



Datum van inontvangstneming : 29/11/2017

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team belastingrecht
Meervoudige Belastingkamer
Kenmerken: 14/00640 tot en met 14/00645

Uitspraak op het hoger beroep van

A-Fonds,
gevestigd te XXX (Duitsland),
hierna: belanghebbende,

en het voorwaardelijk incidentele hoger beroep van

de inspecteur van de Belastingdienst,
hierna: de Inspecteur

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>1.061.918</u>	
Luxemburg	17. 10. 2017 De Griffier, voor deze
Fax/E-mail: _____	<i>Manuela Ferreira</i> Maria Manuela Ferreira
Neergelegd op: <u>16.10.2017</u>	Hoofdadministrateur

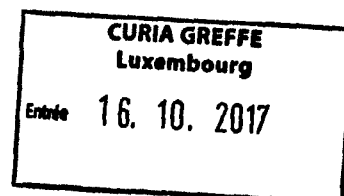
tegen de in een geschrift vervatte uitspraken (hierna ook: de uitspraak) van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant te Breda (hierna: de Rechtbank) van 6 mei 2014, kenmerken AWB 12/155, AWB 12/156 en AWB 12/158 tot en met AWB 12/161, in het geding tussen

belanghebbende,

en

de Inspecteur,

betreffende de hierna te vermelden beschikkingen.



1. Ontstaan en loop van het geding

Ten aanzien van de boekjaren 2002/2003, 2003/2004 en 2004/2005

1.1. Met dagtekening 24 oktober 2006 heeft belanghebbende de Inspecteur schriftelijk verzocht om uitreiking van een aangiftebiljet voor de vennootschapsbelasting voor buitenlandse belastingplichtigen voor het jaar 2003 (boekjaar 2002/2003). Bij eveneens op 24 oktober 2006 gedagtekend schrijven, gezien in verbinding met de met dat schrijven meegezonden aangifte in de vennootschapsbelasting voor het jaar 2002/2003, heeft belanghebbende de Inspecteur verzocht om teruggave van de te haren laste ingehouden dividendbelasting over het boekjaar 2002/2003, ten bedrage van € 25.421,18.

1.2. Met dagtekening 23 november 2011 heeft de Inspecteur belanghebbende voor het boekjaar 2002/2003 een beschikking geen aanslag gegeven ingevolge artikel 12 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: de AWR) en belanghebbendes verzoek om teruggave van dividendbelasting afgewezen.

1.3. Met dagtekening 12 juni 2007 heeft belanghebbende de Inspecteur schriftelijk verzocht om uitreiking van een aangiftebiljet voor de vennootschapsbelasting voor buitenlandse belastingplichtigen voor het jaar 2004 (boekjaar 2003/2004). Bij eveneens op 12 juni 2007

gedagtekend schrijven heeft belanghebbende de Inspecteur verzocht om teruggave van de te haren laste ingehouden dividendbelasting over het jaar boekjaar 2003/2004, ten bedrage van € 26.877,43. De door belanghebbende met dat schrijven meegezonden aangifte in de vennootschapsbelasting voor het boekjaar 2003/2004 strekt eveneens tot teruggave van het zojuist genoemde bedrag.

1.4. Met dagtekening 23 november 2011 heeft de Inspecteur belanghebbende voor het boekjaar 2003/2004 een beschikking geen aanslag gegeven ingevolge artikel 12 van de AWR en belanghebbendes verzoek om teruggave van dividendbelasting afgewezen.

1.5. Met dagtekening 10 januari 2008 heeft belanghebbende de Inspecteur schriftelijk verzocht om uitreiking van een aangiftebiljet voor de vennootschapsbelasting voor buitenlandse belastingplichtigen voor het jaar 2005 (boekjaar 2004/2005). Bij eveneens op 10 januari 2008 gedagtekend schrijven heeft belanghebbende de Inspecteur verzocht om teruggave van de te haren laste ingehouden dividendbelasting over het boekjaar 2004/2005, ten bedrage van € 42.895,05. De door belanghebbende met dat schrijven meegezonden aangifte in de vennootschapsbelasting voor het jaar boekjaar 2004/2005 strekt eveneens tot teruggave van het zojuist genoemde bedrag.

1.6. Met dagtekening 23 november 2011 heeft de Inspecteur belanghebbende voor het boekjaar 2004/2005 een beschikking geen aanslag gegeven ingevolge artikel 12 van de AWR en belanghebbendes verzoek om teruggave van dividendbelasting afgewezen.

Boekjaren 2005/2006, 2006/2007 en 2007/2008

1.7. Met dagtekening 12 maart 2007 heeft belanghebbende de Inspecteur schriftelijk verzocht om teruggave van de te haren laste ingehouden dividendbelasting over het boekjaar 2005/2006, ten bedrage van 25.223,48. De door belanghebbende met dat schrijven meegezonden aangifte in de dividendbelasting strekt eveneens tot teruggave van het zojuist genoemde bedrag.

1.8. Bij beschikking met dagtekening 23 november 2011 heeft de Inspecteur belanghebbendes verzoek om teruggave van dividendbelasting afgewezen.

1.9. Met dagtekening 22 april 2008 heeft belanghebbende de Inspecteur schriftelijk verzocht om teruggave van de te haren laste ingehouden dividendbelasting over het boekjaar 2006/2007, ten bedrage van € 38.642,08. De door belanghebbende met dat schrijven meegezonden aangifte in de dividendbelasting strekt eveneens tot teruggave van het zojuist genoemde bedrag.

1.10. Bij beschikking met dagtekening 23 november 2011 heeft de Inspecteur belanghebbendes verzoek om teruggave van dividendbelasting afgewezen.

1.11. Met dagtekening 11 maart 2009 heeft belanghebbende de Inspecteur schriftelijk verzocht om teruggave van de te haren laste ingehouden dividendbelasting over het boekjaar 2007/2008, ten bedrage van € 1.800. De door belanghebbende met dat schrijven meegezonden aangifte in de dividendbelasting strekt eveneens tot teruggave van het zojuist genoemde bedrag.

1.12. Bij beschikking met dagtekening 23 november 2011 heeft de Inspecteur belanghebbendes verzoek om teruggave van dividendbelasting afgewezen.

1.13. Belanghebbende heeft met toepassing van artikel 7:1a van de Algemene wet

bestuursrecht (hierna: de Awb), na instemming van de Inspecteur ingevolge artikel 7:1a, vijfde lid, van de Awb, rechtstreeks beroepen ingesteld bij de Rechtbank tegen de hiervóór onder 1.2, 1.4, 1.6, 1.8, 1.10 en 1.12 genoemde beschikkingen van de Inspecteur. Ter zake van die beroepen heeft de griffier van de Rechtbank van belanghebbende zes maal een bedrag aan griffierecht geheven van € 302.

1.14. De Rechtbank heeft de beroepen bij in één geschrift vervatte uitspraken ongegrond verklaard.

1.15. Belanghebbende is van de uitspraken van de Rechtbank in hoger beroep gekomen bij het Hof. Ter zake van dat hoger beroep heeft de griffier van belanghebbende een griffierecht geheven van € 493. De Inspecteur heeft een verweerschrift ingediend.

1.16. De Inspecteur heeft, als onderdeel van het geschrift houdende zijn verweer, voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Rechtbank. Belanghebbende heeft dat hoger beroep beantwoord bij schrijven met dagtekening 21 oktober 2014.

1.17. Zowel belanghebbende als de Inspecteur hebben op de voet van artikel 8:58 van de Awb, met dagtekening 12 november 2015 onderscheidenlijk 13 november 2015, nadere stukken in het geding gebracht. Belanghebbende heeft bij schrijven met dagtekening 16 november 2015 gereageerd op het bedoelde stuk van de Inspecteur.

1.18. Belanghebbende heeft op verzoek van het Hof vertalingen van Duitstalige stukken in het geding gebracht, welke stukken bij het Hof zijn ingekomen op 23 november 2015. Deze stukken zijn door tussenkomst van de griffier van het Hof in afschrift aan de wederpartij verstrekt.

1.19. De Inspecteur heeft bij schrijven met dagtekening 25 november 2015 een pleitnota met bijlagen toegezonden aan het Hof en aan de wederpartij, welke pleitnota met instemming van partijen wordt geacht ter zitting te zijn voorgedragen. Belanghebbende heeft geen bezwaar gemaakt tegen overlegging van de bij deze pleitnota behorende bijlagen.

1.20. Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgehad op 26 november 2015 te 's-Hertogenbosch. Aldaar zijn toen verschenen en gehoord, namens belanghebbende, de heer [C], de heer [D], mevrouw [E] en mevrouw [F], alsmede, namens de Inspecteur, de heren [G], [H], [J], [K] en mevrouw mr. [L].

1.21. Het Hof heeft het onderzoek ter zitting geschorst en daarbij bepaald dat het vooronderzoek wordt hervat. Vervolgens heeft het Hof partijen verzocht schriftelijke inlichtingen te geven en/of onder hen berustende stukken in te zenden.

1.22. Belanghebbende heeft gebruik gemaakt van de haar door het Hof geboden gelegenheid om vertalingen van Duitstalige stukken het geding te brengen, welke stukken door het Hof zijn ontvangen op 15 december 2015.

1.23. Belanghebbende heeft bij brief van 16 december 2015 een verklaring van BBB in het geding gebracht.

1.24. Partijen hebben het Hof voorts schriftelijk inlichtingen verschaft bij schrijven, van belanghebbende, met dagtekening 21 januari 2016 en bij schrijven, van de Inspecteur, met dagtekening 24 maart 2016.

1.25. De nadere zitting heeft plaatsgehad op 6 oktober 2016 te 's-Hertogenbosch. Aldaar zijn toen verschenen en gehoord, namens belanghebbende, de heer [C] en mevrouw [E], alsmede, namens de Inspecteur, de heren [G], [H], [K] en mevrouw mr. [L].

1.26. Aan het slot van deze zitting heeft het Hof het onderzoek geschorst en bepaald dat het vooronderzoek wordt hervat.

1.27. De Inspecteur heeft met dagtekening 22 november 2016 een nader stuk in het geding gebracht.

1.28. Belanghebbende heeft bij brief van 16 december 2016 nadere stukken in het geding gebracht.

1.29. Met dagtekening 9 mei 2017 heeft het Hof een concept met tekstgedeelten van de onderhavige uitspraak aan partijen verzonden. Partijen hebben schriftelijk op dat concept gereageerd.

2. Feiten

Op grond van de stukken van het geding en het verhandelde tijdens het onderzoek ter zitting stelt het Hof de volgende feiten vast.

A. Ten aanzien van belanghebbende

2.1. Belanghebbende is een naar Duits recht opgericht beleggingsfonds, wier activiteiten naar doel en feitelijke werkzaamheid bestaan uit het beleggen van vermogen. Belanghebbende is gevestigd in Frankfurt am Main te Duitsland. Zij is een *Spezial-Söndervermogen* en bezit geen rechtspersoonlijkheid. Het boekjaar van belanghebbende loopt van 1 november tot en met 31 oktober.

