a), KStG]. Eveneens is voldaan aan de voorwaarde van § 32, lid 5, eerste volzin, punt 1, onder b), KStG. Zowel de zetel van verzoekster als bedoeld in § 10 AO, als de zetel van de leiding als bedoeld in § 11 AO bevindt zich in Groot-Brittannië.

In het bijzonder wat de zetel van de leiding betreft, heeft verzoekster volgens de verwijzende rechter voldoende overtuigend aangevoerd en door overlegging van passende documenten aangetoond, dat haar bestuurders hoofdzakelijk in Engeland woonachtig zijn en dat de bestuursvergaderingen ter zetel van de vennootschap in Groot-Brittannië hebben plaatsgevonden. In dit verband heeft verzoekster een uittreksel uit het Engelse handelsregister overgelegd met een lijst van de handelende personen die hoofdzakelijk in Engeland hun woonplaats hadden. Bovendien heeft verzoekster notulen overgelegd van twee directievergaderingen op 31 januari 2007, die ter zetel van de vennootschap waren gehouden. Tevens heeft verzoekster de Directors' Report and Financial Statements op 31 maart 2009 ingediend, waarin de „UK based directors” uitdrukkelijk als „key management personnel” worden aangeduid.

Desalniettemin is de verwijzende rechter ervan overtuigd dat het vereiste dat de zetel (§ 10 AO) en de zetel van de leiding (§ 11 AO) zich op het grondgebied van een lidstaat van de EU of een EER-staat (§ 32, lid 5, eerste volzin, punt 1, KStG) moet bevinden, in strijd is met het primaire Unierecht en dus hoe dan ook niet van toepassing is. De nieuwe regeling is immers in het leven geroepen naar aanleiding van schending van het vrije verkeer van kapitaal, en de geografische werkingsfeer van deze fundamentele vrijheid strekt zich beginsel uit tot derde landen. Het Hof heeft zijn beslissing in het arrest van 20 oktober 2011 (Commissie/Duitsland, C-284/09), die ten grondslag lag aan de invoering van § 32, lid 5, KStG, gebaseerd op het vrije verkeer van kapitaal (artikel 63 VWEU) en juist niet op de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU). In dit arrest heeft het Hof uiteengezet dat een lidstaat de krachtens artikel 56, lid 1, EG op hem rustende verplichtingen niet nakomt, dus het vrije verkeer van kapitaal schendt, door de aan in andere lidstaten gevestigde vennootschappen uitgekeerde dividenden in economische termen zwaarder te belasten dan de aan op zijn grondgebied gevestigde vennootschappen uitgekeerde dividenden, wanneer de in artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 90/435 vastgestelde minimumdrempel voor deelnemingen van een moedermaatschappij in het kapitaal van haar dochteronderneming niet is bereikt. Het feit dat dit als een schending van het vrije verkeer van kapitaal wordt opgevat heeft als gevolg dat ook in derde landen gevestigde moedermaatschappijen die de minimumdrempel voor deelnemingen niet bereiken, zich kunnen beroepen op schending van het primaire Unierecht. Het vrije verkeer van kapitaal is immers de enige fundamentele vrijheid die ook wordt toegepast in de betrekkingen met derde landen (zie arrest van 18 december 2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804). Zo bepaalt artikel 63, lid 1, VWEU (oud artikel 56

EG) dat alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden zijn.

Dit wordt bevestigd door het arrest van het Hof van 13 november 2019, *College Pension Plan of British Columbia* (C-641/17, EU:C:2019:960) Volgens deze uitspraak vormt de belastingheffing op dividenden die zijn uitgekeerd aan buitenlandse pensioenfondsen als kleine aandeelhouder, een schending van het vrije verkeer van kapitaal. De ingezeten fondsen kunnen namelijk dividenden ontvangen zonder er belasting over te betalen, aangezien zij in het kader van de belastingaanslagprocedure de mogelijkheid hebben om de ingehouden belasting op inkomsten uit kapitaal te verrekenen met de vennootschapsbelasting, dan wel om vrijwel volledige teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal te verkrijgen. Niet-ingezeten pensioenfondsen – in die zaak betrof het een pensioenfonds met zetel in Canada, dus in een derde land – kunnen een dergelijke verrekening of teruggaaf niet toepassen, aangezien volgens § 32, lid 1, punt 2, KStG de betaling door middel van inhouding aan de bron voor dergelijke pensioenfondsen geldt als bevrijdende betaling en een definitieve fiscale last voor hen vormt. Het Hof heeft geoordeeld dat dit een schending van het vrije verkeer van kapitaal vormt. Bijgevolg pleit ook dit arrest ervoor dat vennootschappen die dividenden uit een kleine deelneming ontvangen en in derde landen zijn gevestigd, op grond van het vrije verkeer van kapitaal evenmin in een ongunstigere situatie mogen worden gebracht dan vennootschappen die dividenden uit een kleine deelneming ontvangen die in het binnenland of op het grondgebied van de Europese Unie zijn gevestigd.

Aangezien verzoekster met een deelneming van 5,26 % in de litigieuze jaren geen controlerend belang in Ambratec GmbH bezat, kan van een beslissing over de verhouding tussen het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging, met name in situaties met derde landen, worden afgezien. Wat de schending van het vrije verkeer van kapitaal betreft, moet § 32, lid 5, eerste volzin, punt 1, KStG aldus worden beperkt, dat deze regeling ook van toepassing is op vennootschappen waarvan de zetel en/of de zetel van de leiding zich in derde landen bevindt of bevinden. Het Unierecht is ingevolge artikel 23 GG en artikel 267 VWEU bestanddeel van het Duitse federale recht en geniet voorrang ten opzichte van nationaal recht. Rechterlijke instanties moeten derhalve Duitse bepalingen buiten toepassing laten voor zover deze in strijd zijn met het Unierecht.

Dit betekent echter niet dat de nationale norm in geval van schending van het primaire Unierecht helemaal niet van toepassing is. De voorrang van de toepassing van het gemeenschapsrecht heeft immers geen zodanige invloed dat de met het Unierecht strijdige bepaling in beginsel volledig buiten toepassing moet worden gelaten. Integendeel, de door het Hof dwingend geformuleerde eisen van het gemeenschapsrecht moeten in passende gevallen veeleer door de „reddende reductie of wijziging” („*geltungserhaltende Reduktion*”) in de betrokken bepalingen worden uitgelegd. Op die manier wordt door middel van rechterlijke rechtsvorming een Unierechtconforme toestand gecreëerd. Gelet op het

voorgaande moet § 32, lid 5, eerste volzin, punt 1, KStG aldus „reddend” worden uitgelegd dat de regeling ook van toepassing is op vennootschappen waarvan de zetel en/of de zetel van de leiding zich in derde landen bevindt of bevinden. In het licht van het geding betekent dit dat de regeling van § 32, lid 5, EStG ook relevant zou zijn, wanneer de zetel van de leiding van verzoekster zich niet in Groot-Brittannië zou bevinden. Of de plaats van de zetel van de leiding in een lidstaat van de Unie of een EER-staat ligt, is immers gelet op de in zoverre geldende „reddende reductie” van de norm niet van belang.

Ook is voldaan aan § 32, lid 5, eerste volzin, punt 1, onder c), KStG. Verzoekster is in de staat van de zetel van de leiding zonder keuzemogelijkheid onderworpen aan een met § 1 KStG vergelijkbare onbeperkte belastingplicht, zonder daarvan vrijgesteld te zijn. De zetel van de leiding van verzoekster bevindt zich in Groot-Brittannië. Verzoekster is daar eveneens onbeperkt belastingplichtig. Er bestaat geen keuzemogelijkheid of vrijstelling. Voorts is ook voldaan aan het vereiste van § 32, lid 5, eerste volzin, punt 2, KStG. De buitenlandse moedermaatschappij moet volgens deze bepaling direct deelnemen in het nominale of aandelenkapitaal van de schuldeiseres van de inkomsten uit kapitaal en mag niet voldoen aan de voorwaarde betreffende de minimumdrempel voor deelneming van § 43b, lid 2, EStG. De omvang van de deelneming moet derhalve lager zijn dan 10 %. Verzoekster bezit 5,26 %, en dus minder dan 10 %, van het nominale kapitaal van de Duitse Ambratec GmbH. De verklaring van de Britse belastingdienst (HM Revenue & Custom) van 12 augustus 2014 voldoet aan de bewijsvereisten van § 32, lid 5, vierde volzin, KStG.