2.2. Het vermogen van belanghebbende is een afgescheiden beleggingsvermogen. Aandelen in haar vermogen kunnen slechts worden gehouden door beleggers die geen natuurlijke personen zijn. YYY Investment GmbH (hierna: YYY) is de beheersvennootschap (*Kapitalverwaltungsgesellschaft*) van belanghebbende en vertegenwoordigt belanghebbende in het rechtsverkeer met derden. YYY belegt in eigen naam en voor rekening en risico van de aandeelhouder(s) in belanghebbende. De vermogensrechten waarin wordt belegd, worden gehouden door Bank ZZZ-2 (tot 1 april 2008: Bank ZZZ; hierna: ZZZ), die als bewaarder (*Depotbank*) van belanghebbende optreedt.

2.3. Belanghebbende is volgens de Duitse toezichtregelgeving voor beleggingsfondsen een *open-ended* beleggingsfonds. Alle aandelen in het vermogen van belanghebbende worden sinds haar oprichting gehouden door BBB (sinds 1 januari 2013: BBB-2; hierna: BBB). Nieuwe aandelen in het vermogen van belanghebbende kunnen slechts worden uitgegeven met toestemming van BBB. De vervreemding van aandelen, door BBB, aan derden kan slechts plaatsvinden met toestemming van YYY. YYY kan die toestemming slechts weigeren in gevallen zoals aangeduid in de tussen BBB, ZZZ en YYY gesloten raamovereenkomst (*Rahmenvertrag*; zie onderdeel 2.7. hierna).

2.4. Belanghebbende wordt in Duitsland aangemerkt als doelvermogen en is ingevolge § 11, lid 1, van de *Investmentsteuergesetz* aldaar vrijgesteld van belastingheffing naar de winst

(*Körperschaftsteuer* en *Gewerbsteuer*).

2.5. Belanghebbende en haar rechtsverhouding tot haar aandeelhouders worden wettelijk geregeld door de *Investmentgesetz* en overigens door middel van algemene en bijzondere fondsvoorwaarden (*Allgemeine* en *Besondere Vertragsbedingungen*). Aan die, voor de onderhavige jaren geldende, wettelijke regels en fondsvoorwaarden kan het volgende worden ontleend:

Investmentgesetz

“Kapital 1 Allgemeine Bestimmungen

(...)

§1 Anwendungsbereich

Dieses Gesetz ist anzuwenden auf

1. inländische Investmentvermögen, soweit diese in Form von Investmentfonds im Sinne des § 2 Abs. 1 oder Investmentaktiengesellschaften im Sinne des § 2 Abs. 5 gebildet werden,

(...)

Investmentvermögen im Sinne des Satzes 1 sind Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage, die nach dem Grundsatz der Risikomischung in Vermögensgegenständen im Sinne des § 2 Abs. 4 angelegt sind.

§2 Begriffsbestimmungen

(1) Investmentfonds sind von einer Kapitalanlagegesellschaft verwaltete Publikums-Sondervermögen nach den Anforderungen der Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) (ABl. EG Nr. L 375 S. 3), zuletzt geändert durch Artikel 9 der Richtlinie 2005/1/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2005 (ABl. EU Nr. L 79 S. 9), und sonstige Publikums- oder Spezial-Sondervermögen.

(2) Sondervermögen sind inländische Investmentvermögen, die von einer Kapitalanlagegesellschaft für Rechnung der Anleger nach Maßgabe dieses Gesetzes und den Vertragsbedingungen, nach denen sich das Rechtsverhältnis der Kapitalanlagegesellschaft zu den Anlegern bestimmt, verwaltet werden, und bei denen die Anleger das Recht zur Rückgabe der Anteile haben.

(3) Spezial-Sondervermögen sind Sondervermögen, deren Anteile aufgrund schriftlicher Vereinbarungen mit der Kapitalanlagegesellschaft ausschließlich von Anlegern, die nicht natürliche Personen sind, gehalten werden. Alle übrigen Sondervermögen sind Publikums-Sondervermögen.

(...)

(6) Kapitalanlagegesellschaften sind Unternehmen, deren Hauptzweck in der Verwaltung von inländischen Investmentvermögen im Sinne des § 1 Satz 1 Nr. 1 oder in der Verwaltung von inländischen Investmentvermögen im Sinne des § 1 Satz 1 Nr. 1 und der individuellen Vermögensverwaltung besteht.

(7) Depotbanken sind Unternehmen, die die Verwahrung und Überwachung von Investmentvermögen ausführen.

(...)

§ 9 Allgemeine Verhaltensregeln

(1) Die Kapitalanlagegesellschaft hat die inländischen Investmentvermögen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger zu verwalten. Sie handelt bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig von der Depotbank.

(2) Die Kapitalanlagegesellschaft ist verpflichtet,

1. bei der Ausübung ihrer Tätigkeit im ausschließlichen Interesse ihrer Anleger und der Integrität des Marktes zu handeln,

(...)

Kapitel 2

Sondervermögen

(...)

§ 30 Sondervermögen

(1) Die zum Sondervermögen gehörenden Vermögensgegenstände können nach Maßgabe der Vertragsbedingungen im Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft oder im Miteigentum der Anleger stehen. Das Sondervermögen ist von dem eigenen Vermögen der Kapitalanlagegesellschaft getrennt zu halten.

(...)

§ 31 Verfügungsbefugnis, Treuhänderschaft, Sicherheitsvorschriften

(1) Die Kapitalanlagegesellschaft ist berechtigt, im eigenen Namen über die zu einem Sondervermögen gehörenden Gegenstände nach Maßgabe dieses Gesetzes und der Vertragsbedingungen zu verfügen und alle Rechte aus ihnen auszuüben.

(2) Das Sondervermögen haftet nicht für Verbindlichkeiten der Kapitalanlagegesellschaft; dies gilt auch für Verbindlichkeiten der Kapitalanlagegesellschaft aus Rechtsgeschäften, die sie für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger schließt. Die Kapitalanlagegesellschaft ist nicht berechtigt, im Namen der Anleger Verbindlichkeiten einzugehen. Von den Vorschriften dieses Absatzes abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.

(3) Die Kapitalanlagegesellschaft kann sich wegen ihrer Ansprüche auf Vergütung und auf Ersatz von Aufwendungen aus den für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger getätigten Geschäften nur aus dem Sondervermögen befriedigen; die Anleger haften ihr nicht persönlich.

(...)

(6) Forderungen gegen die Kapitalanlagegesellschaft und Forderungen, die zu einem Sondervermögen gehören, können nicht gegeneinander aufgerechnet werden. Dies gilt nicht für Rahmenverträge über Geschäfte nach § 51 Abs. 3 Nr. 3, nach den §§ 54 und 57 oder mit Prime Brokern, für die vereinbart ist, dass die auf Grund dieser Geschäfte oder des Rahmenvertrages für Rechnung des Sondervermögens begründeten Ansprüche und Forderungen selbsttätig oder durch Erklärung einer Partei aufgerechnet oder im Falle der Beendigung des Rahmenvertrages wegen Nichterfüllung oder Insolvenz durch eine einheitliche Ausgleichsforderung ersetzt werden.

(...)

§ 37 Rücknahme von Anteilen, Aussetzung

(1) Jeder Anleger kann verlangen, dass ihm gegen Rückgabe des Anteils sein Anteil an dem Sondervermögen aus diesem ausgezahlt wird; die Einzelheiten sind in den Vertragsbedingungen festzulegen.

(...)

§ 38 Kündigung und Verlust des Verwaltungsrechts

(...)

3. Das Recht der Kapitalanlagegesellschaft, die Sondervermögen zu verwalten, erlischt ferner mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Kapitalanlagegesellschaft oder mit der Rechtskraft des Gerichtsbeschlusses, durch den der Antrag auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse nach § 26 der Insolvenzordnung abgewiesen wird. Die Sondervermögen gehören nicht zur Insolvenzmasse der Kapitalanlagegesellschaft.
(...)

Abschnitt 8 **Spezial-Sondervermögen**

(...)

§ 92 Übertragung der Anteile

Die Kapitalanlagegesellschaft hat in einer schriftlichen Vereinbarung mit den Anlegern sicherzustellen, dass die Anteile nur mit Zustimmung der Kapitalanlagegesellschaft von den Anlegern übertragen werden dürfen."

Allgemeine Vertragsbedingungen

"§ 1 Grundlagen

1. Die Gesellschaft ist eine Kapitalanlagegesellschaft und unterliegt den Vorschriften des Investmentgesetzes (InvG).
2. Sie legt bei ihr eingelegtes Geld im eigenen Namen für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger nach dem Grundsatz der Risikomischung in den nach dem InvG zugelassenen Vermögensgegenständen gesondert vom eigenen Vermögen in Form von Sondervermögen an. Über die hieraus sich ergebenden Rechte der Anleger werden von ihr Urkunden (Anteilscheine) ausgestellt.
(...)

§ 3 Fondsverwaltung

1. Die Gesellschaft erwirbt und verwaltet die Vermögensgegenstände im eigenen Namen für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes. Sie handelt bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig von der Depotbank und ausschließlich im Interesse der Anleger und der Integrität des Marktes.
2. Die Gesellschaft ist berechtigt, mit dem von den Anlegern eingelegten Geld die Vermögensgegenstände zu erwerben, diese wieder zu veräußern und den Erlös anderweitig anzulegen; sie ist ferner ermächtigt, alle sich aus der Verwaltung der Vermögensgegenstände ergebenden sonstigen Rechtshandlungen vorzunehmen.
(...)

§ 16 Anteilscheine

1. Die Anteilscheine lauten auf den Namen und sind über einen Anteil oder eine Mehrzahl von Anteilen ausgestellt.
2. Die Anteile können verschiedene Rechte hinsichtlich der Ertragsverwendung, des Ausgabeaufschlages, des Rücknahmeabschlages, der Währung des Anteilwertes, der Verwaltungsvergütung oder einer Kombination dieser Merkmale (Anteilklassen) haben. Die Einzelheiten sind in den „Besonderen Vertragsbedingungen“ festgelegt.
3. Die Anteilscheine tragen mindestens die handschriftlichen oder vervielfältigten Unterschriften der Gesellschaft und der Depotbank. Darüber hinaus weisen sie die eigenhändige Unterschrift einer Kontrollperson der Depotbank auf.

4. Die Anteile dürfen vom Anleger nur mit vorheriger Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden. Mit der Übertragung eines Anteilscheines gehen die in ihm verbrieften Rechte über.
5. Sofern die Rechte der Anleger bei der Errichtung des Sondervermögens oder die Rechte der Anleger einer Anteilklasse bei Einführung der Anteilklasse nicht in einer Globalurkunde, sondern in einzelnen Anteilscheinen oder in Mehrfachurkunden verbrieft werden sollen, erfolgt die Festlegung in den „Besonderen Vertragsbedingungen“.