§ 32, lid 5, tweede volzin, punt 1, KStG bepaalt dat de schuldeiser van de inkomsten uit kapitaal niet mag verzoeken om teruggaaf op grond van andere bepalingen. Aan deze voorwaarde is voldaan. In het bijzonder is in casu geen sprake van teruggaaf op grond van § 44a, lid 9, of § 50d, lid 1, tweede volzin, EStG. Eveneens is voldaan aan het bepaalde in § 32, lid 5, tweede volzin, punt 2, KStG. Overeenkomstig § 32, lid 5, tweede volzin, punt 2, KStG kan er van het recht op teruggaaf in de zin van § 32, lid 5, eerste volzin KStG alleen sprake zijn bij inkomsten uit kapitaal die overeenkomstig § 8b, lid 1, KStG bij de berekening van de inkomsten niet in aanmerking zouden worden genomen. Op deze wijze zorgt de wet er enerzijds voor dat het recht op teruggaaf niet in de zin van § 8b, lid 5 wordt verminderd met de forfaitaire niet-aftrekbare bedrijfskosten. Anderzijds, en bovenal, staat de kruisverwijzing naar § 8b, lid 1, KStG eraan in de weg dat de belasting op inkomsten uit kapitaal wordt terugbetaald in de gevallen bedoeld in § 8b, lid 4 (nieuwe versie), dat wil zeggen in het geval van belastbare kleine deelnemingen. De procedure voor de teruggaaf als bedoeld in § 32, lid 5, KStG heeft bijgevolg zonder beperking – met inbegrip van gekwalificeerde en kleine deelnemingen – voortaan enkel betrekking op de inkomsten die uiterlijk op de peildatum 28 februari 2013 zijn ontvangen, zie § 34, lid 7a, tweede volzin, in de versie van de wet van 21 maart 2013 betreffende de tenuitvoerlegging van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Met betrekking tot de dividenduitkeringen in de litigieuze jaren is aan deze voorwaarde voldaan.

In casu is sprake van het bepaalde in § 32, lid 5, tweede volzin, punt 3, KStG, dat de inkomsten uit kapitaal op grond van buitenlandse voorschriften niet worden toegerekend aan een persoon die geen recht op teruggaaf krachtens dit lid zou hebben indien hij deze inkomsten uit kapitaal rechtstreeks zou ontvangen. In het bijzonder worden de litigieuze dividenden, gelet op buitenlandse voorschriften voor bijvoorbeeld groepsbelasting, niet toegerekend aan een persoon die zelf niet om teruggaaf in de zin van § 32, lid 5, KStG kan verzoeken. Ten slotte is in het geval van overeenkomstige toepassing van § 50d, lid 3, EStG het recht van verzoekster op gehele of gedeeltelijke teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal niet uitgesloten, aangezien niet is voldaan aan de voorwaarden van die bepaling. Gelet op het voorgaande behoeft geen uitspraak te worden gedaan over de rechtmatigheid van deze voorwaarde.

Problematisch lijkt echter het vereiste van § 32, lid 5, tweede volzin, punt 5, KStG. Volgens deze bepaling wordt teruggaaf geweigerd, wanneer de ingehouden belasting op inkomsten uit kapitaal kan worden verrekend bij de schuldeiser of bij de directe of indirecte aandeelhouders van de schuldeiser, dan wel als bedrijfskosten of beroepskosten kan worden afgetrokken; in dit verband volstaat de mogelijkheid van overdracht van verrekening. Op deze wijze wordt een teruggaaf op grond van § 32, lid 5, KStG slechts toegekend indien het nadeel voor buitenlandse ontvangers van dividenden ten opzichte van binnenlandse ontvangers van dividenden niet kan worden gecompenseerd door verrekening, verlaging van de belastinggrondslag of overdracht van de verrekening in het buitenland.

Daarbij komt nog dat deze voorwaarde overeenkomstig § 32, lid 5, vijfde volzin, KStG moet worden aangetoond door overlegging van een verklaring van de buitenlandse belastingdienst, waaruit blijkt dat de Duitse belasting op inkomsten uit kapitaal niet kan worden verrekend, afgetrokken of overgedragen en dat een verrekening, aftrek of overdracht ook daadwerkelijk niet heeft plaatsgevonden. In dit verband begrijpt de verwijzende rechter de wettelijke bepaling aldus dat de verklaring zowel voor de schuldeiser van de inkomsten uit kapitaal, dus verzoekster, als voor alle directe en indirecte aandeelhouders moet worden overgelegd. Deze regeling is immers algemeen geformuleerd, zodat zij zodanig moet worden opgevat dat zij algemeen, en dus op alle niveaus, geldt. Dit wordt bevestigd door het systematische verband met § 32, lid 5, tweede volzin, punt 5, KStG, welke bepaling vereist dat de belasting op inkomsten uit kapitaal niet kan worden verrekend bij de schuldeiser dan wel bij een directe of indirecte aandeelhouder van de schuldeiser en niet als bedrijfskosten of beroepskosten kan worden afgetrokken. Gelet op deze voorwaarde moet het vereiste van overlegging van de verklaring, dat kennelijk verband houdt met § 32, lid 5, tweede volzin, punt 5, KStG, om systematische redenen betrekking hebben op alle deelnemingsniveaus.

In casu kan echter niet worden vastgesteld of aan de voorwaarde van § 32, lid 5, tweede volzin, punt 5, KStG is voldaan. Alle aandelen in verzoekster zijn in handen van Amber Chemical Co. Ltd., die een beursgenoteerde vennootschap is. Hoe bij Amber Chemical Co. Ltd en in het bijzonder bij haar vennoten met de

belasting op inkomsten uit kapitaal wordt omgegaan is in dit geval niet duidelijk. Verzoekster zelf heeft een verklaring van de Britse belastingdienst HMRC van 12 augustus 2014 overgelegd. In deze verklaring wordt zowel voor het boekjaar 2006/2007 (instroom van dividenden in 2006 en 2007) als voor het boekjaar 2008/2009 (instroom van dividenden in 2008) bevestigd dat er geen sprake was van vrijstelling van de Duitse belasting op inkomsten uit kapitaal en daarvan ook in de toekomst geen sprake kan zijn. Of dit in juridische zin is gebaseerd op een vrijstelling van dividenden of op het ontbreken van verrekeningsvolume wegens bedrijfsverlies, is in dit verband, anders dan verweerder stelt, niet van belang. In een binnenlandse situatie wordt de belasting op inkomsten uit kapitaal immers ook in een verliesjaar verrekend en terugbetaald.

Met betrekking tot het vereiste dat de ingehouden belasting op inkomsten uit kapitaal noch bij verzoekster, noch bij haar directe of indirecte aandeelhouders is verrekend of als belastingverlichting in aanmerking is genomen, is het onmogelijk bewijs te leveren. Voor Amber Chemical Co. Ltd, de moedermaatschappij, heeft verzoekster weliswaar fiscale berekeningen overgelegd, maar zelfs indien op basis daarvan, zoals verzoekster stelt, ervan kan worden uitgegaan dat op het niveau van Amber Chemical Co. Ltd, de Duitse bronbelasting niet is verrekend, ontbreken overeenkomstige vaststellingen met betrekking tot de aandeelhouders van Amber Chemical Co. Ltd als indirecte aandeelhoudster van verzoekster. Bovendien is dat geen buitenlandse verklaring in de zin van § 32, lid 5, vijfde volzin, KStG.