§ 17 Ausgabe und Rücknahme von Anteilscheinen, Rücknahmeaussetzung

1. Die Anzahl der ausgegebenen Anteile und entsprechenden Anteilscheine ist grundsätzlich nicht beschränkt. Die Gesellschaft behält sich vor, die Ausgabe von Anteilscheinen vorübergehend oder vollständig einzustellen.
2. Die Anteilscheine können nur bei der Gesellschaft erworben werden. Anleger können nur nicht natürliche Personen sein; ihre Zahl ist auf dreißig beschränkt
(....)”

Besondere Vertragsbedingungen

“§ 6 Anteilscheine

1. Die Rechte der Anleger werden bei der Errichtung des Sondervermögens ausschließlich in Globalurkunden verbrieft. Ein Anspruch auf Auslieferung einzelner Anteilscheine besteht nicht.
2. Die Anleger sind an den jeweiligen Vermögensgegenständen des Sondervermögens in Höhe ihrer Anteile als Miteigentümer nach Bruchteilen beteiligt.
(...)

§ 9 Ausschüttung

1. Die Gesellschaft schüttet grundsätzlich die während des Geschäftsjahres für Rechnung des Sondervermögens angefallenen und nicht zur Kostendeckung verwendeten Zinsen, Dividenden und Erträge aus Investmentanteilen sowie Entgelte aus Darlehens- und Pensionsgeschäften aus. Veräußerungsgewinne und sonstige Erträge können ebenfalls zur Ausschüttung herangezogen werden. Auf Erträge entfallende Teile des Ausgabepreises für ausgegebene Anteilscheine können zur Ausschüttung herangezogen werden (Ertragsausgleichsverfahren).
2. Ausschüttbare Erträge gemäß Absatz 1 können zur Ausschüttung in späteren Geschäftsjahren vorgetragen werden. Erträge aus Rumpfgeschäftsjahren können vollständig vorgetragen werden.
3. Im Interesse der Substanzerhaltung können Erträge teilweise, in Sonderfällen auch vollständig zur Wiederanlage im Sondervermögen bestimmt werden.
4. Ausschüttungen sind spätestens innerhalb von drei Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres vorzunehmen. Ausschüttungen erfolgen seitens der Depotbank.
5. Zwischenausschüttungen sind zulässig.”

2.6. Met dagtekening 29 november 2005 en 19 januari 2007 hebben BBB, YYY en ZZZ overeenkomsten gesloten betreffende het beheer en de exploitatie van belanghebbende. In beide overeenkomsten, waarin BBB als “Anleger” is aangeduid en YYY als “Gesellschaft”, is een gelijkkluidende derde paragraaf opgenomen, die als volgt luidt:

“§ 3 Erwerb von Anteilen

- a) Die Gesellschaft verpflichtet sich, Anteile des Sondervermögens nur mit Zustimmung aller Anleger an Dritte, die dem Übereinkommen beitreten, zu verkaufen

b) (...)”

2.7. Tot de gedingstukken behoort een op 1 oktober 2014 gedateerde raamovereenkomst betreffende het beheer van het vermogen van belanghebbende (*Rahmenvertrag über die Verwaltung von Sondervermögen*), gesloten tussen BBB, ZZZ en YYY. In deze overeenkomst, waarin YYY is aangeduid als “*Gesellschaft*” en BBB is aangeduid als “*Anleger*”, is onder meer het volgende overeengekomen:

“§ 10 Anteilscheine

1. *Die Gesellschaft stellt sicher, dass Anteilscheine für die in Anlage I aufgeführten Sondervermögen nur an den Anleger oder an von ihm schriftlich benannte Dritte ausgegeben werden. In keinem Fall dürfen die Anteilscheine von mehr als 100 Anlegern oder von Anlegern, die natürliche Personen sind, gehalten werden.*
2. *Eine Übertragung von Anteilscheinen durch den Anleger darf nur nach Zustimmung der Gesellschaft erfolgen. Mit der Übertragung eines Anteilscheines gehen die in ihm verbrieften Rechte über. Die Gesellschaft ist berechtigt, diese Zustimmung aus wichtigem Grund zu verweigern. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere dann vor, wenn*
 - a) *der neue Anleger nicht spätestens zum Tag der Übertragung der Anteilscheine eine inhaltsgleiche Anlegervereinbarung mit der Gesellschaft abgeschlossen hat;*
 - b) *der neue Anleger kein geeigneter Anleger für ein Spezial-Sondervermögen ist (insbesondere wenn der neue Anleger kein professioneller oder semi-professioneller Anleger i. S. d. KAGB ist) oder durch die Übertragung die Anzahl von 100 Anlegern überschritten würde;*
 - c) *ein sonstiger wichtiger Grund zur Verweigerung der Zustimmung in der Person des neuen Anlegers vorliegt (z.B. Unzuverlässigkeit, unzureichende Bonität, geldwäscherelevante Gründe etc.);*
 - d) *das Sondervermögen hierdurch seinen Status als Investmentvermögen im Sinne des InvStG verlieren würde.*
3. (...)”

Ten aanzien van BBB

2.8. BBB houdt sinds de oprichting van belanghebbende alle aandelen in het vermogen van belanghebbende (zie reeds onderdeel 2.3 hiervóór). BBB is een publiekrechtelijk lichaam (*Anstalt des öffentlichen Rechts*) met rechtspersoonlijkheid. Zij is opgericht door (een samenwerkingsverband van) Duitse gemeenten, zijnde publiekrechtelijke rechtspersonen naar Duits recht. Het eigen vermogen van BBB is niet in aandelen of daarmee gelijk te stellen participatiebewijzen verdeeld; BBB heeft (derhalve) geen aandeelhouders, deelgerechtigden of leden.

2.9. BBB verricht bancaire activiteiten. Zij streeft niet louter het behalen van winst na, maar heeft tevens een publieke taak die wettelijk is vastgelegd in artikel 2 van de *Sparkassengesetz für [Regio R]*, welke bepaling als volgt luidt:

“§ 2

Aufgaben, öffentlicher Auftrag

(1) Die Sparkassen haben als kommunale Wirtschaftsunternehmen die Aufgabe, vorrangig im Gebiet ihres Errichtungsträgers die Versorgung mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen zu sichern.

(2) Die Sparkassen stärken als öffentliche Banken den Wettbewerb im Kreditgewerbe. Sie erbringen ihre Leistungen für die Bevölkerung, die Wirtschaft, den Mittelstand und die öffentliche Hand nach wirtschaftlichen Grundsätzen und den Anforderungen des Marktes. Die Sparkassen fördern die Vermögensbildung breiter Bevölkerungsschichten sowie die Erziehung junger Menschen zu eigenverantwortlichem wirtschaftlichem Verhalten. Sie tragen zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung insbesondere junger und mittelständischer Unternehmen im Geschäftsgebiet bei. Die Sparkassen tragen zur Finanzierung der Schuldnerberatung bei. Die Träger entscheiden über die Verteilung dieser Mittel an die Träger der Schuldnerberatung. Mit ihrer Aufgabenerfüllung dienen die Sparkassen dem Gemeinwohl.

(3) Die Sparkassen nehmen von jedem Spareinlagen in Euro an. Sie können Spareinlagen auch in ausländischer Währung annehmen.

(4) Die Sparkassen führen für natürliche Personen aus ihrem Geschäftsgebiet auf Antrag Girokonten, es sei denn, die Führung eines Girokontos ist einer Sparkasse im Einzelfall aus wichtigem Grund nicht zuzumuten.

(5) Die Sparkassen können alle banküblichen Geschäfte betreiben, soweit in diesem Gesetz oder in aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen nichts anderes bestimmt ist. Das Bauspar- und Investmentfondsgeschäft ist bevorzugt im Verbund mit den bestehenden Unternehmen der Sparkassenorganisation, das Versicherungsgeschäft bevorzugt mit den öffentlich-rechtlichen Versicherern zu betreiben. Sparkassen können im Rahmen ihrer Aufgaben nach wirtschaftlichen Grundsätzen Beteiligungen eingehen, soweit die Bestimmung über die Verwendung des Jahresüberschusses (§ 20) eingehalten wird."

2.10. BBB wendt haar inkomsten onder meer aan ter ondersteuning van sociale, culturele, sportieve, wetenschappelijke en educatieve activiteiten in de regio waarin zij actief is.

2.11. BBB wordt bestuurd door een dagelijks bestuur (*Vorstand*) dat wordt gecontroleerd door een raad van toezicht (*Verwaltungsrat*). De *Verwaltungsrat* benoemt de leden van de *Vorstand*. De *Verwaltungsrat* bestaat enerzijds uit leden die afkomstig zijn van de gemeenten die BBB hebben opgericht. Voor het overige zijn die leden werknemers van BBB. De publiekrechtelijke rechtspersonen (gemeenten) die BBB hebben opgericht beslissen of de uit werknemersgelederen voorgedragen kandidaat-leden van de *Verwaltungsrat* worden benoemd of afgewezen.

2.12. Bij eventuele liquidatie van BBB zou een eventueel resterend liquidatiesaldo ten goede komen aan (het samenwerkingsverband van) de gemeenten die haar hebben opgericht.

2.13. BBB is in Duitsland onderworpen aan belastingheffing naar de winst (*Körperschaftsteuer* en *Gewerbsteuer*).

2.14. Belanghebbende hield in de onderhavige jaren aandelen in Nederlandse vennootschappen zoals bedoeld in artikel 1 van de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: de Wet DB). Ter zake van door die lichamen uitgekeerde dividenden (hierna: de dividenden) is dividendbelasting ingehouden. Voor zover het belastingtarief ingevolge artikel 5 van de Wet DB 25 per cent bedroeg, is het belastingtarief verlaagd naar 15 per cent, overeenkomstig artikel 13, lid 3, van het ten tijde van de onderwerpelijke tijdvakken toepasselijke belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland.

2.15. Aangezien belanghebbende in Duitsland is vrijgesteld van belastingheffing naar de winst, heeft zij de Nederlandse dividendbelasting aldaar niet, geheel of gedeeltelijk, kunnen verrekenen met een Duitse (eind)heffing.

2.16. De dividenden zijn op het niveau van BBB effectief voor 95% vrijgesteld van Duitse belastingheffing naar de winst, zonder mogelijkheid van verrekening van de door Nederland geheven dividendbelasting, indien het belang dat BBB in belanghebbende houdt, behoort tot de vaste activa (*Anlagebuch*) van BBB. Indien het belang van BBB in belanghebbende tot de vlottende activa (*Handelsbuch*) wordt gerekend, zijn de dividenden in Duitsland onderworpen aan belastingheffing en kan BBB aanspraak maken op verrekening van Nederlandse dividendbelasting.

2.17. Tot de gedingstukken behoort een verklaring namens BBB waarin wordt bevestigd dat het belang in belanghebbende gedurende de onderwerpelijke periode tot het *Anlagebuch* werd gerekend.