Blijkens de door verzoekster overgelegde verklaringen van de HMRC van 24 mei 2016 dat geen algemene verrekening heeft plaatsgevonden, is een verrekening bij slechts indirecte aandeelhouders (dat wil zeggen de directe aandeelhouders van verzoekster) over het algemeen niet mogelijk. Het betreft hier echter een algemene verklaring van de Britse belastingdienst, die geen enkel concreet verband houdt met de kwestie in dit geding, meer bepaald met de indirecte aandeelhouders van verzoekster. Daarbij komt nog dat niet bekend is in welke landen de indirecte aandeelhouders – te weten de directe aandeelhouders van de beursgenoteerde Amber Chemical Co. Ltd – in de litigieuze jaren waren gevestigd en dat dit ook niet kan worden nagegaan. Evenmin is uit deze algemene verklaringen herkenbaar dat zij door de betreffende bevoegde belastingdienst zijn afgegeven. Tegen deze achtergrond moet verzoeksters verzoek tot teruggaaf op grond van § 32, lid 5, KStG worden afgewezen. Dit zou anders zijn indien het vereiste van § 32, lid 5, tweede volzin, punt 5 en vijfde volzin, KStG in strijd zou zijn met het vrije verkeer van kapitaal en dus buiten toepassing moet worden gelaten. In dat geval zou verzoeksters verzoek tot teruggaaf moeten worden toegewezen. Dientengevolge is de vraag of het vrije verkeer van kapitaal zich verzet tegen de regeling van § 32, lid 5, tweede volzin, punt 5 en vijfde volzin, KStG relevant voor de beslechting van het geding.

Bij de verwijzende rechter rijzen Europeesrechtelijke twijfels met betrekking tot de inbreuk op het vrije verkeer van kapitaal (artikel 63, lid 1, en artikel 65 VWEU), als primair gemeenschapsrecht, evenals tot schending van het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van nuttige werking.

1. Eerste prejudiciële vraag: inbreuk op het vrije verkeer van kapitaal (artikel 63, lid 1, en artikel 65 VWEU)

Verzoekster moet als beperkt belastingplichtige buitenlandse vennootschap 15 % belasting op inkomsten uit kapitaal betalen op de door haar ontvangen dividenden en kan deze belasting wegens het bepaalde in § 32, lid 5, tweede volzin, punt 5 en vijfde volzin, KStG niet verrekenen of om teruggaaf ervan verzoeken. Daarentegen wordt bij onbeperkt belastingplichtige Duitse vennootschappen de belasting op inkomsten uit kapitaal volledig verrekend met de verschuldigde vennootschapsbelasting en in voorkomende gevallen terugbetaald. Door deze ongelijke behandeling rijzen bij de verwijzende rechter twijfels met betrekking tot een mogelijke inbreuk op het vrije verkeer van kapitaal overeenkomstig artikel 63, lid 1, juncto artikel 65 VWEU.

Volgens de rechtspraak van het Hof strekken de maatregelen die ingevolge artikel 63, lid 1, VWEU verboden zijn omdat zij het vrije kapitaalverkeer beperken, zich mede uit tot de maatregelen die niet-ingezetenen ervan kunnen doen afzien in een lidstaat investeringen te doen, of die ingezetenen van deze lidstaat ervan kunnen weerhouden in andere lidstaten investeringen te doen (zie onder meer arresten van 13 november 2019, *College Pension Plan of British Columbia*, C-641/17, punt 48, en 10 april 2014 *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, punt 39). Met name het feit dat een lidstaat dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezeten pensioenfondsen ongunstiger behandelt dan dividenden die worden uitgekeerd aan ingezeten pensioenfondsen, kan in een andere dan die lidstaat gevestigde vennootschappen ervan doen afzien in die lidstaat te investeren, zodat dit een beperking van het vrije kapitaalverkeer vormt die in beginsel verboden is door artikel 63 VWEU (zie met betrekking tot de belastingheffing op niet-ingezeten pensioenfondsen die dividenden ontvangen uit het grondgebied van de Gemeenschap, arresten van 13 november 2019, *College Pension Plan of British Columbia*, C-641/17, punt 49; 20 oktober 2011, *Commissie/Duitsland*, C-284/08, punt 72 e.v., en 22 november 2012, *Commissie/Duitsland*, C- 600/10, EU:C:2012:737, punt 15).

Wanneer op dividenden die aan niet-ingezeten pensioenfondsen worden uitgekeerd een zwaardere belastingdruk rust dan op dividenden die worden uitgekeerd aan ingezeten pensioenfondsen, dan is er sprake van een dergelijke minder gunstige behandeling (zie, met betrekking tot de belastingheffing op niet-ingezeten pensioenfondsen die dividenden ontvangen uit het grondgebied van de Gemeenschap, arresten van 13 november 2019, *College Pension Plan of British Columbia*, C-641/17, punt [50], en 17 september 2015, *Miljoen e.a.*, C- 10/14, C- 14/14 en C- 17/14, EU:C:2015:608, punt 48). Hetzelfde geldt wanneer aan binnenlandse vennootschappen uitgekeerde dividenden geheel of gedeeltelijk worden vrijgesteld, terwijl dividenden die aan buitenlandse vennootschappen worden uitgekeerd, onderworpen zijn aan een definitieve inhouding aan de bron (zie in die zin arrest van 8 november 2012, *Commissie/Finland*, C- 342/10, EU:C:2012:688, punten 32 en 33).

Tegen deze achtergrond is er sprake van een inbreuk op de in artikel 63 VWEU neergelegde geboden bescherming van het vrije verkeer van kapitaal. § 32, lid 5, KStG stelt immers strengere voorwaarden aan de teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal aan in het buitenland gevestigde vennootschappen die minder dan 10 % of 15 % van de aandelen in een in het binnenland gevestigde vennootschap bezitten, dan aan de teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal aan in het binnenland gevestigde vennootschappen die minder dan 10 % en 15 % van de aandelen van een in het binnenland gevestigde vennootschap bezitten. De belasting op inkomsten uit kapitaal wordt namelijk alleen terugbetaald aan buitenlandse vennootschappen indien de ingehouden belasting op inkomsten uit kapitaal niet kan worden verrekend bij de schuldeiser of bij de directe of indirecte aandeelhouder van de schuldeiser, noch als bedrijfskosten of beroepskosten kan worden afgetrokken. Bovendien moet dit ingevolge § 32, lid 5, vijfde volzin, KStG worden bewezen door overlegging van een verklaring van de buitenlandse belastingdienst. Dit vereiste geldt echter niet voor de teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal aan binnenlandse vennootschappen.

De verwijzende rechter betwijfelt of deze inbreuk gerechtvaardigd is. Het is twijfelachtig of de regeling van § 32, lid 5, tweede volzin, punt 5, en vijfde volzin, KStG in het licht van artikel 65, lid 1, onder a), VWEU gerechtvaardigd is. Volgens artikel 65 VWEU doet het bepaalde in artikel 63 VWEU 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. Deze bepaling moet, als uitzondering op het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van kapitaal, strikt worden uitgelegd. Zij kan dan ook niet aldus worden uitgelegd dat elke belastingwetgeving die onderscheid maakt tussen belastingplichtigen naargelang van hun vestigingsplaats of van de lidstaat waarin zij hun kapitaal beleggen, automatisch verenigbaar is met het VWEU (zie arrest van 13 november 2019, *College Pension Plan of British Columbia*, C-641/17, punt 63). De in artikel 65, lid 1, onder a), VWEU bedoelde afwijking wordt immers zelf beperkt door artikel 65, lid 3, VWEU, dat bepaalt dat de in lid 1 van dit artikel bedoelde nationale maatregelen „geen middel tot willekeurige discriminatie [mogen] vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer als omschreven in artikel 63 [VWEU]” (zie arresten van 13 november 2019, *College Pension Plan of British Columbia*, C-641/17, punt 63, en 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, punten 55 en 56).

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. Een nationale belastingregeling kan enkel verenigbaar met de verdragsbepalingen betreffende het vrije kapitaalverkeer 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 (zie arresten van 13 november 2019, *College Pension Plan of British Columbia*, C-641/17, punt 64,

en 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a., C- 338/11–C- 347/11, EU:C:2012:286, punt 23). Hierbij moet de vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een interne situatie worden onderzocht op basis van het door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel en het voorwerp en de inhoud van die bepalingen (zie arrest van 13 november 2019, College Pension Plan of British Columbia, C-641/17, punt 65).