3. Geschil, alsmede standpunten en conclusies van partijen

3.1. Het geschil betreft het antwoord op de volgende vragen:

- a. Heeft belanghebbende ontvankelijke verzoeken tot teruggave van dividendbelasting gedaan en is het (hoger) beroep ontvankelijk?
- b. Is belanghebbende transparant naar Nederlandse fiscale maatstaven, zodat BBB moet worden aangemerkt als belanghebbende?
- c. Heeft belanghebbende op grond van enige bepaling van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) recht op teruggave van dividendbelasting, omdat zij vergelijkbaar is met een in Nederland gevestigde fiscale beleggingsinstelling zoals bedoeld in artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: de Wet Vpb)?
- d. Heeft belanghebbende, dan wel BBB, op grond van enige bepaling van het VWEU recht op teruggave van de dividendbelasting omdat zij vergelijkbaar is:
 - i. met niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen in de zin van artikel 2, lid 1, aanhef en letter f (met ingang van 1 januari 2008: letter g), in verbinding met lid 3, van de Wet Vpb; dan wel
 - ii. met niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichamen waarvan de bestuurders uitsluitend door Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen onmiddellijk of middellijk worden benoemd en ontslagen en welker vermogen bij liquidatie uitsluitend ter beschikking van Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen komt, in de zin van artikel 2, zevende lid, van de Wet Vpb?
- e. Heeft belanghebbende op grond van enige bepaling van het VWEU recht op teruggave van dividendbelasting omdat zij vergelijkbaar is met een in Nederland beperkt vennootschapsbelastingplichtige stichting (artikel 2, lid 1, aanhef en letter d (met ingang van 1 januari 2008: letter e), van de Wet Vpb)?
- f. Indien belanghebbende of BBB op grond van een van de vrijeverkeersbepalingen van het VWEU recht heeft op teruggave van de dividendbelasting: verhindert het verbod op de tenuitvoerlegging van nieuwe steunmaatregelen van de lidstaten van artikel 108, lid 3, VWEU dat haar die teruggave wordt verleend?
- g. Indien belanghebbende of BBB op grond van het Unierecht recht heeft op teruggave van de dividendbelasting: heeft belanghebbende recht op schadevergoeding in de vorm van gedeerde rente?

Belanghebbende beantwoordt de vragen onder a, c, d, e, en g, primair dan wel (meer) subsidiair, bevestigend en de vragen onder b en f ontkennend. De Inspecteur is ten aanzien van alle voornoemde vragen de tegenovergestelde opvatting toegedaan.

3.2. Partijen doen hun standpunten in hoger beroep steunen op de gronden welke daartoe door hen zijn aangevoerd in de van hen afkomstige stukken, van al welke stukken de inhoud als hier ingevoegd moet worden aangemerkt. Voor hetgeen partijen daaraan in het kader van het onderzoek ter zitting hebben toegevoegd, wordt verwezen naar de van deze zittingen opgemaakte processen-verbaal.

3.3. Belanghebbende concludeert tot verlening van de door haar gewenste teruggaven van de dividendbelasting. De Inspecteur concludeert tot bevestiging van de uitspraak van de Rechtbank.

4. Nederlandse wet- en regelgeving

De Wet op de vennootschapsbelasting 1969

4.1. Artikel 2 van de Wet Vpb luidt, voor zover van belang, als volgt:

(tekst gedurende de in geding zijnde periode, inclusief aanvullingen)

- “1. Als binnenlandse belastingplichtigen zijn aan de belasting onderworpen de in Nederland gevestigde:
- a. naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, open commanditaire vennootschappen en andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;
 - b. coöperaties en verenigingen op coöperatieve grondslag;
 - c. onderlinge waarborgmaatschappijen en verenigingen welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of kredietinstelling optreden;
 - d. *(tekst toegevoegd per 1 januari 2008)* verenigingen en stichtingen die op de voet van de Woningwet bij koninklijk besluit zijn toegelaten als instellingen die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam zijn;
 - e. hiervoor niet genoemde verenigingen en *(tekst toegevoegd per 1 januari 2008: stichtingen alsmede)* andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen, indien en voor zover zij een onderneming drijven;
 - f. fondsen voor gemene rekening;
 - g. in het derde lid vermelde ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen.
2. Onder een fonds voor gemene rekening wordt verstaan een fonds ter verkrijging van voordelen voor de deelgerechtigden door het voor gemene rekening beleggen of anderszins aanwenden van gelden, mits van de deelgerechtigdheid in het fonds blijkt uit verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid. Een fonds voor gemene rekening wordt als onderneming aangemerkt. De bewijzen van deelgerechtigdheid worden als verhandelbaar aangemerkt indien voor vervreemding niet de toestemming van alle deelgerechtigden is vereist, met dien verstande dat ingeval vervreemding uitsluitend kan plaatsvinden aan het fonds voor gemene rekening of aan bloed- en aanverwanten in de rechte linie de bewijzen niet als verhandelbaar worden aangemerkt.

3. Als ondernemingen als bedoeld zijn in het eerste lid, letter *f*, worden aangemerkt (*tekst per 1 januari 2008*: Als ondernemingen als bedoeld zijn in het eerste lid, onderdeel *g*, worden aangemerkt):

- 1° landbouwbedrijven;
- 2° nijverheidsbedrijven met uitzondering van die welke uitsluitend of nagenoeg uitsluitend water leveren;
- 3° mijnbouwbedrijven;
- 4° handelsbedrijven welke niet uitsluitend of nagenoeg uitsluitend de handel in onroerende zaken of daarop betrekking hebbende rechten tot voorwerp hebben;
- 5° vervoersbedrijven met uitzondering van bedrijven welke uitsluitend of nagenoeg uitsluitend het vervoer van personen binnen de grenzen van een gemeente tot voorwerp hebben;
- 6° bouwkassen.

Onder nijverheidsbedrijven worden mede begrepen bedrijven die gas, elektriciteit of warmte produceren, transporteren of leveren alsmede bedrijven die netten of leidingen aanleggen of beheren ten behoeve van het transport van gas, elektriciteit of warmte.

(...)

7. Lichamen waarvan uitsluitend Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen onmiddellijk of middellijk aandeelhouders, deelnemers of leden zijn, alsmede lichamen waarvan de bestuurders uitsluitend door Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen onmiddellijk of middellijk worden benoemd en ontslagen en welke vermogen bij liquidatie uitsluitend ter beschikking van Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen komt, zijn slechts aan de belasting onderworpen, voorzover zij een bedrijf uitoefenen als bedoeld is in het derde lid. Het bepaalde in de vorige volzin is niet van toepassing ten aanzien van:

(...)

(...) (*tekst toegevoegd per 1 januari 2005*) de N.V. Bank Nederlandse Gemeenten;

(...) (*tekst toegevoegd per 1 januari 2005*) de Nederlandse Waterschapsbank N.V.;

(...)

(...) (*toegevoegd per 6 oktober 2008 letter l.*) Fortis Bank Nederland (Holding) N.V.;

(...) (*toegevoegd per 6 oktober 2008 letter m.*) Fortis Verzekeringen Nederland N.V.;

(...) (*toegevoegd per 6 oktober 2008 letter n.*) Fortis Corporate Insurance N.V.;

alsmede de lichamen waarin deze rechtspersonen een belang hebben en de lichamen waarvan deze rechtspersonen een bestuurder kunnen benoemen of ontslaan, met uitzondering van lichamen die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend water leveren.”

4.2. Artikel 3 van de Wet Vpb luidt als volgt:

(*tekst gedurende de in geding zijnde periode*)

“Als buitenlandse belastingplichtigen zijn aan de belasting onderworpen de niet in Nederland gevestigde:

- a. verenigingen en andere rechtspersonen;
- b. open commanditaire vennootschappen en andere niet rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;
- c. doelvermogens;

die Nederlands inkomen genieten.”

4.3. Artikel 17 van de Wet Vpb luidt, voor zover van belang, als volgt:

(*tekst gedurende de periode 1 januari 2002 – 1 augustus 2007*)

“3. Het Nederlandse inkomen is het gezamenlijke bedrag van:

- a. de belastbare winst uit een in Nederland gedreven onderneming, zijnde het bedrag van de gezamenlijke voordelen die worden verkregen uit een onderneming die, of een gedeelte van een onderneming dat wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting in Nederland of van een vaste vertegenwoordiger in Nederland (Nederlandse onderneming);
 - b. het belastbare inkomen uit een aanmerkelijk belang in de zin van hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001 in een in Nederland gevestigde vennootschap indien het aanmerkelijk belang niet behoort tot het vermogen van een onderneming.
4. *(lid 4 is toegevoegd per 1 maart 2005)* Voor de toepassing van het derde lid, onderdeel b, is afdeling 4.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 van overeenkomstige toepassing.“

(tekst gedurende de periode 1 augustus 2007 – 1 januari 2011)

- “3. Het Nederlandse inkomen is het gezamenlijke bedrag van:
- a. de belastbare winst uit een in Nederland gedreven onderneming, zijnde het bedrag van de gezamenlijke voordelen die worden verkregen uit een onderneming die, of een gedeelte van een onderneming dat wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting in Nederland of van een vaste vertegenwoordiger in Nederland (Nederlandse onderneming);
 - b. het belastbare inkomen uit een aanmerkelijk belang in de zin van hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001 in een in Nederland gevestigde vennootschap, niet zijnde een vrijgestelde beleggingsinstelling, indien het aanmerkelijk belang niet behoort tot het vermogen van een onderneming.
4. Voor de toepassing van het derde lid, onderdeel b, is afdeling 4.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 van overeenkomstige toepassing.”

4.4. Artikel 25, lid 1, van de Wet Vpb luidt, voor zover van belang, als volgt:

(tekst gedurende de periode 1 januari 2002 – 16 november 2005)

“Als voorheffingen worden aangewezen de geheven dividendbelasting, (...) betrekking hebbende op bestanddelen van de winst en van het Nederlandse inkomen.”

(tekst gedurende de periode 16 november 2005 – 1 januari 2008)

“Als voorheffingen worden aangewezen de geheven dividendbelasting, (...) behoudens voorzover deze belastingen zijn geheven naar opbrengsten (...) die geen deel uitmaken van de belastbare winst of het Nederlandse inkomen van het jaar.”

(tekst vanaf 1 januari 2008)

“Als voorheffingen worden aangewezen de geheven dividendbelasting, (...) behoudens voorzover deze belastingen zijn geheven naar opbrengsten (...) die geen deel uitmaken van de belastbare winst of het Nederlandse inkomen van het jaar. Ten aanzien van een belastingplichtige die is aangemerkt als een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 28, wordt de dividendbelasting niet als een voorheffing aangewezen.“

De Wet op de dividendbelasting 1965 en lagere regelgeving

4.5. Artikel 1, lid 1, van de Wet DB luidt, voor zover van belang, als volgt:

(tekst gedurende de in geding zijnde periode)

“Onder de naam ‘dividendbelasting’ wordt een directe belasting geheven van degenen die – rechtstreeks of door middel van certificaten – gerechtigd zijn (...) tot de opbrengst van aandelen (...)”