Bovendien benadert de situatie van deze niet-ingezeten aandeelhouders evenwel die van de ingezeten aandeelhouders, zodra een lidstaat, hetzij unilateraal hetzij door het sluiten van overeenkomsten, niet alleen ingezeten aandeelhouders, maar ook niet-ingezeten aandeelhouders aan de inkomstenbelasting onderwerpt voor het dividend dat zij van een ingezeten vennootschap ontvangen (zie arresten van 8 november 2007, ██████████ C-379/05, EU:C:2007:655, punt 38, en 20 oktober 2011, Commissie/Duitsland, C-284/09, punt 56). 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 moet de staat van vestiging van de uitkerende vennootschap ervoor zorgen dat de niet-ingezeten ontvangende vennootschappen met betrekking tot het in zijn nationale recht vervatte mechanisme ter voorkoming of vermindering van opeenvolgende belastingheffingen of dubbele economische belasting op een wijze worden behandeld die gelijkwaardig is aan de wijze waarop ingezeten ontvangende vennootschappen worden behandeld, zodat zij niet worden geconfronteerd met een – in beginsel door artikel 63 VWEU (oud artikel 56 EG) verboden – beperking van het vrije kapitaalverkeer (zie arresten van 8 november 2007, ██████████ C-379/05, EU:C:2007:655, punt 39, en 20 oktober 2011, Commissie/Duitsland, C-284/09, punt 56).

In casu heeft de Bondsrepubliek Duitsland ervoor heeft gekozen om met betrekking tot dividenden uit kleine deelnemingen die aan in het binnenland gevestigde vennootschappen worden uitgekeerd haar belastingbevoegdheid uit te oefenen door belasting op inkomsten uit kapitaal te heffen die vervolgens kan worden verrekend. De Bondsrepubliek Duitsland heeft echter ook beslist om dividenden uit kleine deelnemingen die aan buitenlandse vennootschappen worden uitgekeerd, aan belasting op inkomsten uit kapitaal te onderwerpen. Wat het voorkomen van dubbele belasting betreft bevinden zij zich in een vergelijkbare situatie. Niet is gebleken dat in het binnenland gevestigde vennootschappen die dividend ontvangend uit kleine deelnemingen niet vergelijkbaar zouden zijn met in het buitenland gevestigde vennootschappen datzelfde dividend ontvangen. In dit verband lijken verschillende voorwaarden voor het verkrijgen van teruggaaf dan wel voor verrekening van belasting op inkomsten uit kapitaal niet gerechtvaardigd.

De verwijzende rechter betwijfelt eveneens of het verschil in behandeling gerechtvaardigd is volgens de ██████████ clauseule. Zo kan de definitieve heffing van de belasting op inkomsten uit kapitaal in de bronstaat op grond van de ██████████ ██████████ gerechtvaardigd zijn wanneer de staat van vestiging deze belasting in

haar geheel met de vastgestelde belasting verrekenen en in voorkomend geval ook terugbetaalt (zie in dit verband arrest van 8 november 2007, ████████ C-379/05, EU:C:2007:655, punt 79 e.v.). De in casu twijfelachtige regeling van § 32, lid 5, tweede volzin, punt 5, KStG zou hiermee rekening kunnen houden (arrest van 8 november 2007, ████████ C-379/05, EU:C:2007:655, punt 61). In het onderhavige geding zou een dergelijke mogelijke verrekening in verzoeksters vestigingsstaat kunnen voortvloeien uit artikel 23, lid 2, onder a), DBA-GB. Volgens deze bepaling wordt krachtens het Duitse recht de Duitse belasting die op winsten of inkomsten uit bronnen binnen Duitsland moet worden betaald, rechtstreeks of door aftrek verrekend met de belasting van het Verenigd Koninkrijk, die aan de hand van winsten of inkomsten worden berekend en zijn bedoeld voor de berekening van de Duitse belasting. Bijgevolg voorziet het verdrag weliswaar in een verrekening, maar is deze verrekening beperkt tot de Britse belasting op door een Duitse vennootschap uitgekeerde dividenden. Derhalve is de verrekening van de Duitse belasting op inkomsten uit kapitaal tegen het volledige tarief van 15 % niet gewaarborgd.

De indirecte aandeelhouders kunnen feitelijk niet worden geïdentificeerd, zodat niet kan worden vastgesteld of er bilaterale mogelijkheden bestaan om de belasting op inkomsten uit kapitaal in de staat van vestiging te verrekenen. Daarbij komt nog dat door de uitbreiding van § 32, lid 5, tweede volzin, punt 5, KStG met name ten aanzien van alle indirecte aandeelhouders vereisten van onderzoek gelden die niet worden opgelegd aan een binnenlandse vennootschap die dividenden ontvangt.

2. Tweede prejudiciële vraag: schending van het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van nuttige werking

Indien de eerste prejudiciële vraag ontkennend wordt beantwoord en het bijgevolg verenigbaar is met het vrije verkeer van kapitaal dat een in het buitenland gevestigde vennootschap die dividenden uit een kleine deelneming ontvangt, voor de teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal, middels een verklaring van de buitenlandse belastingdienst moet aantonen dat de belasting op inkomsten uit kapitaal niet bij haar of bij een directe of indirecte aandeelhouder van haar kan worden verrekend, dan wel als bedrijfsuitgave of beroepskosten kan worden afgetrokken, twijfelt de verwijzende rechter of het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van nuttige werking zich verzetten tegen een desbetreffende verklaring, wanneer het voor de in het buitenland gevestigde ontvanger van dividenden uit zijn kleine deelneming feitelijk onmogelijk is om deze verklaring over te leggen.

Volgens het beginsel van nuttige werking moeten de lidstaten alle maatregelen nemen die ertoe strekken het gemeenschapsrecht zo ruim mogelijk te laten werken. Het doeltreffendheidsbeginsel houdt in dat uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag worden gemaakt (zie arrest van 8 maart 2001, *Metallgesellschaft e.a.*, C-397/98 en C-410/98, EU:C:2001:134, punt 85, en 2 oktober 2003, *Weber's Wine World e.a.*, C-147/01, EU:C:2003:533, punt 38). Het

evenredigheidsbeginsel vereist dat maatregelen geschikt moeten zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken en dat zij niet verder mogen gaan dan nodig is om deze doelstellingen te verwezenlijken (zie arrest van 26 februari 2019, C-581/17, EU:C:2019:138, punt 63).

Zelfs indien de voorwaarde van § 32, lid 5, tweede volzin, punt 5, KStG met het vrije verkeer van kapitaal verenigbaar zou zijn, wordt de belastingplichtige die om teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal verzoekt – in casu verzoekster – met ernstige moeilijkheden geconfronteerd door het vereiste dat door overlegging van desbetreffende verklaringen van buitenlandse belastingautoriteiten moet worden aangetoond dat aan deze voorwaarde met betrekking tot alle directe en indirecte vennoten is voldaan. De verkrijging van deze verklaringen vergt soms onevenredige inspanningen of kan, zoals in het onderhavige geval, in de praktijk zelfs onmogelijk zijn. In casu wordt de uitoefening van het vrije verkeer van kapitaal voor de belastingplichtige die om teruggaaf van de belasting op inkomsten uit kapitaal verzoekt – in dit geval verzoekster – praktisch onmogelijk gemaakt. Duitsland heeft bijgevolg met dit vereiste geen maatregel genomen om het gemeenschapsrecht zo ruim mogelijk te laten werken, maar heeft in feite de uitvoering daarvan zelfs verijdeld.

Deze wet voorziet evenmin in uitzonderingen op het in § 32, lid 5, vijfde volzin, KStG neergelegde bewijsvereiste. Volgens de wettelijke regeling is het niet van belang dat de schuldeiser feitelijk niet in staat is bewijsstukken of verklaringen van de buitenlandse belastingautoriteit over te leggen of dat dit niet van hem kan worden gevergd. De verwijzende rechter betwijfelt of dit verenigbaar is met rechtsstatelijke aspecten van evenredigheid en in het bijzonder met het door het Unierecht erkende beginsel van nuttige werking. Zelfs indien het Hof de nationale lidstaat doorgaans aanzienlijke ruimte laat bij de procedurele uitvoering van het Unierechtelijk op te eisen materiële recht, zijn er grenzen. Deze grenzen zijn evenwel overschreden wanneer de bewijslevering feitelijk wordt geblokkeerd.