4.6. Artikel 10 van de Wet DB luidt als volgt:

(tekst gedurende de periode 1 januari 2002 – 26 juli 2002)

- “1. Aan een in Nederland gevestigde rechtspersoon die niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen is, wordt op zijn verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van in een kalenderjaar te zijnen laste ingehouden dividendbelasting, indien deze meer bedraagt dan € 23. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe de vennootschap niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan binnen een bij ministeriële regeling te stellen termijn.
2. Aan een vennootschap die voor de heffing van de vennootschapsbelasting wordt aangemerkt als beleggingsinstelling wordt op haar verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van in een jaar te haren laste ingehouden dividendbelasting. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe de rechtspersoon niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan uiterlijk zes maanden na afloop van het jaar waarop de teruggaaf betrekking heeft.”

(tekst gedurende de periode 26 juli 2002 – 16 november 2005)

- “1. Aan een in Nederland gevestigde rechtspersoon die niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen is, wordt op zijn verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van in een kalenderjaar te zijnen laste ingehouden dividendbelasting, indien deze meer bedraagt dan € 23. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe de rechtspersoon niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan binnen een bij ministeriële regeling te stellen termijn.
2. Aan een vennootschap die voor de heffing van de vennootschapsbelasting wordt aangemerkt als beleggingsinstelling wordt op haar verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van in een jaar te haren laste ingehouden dividendbelasting. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe de vennootschap niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan uiterlijk zes maanden na afloop van het jaar waarop de teruggaaf betrekking heeft.”

(tekst gedurende de periode 16 november 2005 – 1 januari 2007)

- “1. Aan een in Nederland gevestigde rechtspersoon die niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen is, wordt op zijn verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van in een kalenderjaar te zijnen laste ingehouden dividendbelasting, indien deze meer bedraagt dan € 23. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe de rechtspersoon niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan binnen een bij ministeriële regeling te stellen termijn.
2. Aan een vennootschap die voor de heffing van de vennootschapsbelasting wordt aangemerkt als beleggingsinstelling wordt op haar verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van in een jaar te haren laste ingehouden dividendbelasting. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe de vennootschap niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan uiterlijk zes maanden na afloop van het jaar waarop de teruggaaf betrekking heeft.
3. Aan een in Nederland gevestigde lichaam als bedoeld in artikel 2 van de Wet op de

vennootschapsbelasting 1969 dat is onderworpen aan de vennootschapsbelasting, en aan een niet in Nederland gevestigd lichaam als bedoeld in artikel 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, wordt op zijn verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van de in een kalenderjaar te zijnen laste ingehouden dividendbelasting, indien deze belasting is ingehouden op opbrengsten van aandelen, winstbewijzen of geldleningen, die voor de toepassing van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geen deel uitmaken van de belastbare winst of het Nederlandse inkomen van de opbrengstgerechtigde en die aandelen, winstbewijzen of geldleningen wel deel uitmaken van het vermogen van een in Nederland gedreven onderneming, indien deze belasting meer bedraagt dan € 23. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe het lichaam niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan binnen een bij ministeriële regeling te stellen termijn.“

(tekst gedurende de periode 1 januari 2007 – 1 augustus 2007)

- “1. Aan een in Nederland gevestigde rechtspersoon die niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen is, wordt op zijn verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van in een kalenderjaar te zijnen laste ingehouden dividendbelasting, indien deze meer bedraagt dan € 23. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe de rechtspersoon niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan binnen een bij ministeriële regeling te stellen termijn.
2. Aan een vennootschap die voor de heffing van de vennootschapsbelasting wordt aangemerkt als beleggingsinstelling wordt op haar verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van in een jaar te haren laste ingehouden dividendbelasting. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe de vennootschap niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan uiterlijk zes maanden na afloop van het jaar waarop de teruggaaf betrekking heeft.
3. Aan een in Nederland gevestigde lichaam als bedoeld in artikel 2 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dat is onderworpen aan de vennootschapsbelasting, en aan een niet in Nederland gevestigd lichaam als bedoeld in artikel 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, wordt op zijn verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van de in een kalenderjaar te zijnen laste ingehouden dividendbelasting, indien deze belasting is ingehouden op opbrengsten van aandelen, winstbewijzen of geldleningen, die voor de toepassing van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geen deel uitmaken van de belastbare winst of het Nederlandse inkomen van de opbrengstgerechtigde en die aandelen, winstbewijzen of geldleningen wel deel uitmaken van het vermogen van een in Nederland gedreven onderneming, indien deze belasting meer bedraagt dan € 23. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe het lichaam niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan binnen een bij ministeriële regeling te stellen termijn.
4. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van een in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde rechtspersoon die aldaar niet aan een belastingheffing naar de winst is onderworpen en die, ware hij in Nederland gevestigd geweest, ook alhier niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting zou zijn onderworpen.

(tekst gedurende de periode 1 augustus 2007 – 1 januari 2008)

- “1. Aan een in Nederland gevestigde rechtspersoon die niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen is, wordt op zijn verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van in een kalenderjaar te zijnen laste ingehouden

dividendbelasting, indien deze meer bedraagt dan € 23. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe de rechtspersoon niet de uiteindelijk gerechtigde is. De eerste volzin is ook niet van toepassing met betrekking tot een vrijgestelde beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 6a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan binnen een bij ministeriële regeling te stellen termijn.

2. Aan een vennootschap die voor de heffing van de vennootschapsbelasting wordt aangemerkt als beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt op haar verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van in een jaar te haren laste ingehouden dividendbelasting. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe de vennootschap niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan uiterlijk zes maanden na afloop van het jaar waarop de teruggaaf betrekking heeft.

3. Aan een in Nederland gevestigde lichaam als bedoeld in artikel 2 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dat is onderworpen aan de vennootschapsbelasting, en aan een niet in Nederland gevestigd lichaam als bedoeld in artikel 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, wordt op zijn verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van de in een kalenderjaar te zijnen laste ingehouden dividendbelasting, indien deze belasting is ingehouden op opbrengsten van aandelen, winstbewijzen of geldleningen, die voor de toepassing van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geen deel uitmaken van de belastbare winst of het Nederlandse inkomen van de opbrengstgerechtigde en die aandelen, winstbewijzen of geldleningen wel deel uitmaken van het vermogen van een in Nederland gedreven onderneming, indien deze belasting meer bedraagt dan € 23. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe het lichaam niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan binnen een bij ministeriële regeling te stellen termijn.

4. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van een in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde rechtspersoon die aldaar niet aan een belastingheffing naar de winst is onderworpen en die, ware hij in Nederland gevestigd geweest, ook alhier niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting zou zijn onderworpen. De eerste volzin is niet van toepassing met betrekking tot rechtspersonen die een vergelijkbare functie vervullen als beleggingsinstellingen, bedoeld in artikel 6a of artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

(tekst gedurende de periode 1 januari 2008 – 11 juli 2008)

1. Aan een in Nederland gevestigde rechtspersoon die niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen is, wordt op zijn verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van in een kalenderjaar te zijnen laste ingehouden dividendbelasting, indien deze meer bedraagt dan € 23. In afwijking van de eerste volzin wordt de teruggaaf van dividendbelasting die is ingehouden door een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 berekend volgens de formule:

$$T = D_i - ((D_i : D_t) \times Bbr),$$

waarin

T voorstelt: de teruggaaf van dividendbelasting;

D_i voorstelt: de ten laste van de rechtspersoon door de beleggingsinstelling ingehouden dividendbelasting;

D_t voorstelt: de dividendbelasting die door de beleggingsinstelling vóór toepassing van de vermindering in totaal is af te dragen ten tijde van de toepassing van de vermindering, bedoeld in artikel 11a, eerste lid;

Bbr voorstelt: de door de beleggingsinstelling op de in totaal af te dragen dividendbelasting op de voet van artikel 11a, eerste lid, in mindering gebrachte buitenlandse bronheffing.

Ingeval de in de tweede volzin bedoelde beleggingsinstelling een belang houdt in een andere beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, wordt de in die volzin berekende teruggaaf van dividendbelasting nog verminderd met eenzelfde bedrag als waarmee de teruggaaf zou worden verminderd als de in de eerste volzin bedoelde rechtspersoon rechtstreeks zou hebben deelgenomen in de laatstbedoelde beleggingsinstelling. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe de rechtspersoon niet de uiteindelijk gerechtigde is. De eerste volzin is ook niet van toepassing met betrekking tot een vrijgestelde beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 6a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan binnen een bij ministeriële regeling te stellen termijn.

2. Aan een in Nederland gevestigde lichaam als bedoeld in artikel 2 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dat is onderworpen aan de vennootschapsbelasting, en aan een niet in Nederland gevestigd lichaam als bedoeld in artikel 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, wordt op zijn verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van de in een kalenderjaar te zijnen laste ingehouden dividendbelasting, indien deze belasting is ingehouden op opbrengsten van aandelen, winstbewijzen of geldleningen, die voor de toepassing van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geen deel uitmaken van de belastbare winst of het Nederlandse inkomen van de opbrengstgerechtigde en die aandelen, winstbewijzen of geldleningen wel deel uitmaken van het vermogen van een in Nederland gedreven onderneming, indien deze belasting meer bedraagt dan € 23. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe het lichaam niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan binnen een bij ministeriële regeling te stellen termijn.

3. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van een in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde rechtspersoon die aldaar niet aan een belastingheffing naar de winst is onderworpen en die, ware hij in Nederland gevestigd geweest, ook alhier niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting zou zijn onderworpen. De eerste volzin is niet van toepassing met betrekking tot rechtspersonen die een vergelijkbare functie vervullen als beleggingsinstellingen, bedoeld in artikel 6a of artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.”

(tekst vanaf 11 juli 2008)

“1. Aan een in Nederland gevestigde rechtspersoon die niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen is, wordt op zijn verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van in een kalenderjaar te zijnen laste ingehouden dividendbelasting, indien deze meer bedraagt dan € 23. In afwijking van de eerste volzin wordt de teruggaaf van dividendbelasting die is ingehouden door een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 berekend volgens de formule:

$$T = D_i - ((D_i : D_t) \times B_{br}),$$

waarin

T voorstelt: de teruggaaf van dividendbelasting;

D_i voorstelt: de ten laste van de rechtspersoon door de beleggingsinstelling ingehouden dividendbelasting;

D_t voorstelt: de dividendbelasting die door de beleggingsinstelling vóór toepassing van de vermindering in totaal is af te dragen ten tijde van de toepassing van de vermindering, bedoeld in artikel 11a, eerste lid;

B_{br} voorstelt: de door de beleggingsinstelling op de in totaal af te dragen dividendbelasting op de voet van artikel 11a, eerste lid, in mindering gebrachte buitenlandse bronheffing.

Ingeval de in de tweede volzin bedoelde beleggingsinstelling een belang houdt in een andere beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, wordt de in die volzin berekende teruggaaf van dividendbelasting nog verminderd met eenzelfde

bedrag als waarmee de teruggaaf zou worden verminderd als de in de eerste volzin bedoelde rechtspersoon rechtstreeks zou hebben deelgenomen in de laatstbedoelde beleggingsinstelling. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe de rechtspersoon niet de uiteindelijk gerechtigde is. De eerste volzin is ook niet van toepassing met betrekking tot een vrijgestelde beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 6a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan binnen een bij ministeriële regeling te stellen termijn.

2. Aan een in Nederland gevestigde lichaam als bedoeld in artikel 2 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dat is onderworpen aan de vennootschapsbelasting, en aan een niet in Nederland gevestigd lichaam als bedoeld in artikel 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, wordt op zijn verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van de in een kalenderjaar te zijnen laste ingehouden dividendbelasting, indien deze belasting is ingehouden op opbrengsten van aandelen, winstbewijzen of geldleningen, die voor de toepassing van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geen deel uitmaken van de belastbare winst of het Nederlandse inkomen van de opbrengstgerechtigde en die aandelen, winstbewijzen of geldleningen wel deel uitmaken van het vermogen van een in Nederland gedreven onderneming, indien deze belasting meer bedraagt dan € 23. De eerste volzin is niet van toepassing op dividendbelasting naar opbrengsten met betrekking waartoe het lichaam niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het verzoek geschiedt bij een aangifte die wordt gedaan binnen een bij ministeriële regeling te stellen termijn.

3. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van een in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigd lichaam dat aldaar niet aan een belastingheffing naar de winst is onderworpen en dat, ware het in Nederland gevestigd geweest, ook alhier niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting zou zijn onderworpen. De eerste volzin is niet van toepassing met betrekking tot lichamen die een vergelijkbare functie vervullen als beleggingsinstellingen, bedoeld in artikel 6a of artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.”.

4.7. Artikel 21c van de Uitvoeringsregeling Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: de UR AWR) luidde van 12 juli 1996 tot en met 31 december 2005 als volgt:

“De aangifte, bedoeld in artikel 10, eerste lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965, wordt gedaan binnen drie jaren na afloop van het kalenderjaar waarin de opbrengst ter beschikking is gesteld.”

4.8. Voor de periode van 1 januari 2006 tot en met artikel 31 oktober 2008 is in artikel 21 van de UR AWR in gelijke zin bepaald dat de in artikel 10, lid 1 of lid 3, van de Wet DB genoemde aangifte wordt gedaan binnen drie jaren na afloop van het kalenderjaar waarin de opbrengst ter beschikking is gesteld.

5. Gronden

A. Ten aanzien van de ontvankelijkheidsvragen

A1. Ten aanzien van de ontvankelijkheid van het (hoger) beroep

5.1. De Inspecteur heeft zich voor het eerst in de hogerberoepsfase op het standpunt gesteld dat belanghebbende naar Nederlandse maatstaven transparant is, dat zij mitsdien niet als opbrengstgerechtigde in de zin van artikel 1, lid 1, van de Wet DB kan worden aangemerkt en dat zij ook niet op de grondslag van enig lid van artikel 10 van de Wet DB om teruggave van de dividendbelasting kan verzoeken.

5.2. De Inspecteur verbindt aan de door hem gestelde transparantie van belanghebbende onder meer de gevolgtrekking dat het (hoger) beroep, dat door belanghebbende is ingesteld, niet-ontvankelijk is. Het Hof overweegt dienaangaande als volgt.

5.3. De uitspraken op bezwaar waartegen het rechtsmiddel van beroep bij de Rechtbank is aangewend, zijn gesteld op naam van belanghebbende. Ook de uitspraak van de Rechtbank is op naam van belanghebbende gedaan. Dat betekent dat de eventuele transparantie van belanghebbende voor fiscale doeleinden in de door de Inspecteur bedoelde zin niet kan leiden tot niet-ontvankelijkheid van het (hoger) beroep, aangezien belanghebbende, ongeacht het antwoord op die vraag, gerechtigd is rechtsmiddelen aan te wenden tegen tot haar gerichte uitspraken op bezwaar, onderscheidenlijk rechterlijke beslissingen. Aangezien er overigens geen termen aanwezig zijn voor niet-ontvankelijkheid van de beroepen in eerste aanleg, dan wel het hoger beroep, moet het onderhavige standpunt van de Inspecteur worden verworpen.

A2. Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de verzoeken tot teruggave van dividendbelasting en de procesorde

5.4. De Inspecteur betoogt dat de juistheid van zijn stellingname dat belanghebbende voor fiscale doeleinden als transparante entiteit moet worden aangemerkt, leidt tot niet-ontvankelijkheid van de verzoeken tot teruggave van dividendbelasting. Hij stelt zich in dit verband, voor het eerst in hoger beroep, op het standpunt dat de door belanghebbende ingediende verzoeken niet (mede) kunnen worden geacht te zijn ingediend door de enige aandeelhouder in belanghebbende, zijnde BBB.

5.5. In het kader van de procedure in eerste aanleg heeft de Inspecteur onder meer het volgende gesteld:

Verweerschrift in eerste aanleg met dagtekening 23 januari 2012, blz. 2:

“(…)

Ten aanzien van punt 1.2.7. :

Indien de rechtbank op grond van de feiten van mening zou zijn, dat het om een besloten fonds zou gaan, dan is belanghebbende niet-ontvankelijk in zijn verzoek. Het verzoek is dan immers door de verkeerde partij ingediend. Aan een Sparkasse wordt overigens geen dividendbelasting geretourneerd.

(…)”

Stuk in de zin van artikel 8:58 van de Awb met dagtekening 12 mei 2013, blz. 1-2:

“(…)

(2) ONTVANKELIJKHEID

In de verweerschriften heeft de inspecteur geen concreet standpunt ingenomen over het karakter van (...) [belanghebbende die; Hof] om de teruggaven heeft verzocht. Of anders gezegd: de inspecteur heeft destijds in het midden gelaten of naar zijn mening sprake is van een transparant dan wel niet-transparant fonds. In dit tiendagenstuk neemt de inspecteur echter expliciet het standpunt in dat (...) [belanghebbende; Hof] naar Nederlandse maatstaven beoordeeld als transparante entiteit moet worden beschouwd (...). Ondanks dat de verzoeken niet (expliciet) zijn ingediend door of namens de enig deelnemer in (...) [belanghebbende; Hof] (te weten Sparkasse (...)), meent de inspecteur dat deze omstandigheid geen grond is om de beroepen (reeds daarom) niet-ontvankelijk te verklaren c.q. te achten (indien de inspecteur terecht uitgaat van transparantie). [voetnoot 1: Dit in tegenstelling tot hetgeen hij heeft vermeld in zijn verweerschriften.] Voor deze zienswijze pleit volgens de inspecteur het gegeven dat (...) [belanghebbende; Hof] slechts één deelnemer kent, waardoor deze deelnemer (zijnde (...) Sparkasse) feitelijk als (mede)indiener van de teruggaveverzoeken kan worden aangemerkt. Het voorgaande houdt aldus in dat (...) Sparkasse volgens de inspecteur primair als belanghebbende moet worden aangemerkt (indien sprake is van transparantie) en subsidiair (...) [belanghebbende; Hof] (voor het geval geen sprake is van transparantie). (...)

Proces-verbaal onderzoek ter zitting Rechtbank d.d. 23 mei 2013, blz. 1-2:

“(…) [Het standpunt van de Inspecteur; Hof] is niet tardief aangezien reeds in het verweerschrift opmerkingen zijn gemaakt over de transparantie en de mogelijke gevolgen daarvan met betrekking tot de ontvankelijkheid. Daarentegen ben ik me bewust van het feit dat dit wezenlijke standpunt eerst op een later moment in de procedure echt nadrukkelijk is ingenomen.

Indien Sparkasse moet worden aangemerkt als belanghebbende, moet het beroep ontvankelijk en ongegrond worden verklaard. De belangen van Sparkasse zijn vanwege de transparantie vertegenwoordigd door (...) [belanghebbende; Hof]. De teruggaafverzoeken blijven eveneens ontvankelijk, aangezien ik van mening ben dat de verzoeken namens Sparkasse door (...) [belanghebbende; Hof] zijn gedaan.”

5.6. Met zijn zojuist aangehaalde uitlatingen heeft de Inspecteur uitdrukkelijk en ondubbelzinnig te kennen gegeven dat, uitgaande van transparantie van belanghebbende voor fiscale doeleinden, de teruggaveverzoeken moeten worden geacht te zijn ingediend namens BBB en dat die transparantie niet leidt tot niet-ontvankelijkheid van die verzoeken. Het aanvankelijke, in het verweerschrift in eerste aanleg opgenomen, andersluidende standpunt heeft de Inspecteur uitdrukkelijk en ondubbelzinnig ingetrokken dan wel prijsgegeven. Dat betekent dat de Inspecteur die stelling in hoger beroep niet opnieuw kan betrekken, tenzij belanghebbende uitdrukkelijk en ondubbelzinnig heeft ingestemd met toelating van die grief tot het geschil en de beginselen van een goede procesorde zich niet tegen die toelating verzetten (HR 4 oktober 2013, nr. 11/03207, ECLI:NL:HR:2013:781, BNB 2013/241). Belanghebbende heeft niet een zodanige instemming verleend. Dat betekent dat de onderhavige stelling van de Inspecteur geen deel kan uitmaken van het geschil in hoger beroep en dat het Hof zal uitgaan van de stand van zaken in het partijdebat zoals zich dat in eerste aanleg op dit onderdeel heeft gevormd, inhoudende dat bij transparantie van belanghebbende in

de door de Inspecteur bedoelde zin het teruggaveverzoek moet worden geacht te zijn gedaan namens BBB en dat de tegen de afwijzende uitspraken van de Inspecteur aangewende rechtsmiddelen (mede) moeten worden geacht namens BBB te zijn ingesteld.

A3. Ten aanzien van de vraag of de verzoeken zijn gebaseerd op de juiste wettelijke grondslag

5.7. Voor het geval belanghebbende voor fiscale doeleinden als transparante entiteit moet worden gekwalificeerd, betoogt de Inspecteur dat de verzoeken om teruggave van dividendbelasting namens BBB op grond van artikel 10, lid 1, van de Wet DB buiten de termijn van die bepaling in verbinding met artikel 21c van de UR AWR zijn ingediend, zodat die aldus opgevatte verzoeken niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. De (aanvankelijk) op artikel 10, lid 2, van de Wet DB gebaseerde teruggaveverzoeken kunnen niet, althans niet zonder meer, (mede) worden geacht te zijn gebaseerd op lid 1 van dat artikel, aldus de Inspecteur. Belanghebbende betoogt, naar het Hof verstaat, dat sprake is van verzoeken die, naar de maatstaven van zowel lid 1 als lid 2, van artikel 10 van de Wet DB, tijdig zijn ingediend en dat louter sprake is van een aanvulling van argumenten waarop de teruggaveverzoeken zijn gebaseerd.

5.8. Het hiervóór verkort weergegeven standpunt van de Inspecteur is kennelijk gebaseerd op de tekst van artikel 10 van de Wet DB zoals die tot 31 december 2006 luidde. Het Hof zal zich dan ook tot dat aldus opgevatte betoog beperken en overweegt dienaangaande als volgt.

5.9. Partijen zijn eenparig van mening dat de door belanghebbende ingediende teruggaveverzoeken alle zijn gedaan binnen de termijn zoals die voor zodanige verzoeken gold ingevolge artikel 10, lid 1, van de Wet DB (tekst van 1 november 2002 tot en met 31 december 2006) en in de vorm waarin dergelijke verzoeken moesten worden ingediend, namelijk bij aangiften. De door belanghebbende ingediende teruggaveverzoeken zijn mitsdien ontvankelijk. De omstandigheid dat de aan die verzoeken ten grondslag gelegde motivering, althans aanvankelijk, geen verwijzing naar het toenmalige artikel 10, lid 1, van de Wet DB bevatte, laat de ontvankelijkheid van die verzoeken onverlet en betreft de inhoudelijke merites van die verzoeken, aan welke inhoud eerst wordt toegekomen nadat de verzoeken ontvankelijk zijn geacht.

5.10. Indien een belanghebbende tijdig en overeenkomstig zowel de in artikel 10, lid 1 als lid 2, van de Wet DB (tekst van 1 november 2002 tot en met 31 december 2006) neergelegde vorm verzoeken strekkende tot teruggave van te haren laste ingehouden dividendbelasting heeft ingediend, staat het die belanghebbende vrij de aan die teruggaveverzoeken ten grondslag liggende motivering te baseren hetzij op lid 1, hetzij op lid 2 van dat artikel, alsmede om die motivering te wijzigen, indien op de teruggaveverzoeken nog niet onherroepelijk is beslist en onder de voorwaarde dat de normen van een goede procesorde niet worden geschonden. Dat de Inspecteur, bij in de bezwaarfase slechts op het tweede lid van dit artikel gebaseerde verzoeken, geen rekening kan houden met op het eerste lid gebaseerde grieven van belanghebbende maakt het vorenoverwogene niet anders. Die laatstgenoemde omstandigheid betekent hooguit dat de Inspecteur zich bij de heroverweging in bezwaar kan beperken tot de bij de teruggaveverzoeken aangevoerde grieven, ervan uitgaande dat zijn behoorlijke taakuitoefening geen ambtshalve toetsing van andere mogelijke argumenten vergt.

5.11. Het gelijk ten aanzien van het onderhavige geschilpunt is aan belanghebbende.

B. Ten aanzien van de (non-)transparantie van belanghebbende

5.12. Belanghebbende betoogt, althans primair, dat zij naar Nederlandse fiscale maatstaven als zelfstandig lichaam moet worden aangemerkt, meer in het bijzonder als een fonds voor gemene rekening zoals bedoeld in artikel 2, lid 2, van de Wet Vpb. De Inspecteur stelt daartegenover dat belanghebbende voor fiscale doeleinden niet als een zodanig fonds kan worden aangemerkt, maar als transparant moet worden aangemerkt.

5.13. De Inspecteur heeft, onder andere, gesteld dat belanghebbende niet als een fonds in de zin van de Wet Vpb moet worden aangemerkt, maar dat zij veeleer als privébeleggingsvermogen van BBB moet worden beschouwd. Hij betoogt in dit verband dat in het onderhavige geval niet kan worden gesproken van beleggen voor gemene rekening. Het Hof overweegt dienaangaande als volgt.

5.14. Aan de belastingplicht voor fondsen voor gemene rekening ligt ten grondslag de wens van de wetgever om een gelijke fiscale behandeling in het leven te roepen van enerzijds beleggingsfondsen en anderzijds beleggingsmaatschappijen in de vorm van een naamloze vennootschap (N.V.).

5.15. Fondsen voor gemene rekening in de zin van artikel 2, lid 2, van de Wet Vpb zijn fondsen die zijn ingesteld met het oog op het beleggen voor gemene, ofwel gezamenlijke, rekening van deelnemers in die fondsen. Het voor gemeenschappelijke rekening beleggen is derhalve een wezenskenmerk van de in die wetsbepaling bedoelde fondsen. Dat blijkt niet alleen uit de gebezigde wettelijke terminologie, maar ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van de regeling inzake de belastingplicht van deze fondsen. De invoering van artikel 2, lid 2, van de Wet Vpb is – voor zover te dezen van belang - als volgt gemotiveerd:

“Naast het collectieve beleggen door tussenkomst van beleggingsmaatschappijen is in de laatste jaren de belangstelling zich in steeds toenemende mate gaan richten op het collectieve beleggen in de vorm van zgn. open beleggingsfondsen. De ondergetekenden zien in deze gang van zaken enerzijds een verheugend verschijnsel, in zoverre de toeneming van het aantal uitgegeven bewijzen van deelneming in die fondsen voortvloeit uit besparingen op het inkomen en - wat de vastgoedfondsen betreft - in zoverre de woningbouw daardoor is bevorderd. Anderzijds ontveinen zij zich niet dat de belangstelling voor deze fondsen goedgevoel kan worden toegeschreven aan de omstandigheid, dat het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942 deze fondsen niet in de heffing van die belasting betreft, dat de Beschikking Beleggingsmaatschappijen niet of niet in voldoende mate een faciliteit inhoudt voor de belegging in onroerend goed en in effecten en dat de bestaande tekst van de Wet op de inkomstenbelasting 1964- en daarvóór de tekst van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 - niet voldoende grond biedt om uitkeringen op bewijzen van deelgerechtigdheid in deze open fondsen, evenals dividenden op aandelen in naamloze vennootschappen, steeds tot het volle bedrag in de belasting te betrekken. Bezinning op de vraag of de vermelde omstandigheden uit een oogpunt van fiscale rechtsgelijkheid ten aanzien van beleggers en beleggingsvormen de toets der kritiek kunnen doorstaan, heeft bij de ondergetekenden tot een ontkenkend antwoord geleid. De open fondsen - welke veelal worden ingesteld door een financiële instelling die als beheerder gaat optreden, die de sfeer van activiteiten ten aanzien van het fonds bepaalt, en die de voorwaarden voor beheer en bewaring vaststelt en eerst daarna de gelegenheid open stelt tot het fonds toe te treden — zijn uitgegroeid tot instellingen die zich in financieel-economisch opzicht niet wezenlijk onderscheiden van naamloze vennootschappen die belegging van gelden in effecten of onroerend goed ten doel hebben. Weliswaar missen deze fondsen

rechtspersoonlijkheid - het beheer en de bewaring van het fondsvermogen zijn, meestal elk afzonderlijk, toevertrouwd aan een naamloze vennootschap of vennootschap onder firma — maar dit doet niet af aan het feit dat zij in het maatschappelijk verkeer eenzelfde functie vervullen als de op hetzelfde terrein opererende naamloze vennootschappen.

(Kamerstukken II, 1967-1968, 6000, nr. 17, blz. 7, rk - 8, lk)

“Niet alle fondsen worden in artikel 2, tweede lid, als fonds voor gemene rekening aangemerkt. Dit is alleen het geval met de fondsen ter verkrijging van voordelen uit het beleggen of anderszins aanwenden van gelden voor gemene rekening van houders van bewijzen van deelgerechtigdheid in die fondsen. Door deze begripsomschrijving blijven - behalve voor zover zij onder artikel 2, eerste lid, letter d, zouden vallen - buiten de belastingheffing niet-rechtspersoonlijkheid bezittende fondsen die doeleinden op sociaal gebied nastreven zoals ondersteuningsfondsen, fondsen tot leniging van bepaalde noden, voorts jubileumfondsen enz. Een verder vereiste voor de belastingplicht van fondsen is dat zij „open" zijn hetgeen alleen het geval is als de bewijzen van deelgerechtigdheid in een fonds verhandelbaar zijn in die zin, dat vervreemding daarvan kan plaatsvinden zonder toestemming van alle deelgerechtigden. Besloten beleggingsclubs en soortgelijke combinaties waarbij aan deze eis niet wordt voldaan, blijven ten deze dus buiten beschouwing. Een eventueel statutair of reglementair vastgelegde voorwaarde dat voor vervreemding toestemming nodig is van enkele daartoe aangewezen deelgerechtigden heft de belastingplicht niet op. Het kenmerk van vrije verhandelbaarheid zal aan de feitelijke omstandigheden moeten worden getoetst. Zo zal bijvoorbeeld op een formele bepaling in de statuten dat bij verhandeling van een bewijs van deelgerechtigdheid de andere deelgerechtigden worden geacht hun toestemming te hebben verleend, niet kunnen worden gelet. (...)

(Kamerstukken II, vergaderjaar 1967-1968, 6000, nr. 17, blz. 9, lk)

De open beleggingsfondsen zijn uitgegroeid tot instellingen die zich in financieel-economisch opzicht niet wezenlijk onderscheiden van op hetzelfde terrein werkzame naamloze vennootschappen. In het maatschappelijk verkeer vervullen deze fondsen, ondanks het gemis aan rechtspersoonlijkheid, eenzelfde functie als genoemde vennootschappen. Door de uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid, gepaard gaande met de verhandelbaarheid daarvan zonder toestemming van de mede-deelgerechtigden in het fonds, wordt de band tussen de houder van zulk een bewijs en het betrokken fonds maatschappelijk ervaren als van gelijke aard als de verhouding tussen de houder van een aandeel in een naamloze vennootschap en die vennootschap. Deze feitelijke situatie, getoetst aan het criterium het gelijke zoveel mogelijk gelijk te behandelen — welk criterium ook door deze leden naar voren wordt gebracht — maakt het noodzakelijk open beleggingsfondsen, alsmede de uitkeringen van deze fondsen fiscaal op dezelfde wijze te behandelen als naamloze vennootschappen-beleggingsmaatschappijen en uitkeringen van deze vennootschappen. (...)

Kamerstukken II, vergaderjaar 1968-1969, 6000, nr. 22, blz. 12

5.16. Naar 's Hofs oordeel heeft de wetgever met de regeling van artikel 2, lid 2, van de Wet Vpb het oog gehad op open fondsen voor gemene rekening, teneinde rechtsgelijkheid te bewerkstelligen ten opzichte van naamloze vennootschappen die voor de belegging van gelden worden gebezigd. Daarbij heeft de wetgever stevast het oog gehad op *collectief* beleggen. Een fonds dat niet is bestemd voor beleggen voor gemene rekening, maar voor individuele of *privé*belegging, is zowel wettekstueel als wetshistorisch als teleologisch niet vennootschapsbelastingplichtig. Een dergelijk fonds (voor individuele belegging) vormt onderdeel van het vermogen van degene die via een dergelijk fonds belegt. De fiscale gevolgen daarvan raken die belegger rechtstreeks.

5.17. Het zojuist aangeduide onderscheid tussen fondsen voor individuele belegging enerzijds en fondsen voor collectieve belegging, ofwel voor gemene rekening, anderzijds staat los van de kwalificatie van een fonds als een open of besloten fonds voor gemene rekening (zie de tweede in 5.15 aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis), voor welke kwalificatie de vrije verhandelbaarheid van de participaties moet worden getoetst. Dat laat onverlet dat een fonds voor individuele belegging zich van een fonds voor gemene rekening onderscheidt doordat bij een fonds voor individuele belegging geen toetreding van andere participanten tot het fonds wordt beoogd. Alle fondsparticipatie(s) zullen gedurende haar bestaansduur derhalve, gelijktijdelijk, in handen van één belegger zijn. De omstandigheid dat de participaties in een fonds voor gemene rekening op enig moment of gedurende een bepaalde periode alle door één participant worden gehouden, betekent echter niet dat dat fonds niet langer als fonds voor gemene rekening zou kunnen worden gekwalificeerd, net zo min als die omstandigheid noodzakelijkerwijs tot gevolg heeft dat een open fonds dientengevolge als besloten zou moeten worden gekwalificeerd (vgl. Kamerstukken II, 1968-1969, 6000, nr. 22, blz. 20 lk.). Beoordeeld moet worden of het fonds, naar de bedoeling van de daarbij betrokken partijen, is bestemd voor individuele, dan wel gemene rekening, in welk verband met inachtneming van het zojuist overwogene onder meer acht moet worden geslagen op de gerechtigdheid tot het fondsvermogen.

5.18. In het onderhavige geval staat vast dat BBB sinds de oprichting van belanghebbende onafgebroken de enige aandeelhouder in belanghebbende is geweest. Voorts staat vast dat belanghebbende slechts met toestemming van BBB nieuwe aandelen in haar vermogen mag uitgeven. De Inspecteur heeft voorts onweersproken gesteld dat de naam van belanghebbende, als beleggingsfonds, niet is vermeld op de website van YYY, terwijl op die website wel de namen worden vermeld van fondsen wier participaties (daadwerkelijk) aan derden worden aangeboden. De Inspecteur betoogt dat belanghebbende materieel een privébeleggingsfonds van BBB is. Belanghebbende heeft daartegenover gesteld dat zij, overeenkomstig wettelijke voorschriften in Duitsland, een 'open-ended' fonds is en dat zij, gezien de wettelijke en statutaire bepalingen die haar regarderen, als open fonds voor gemene rekening moet worden gekwalificeerd. De Inspecteur heeft echter onweersproken gesteld dat de term 'open-ended' uitsluitend betekent dat het fonds in beginsel verplicht is aandelen van een participant op diens verzoek in te kopen, met als gevolg dat het openstaande kapitaal van het fonds veranderlijk is, maar dat dat niets zegt over de (mate van) vrije handel in de aandelen in belanghebbende. Belanghebbende heeft voorts tegenover de gemotiveerde stellingname van de Inspecteur niets wezenlijks aangevoerd dat erop zou kunnen duiden dat belanghebbende in werkelijkheid voor beleggen voor gemene rekening is bestemd. Integendeel, belanghebbende heeft desgevraagd te kennen gegeven dat zich nimmer een andere participant voor deelname in belanghebbende heeft gemeld terwijl gesteld noch gebleken is dat BBB op enig moment haar aandelen in belanghebbende, geheel of gedeeltelijk, zou willen vervreemden. Gelet op dit een en ander acht het Hof de gemotiveerde stellingname van de Inspecteur, inhoudende dat belanghebbende geen fonds is bestemd voor beleggen voor gemene rekening, onvoldoende weerlegd door belanghebbende, die toch bij uitstek in de positie is om, gemotiveerd, nader inzicht te verschaffen in de bedoelingen van de bij belanghebbende betrokken partijen, zijnde BBB, YYY en (in mindere mate) ZZZ. Het Hof acht dan ook aannemelijk dat belanghebbende in werkelijkheid een individueel (privé)beleggingsfonds van BBB is, waarmee nimmer is beoogd voor rekening van meer dan één aandeelhouder te beleggen. Belanghebbende kan derhalve niet als fonds voor gemene rekening in de zin van artikel 2, lid 2, van de Wet Vpb worden gekwalificeerd. Het gelijk ten aanzien van de onderwerpelijke vraag is aan de Inspecteur, zonder dat het partijdebat over de vrije verhandelbaarheid van de aandelen in belanghebbende behandeling behoeft.

5.19. Gezien het hiervóór in 5.6 overwogene, laat de omstandigheid dat belanghebbende naar Nederlandse maatstaven niet als een zelfstandig lichaam, meer in het bijzonder een fonds voor gemene rekening, kan worden gekwalificeerd onverlet dat de onderwerpelijke teruggaveverzoeken, daarvan uitgaande, moeten worden opgevat als teruggaveverzoeken die namens BBB zijn gedaan. In het hiernavolgende zal het Hof daarvan uitgaan.

C. Ten aanzien van het beroep van BBB op het Unierecht

CI. Ten aanzien van de toepasselijke verkeersvrijheid

5.20. De wettelijke regeling waarmee beweerdelijk inbreuk wordt gemaakt op het Unierecht is, *ratione materiae*, potentieel zowel van toepassing op aandelenbelangen die enkel worden gehouden zonder dat het de bedoeling is invloed op het bestuur en de zeggenschap van een vennootschap uit te oefenen (portfolio-belangen), als op belangen die de houder ervan in staat stellen een zodanige invloed uit te oefenen op de besluiten van de betrokken vennootschappen dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald. Derhalve kan de onderwerpelijke wettelijke regeling in beginsel zowel onder artikel 49 VWEU betreffende de vrijheid van vestiging als onder artikel 63 VWEU betreffende het vrije verkeer van kapitaal vallen (vgl. HvJ 10 februari 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen*, gev. zaken C-436/08 en C-437/08, ECLI:EU:C:2011:61, ov. 33-35; HvJ 12 december 2005, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774, ov. 80).

5.21. Vaststaat dat BBB, door middel van belanghebbende, voor zover te dezen van belang, belegt in portfolio-belangen in Nederlandse lichamen. Die belangen stellen haar niet in staat een zodanige invloed uit te oefenen op de besluiten van de betrokken lichamen dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald. Derhalve zal het Hof de gestelde schending van het Unierecht uitsluitend toetsen aan de vrijheid van kapitaalverkeer (vgl. HvJ 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, ECLI:EU:C:2012:707, ov. 93-94).

C2. Ten aanzien van belanghebbendes beroep op het regime voor fiscale beleggingsinstellingen

5.22. Belanghebbende heeft betoogd dat zij recht heeft op teruggave van dividendbelasting omdat in Nederland gevestigde fiscale beleggingsinstellingen zoals bedoeld in artikel 28, lid 2, van de Wet Vpb, waarmee zij zich vergelijkbaar acht, recht hebben op zodanige teruggave. Belanghebbendes desbetreffende betoog is gebaseerd op het uitgangspunt dat zij naar Nederlandse maatstaven vergelijkbaar is met een open fonds voor gemene rekening zoals bedoeld in artikel 2, lid 2, van de Wet Vpb. Aangezien het zojuist genoemde uitgangspunt door het Hof is verworpen (zie ov. 5.12-5.19 hiervóór), moet ook belanghebbendes beroep op de regeling voor fiscale beleggingsinstellingen worden verworpen.

DI. Ten aanzien van het beroep van BBB op de belastingregeling voor overheidsbedrijven

Ten aanzien van de wettelijke regeling en het partijdebat

5.23. Ingevolge artikel 2, lid 1, aanhef en letter f, van de Wet Vpb (van 1 januari 2008 tot en met 31 oktober 2008: letter g) zijn als binnenlandse belastingplichtigen aan de belasting onderworpen, onder meer, de in Nederland gevestigde ondernemingen van publiekrechtelijke

rechtspersonen. In artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb wordt een aantal limitatief opgesomde bedrijvigheden als ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen aangemerkt.

5.24. Voor zover publiekrechtelijke rechtspersonen in Nederland andere economische activiteiten verrichten dan de in artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb opgesomde ondernemingsactiviteiten, geldt dat (de vruchten van) die activiteiten niet aan de heffing van vennootschapsbelasting worden onderworpen.

5.25. De regeling van artikel 2, lid 1, aanhef en letter f, onderscheidenlijk g, in verbinding met lid 3, van de Wet Vpb betreft de onderworpenheid aan de vennootschapsbelasting van het directe overheidsbedrijf, ofwel rechtstreeks door publiekrechtelijke rechtspersonen verrichte economische activiteiten.

5.26. Artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb behelst een regeling voor het indirecte overheidsbedrijf. Die regeling betreft privaatrechtelijke lichamen waarvan uitsluitend Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen, onmiddellijk of middellijk, aandeelhouders, deelnemers of leden zijn, alsmede lichamen waarvan de bestuurders uitsluitend door Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen onmiddellijk of middellijk worden benoemd en ontslagen en welker vermogen bij liquidatie uitsluitend ter beschikking van Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen komt. Zodanige lichamen, indirecte overheidsbedrijven, zijn slechts aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen, voor zover zij een ondernemingsactiviteit uitoefenen zoals opgesomd in artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb. Voor lichamen die onmiddellijk of middellijk door Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen worden beheerst volgens de in artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb omschreven voorwaarden, geldt dat zij niet vennootschapsbelastingplichtig zijn, voor zover zij andere economische activiteiten verrichten dan de in artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb opgesomde ondernemingsactiviteiten.

5.27. Het voorgaande lijdt uitzondering voor de specifiek in artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb opgesomde lichamen. Die opgesomde lichamen zijn vennootschapsbelastingplichtig, ongeacht of en in hoeverre zij door Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen worden beheerst in de zojuist genoemde zin. Het Hof verwijst voor de tijdens de onderhavige periode geldende teksten van artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb naar onderdeel 4.1 hiervóór.

5.28. In verband met het beroep van BBB op de regeling van de belastingplicht inzake het overheidsbedrijf teneinde een teruggave van dividendbelasting te verkrijgen, merkt het Hof op dat dat betoog moet worden gezien in verbinding met artikel 10, lid 1, van de Wet DB. Voor zover te dezen van belang, is daarin geregeld dat aan een in Nederland gevestigde rechtspersoon die niet aan de vennootschapsbelasting is onderworpen, op verzoek een teruggave van de te zijnen laste ingehouden dividendbelasting wordt verleend indien deze meer bedraagt dan € 23. Voor de periode van 1 januari 2007 tot en met 31 oktober 2008 is in artikel 10, lid 3, van de Wet DB geregeld dat een zodanige teruggave tevens wordt verleend aan een in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigd lichaam dat aldaar niet aan een belastingheffing naar de winst is onderworpen en dat, ware het in Nederland gevestigd geweest, ook in Nederland niet aan de vennootschapsbelasting zou zijn onderworpen (zie onderdeel 4.6 hiervóór).

5.29. Uitgaande van de fiscale transparantie naar Nederlandse maatstaven van belanghebbende, betoogt BBB, naar het Hof verstaat, dat zij recht heeft op teruggave van de te haren laste geheven dividendbelasting, aangezien zij een publiekrechtelijke rechtspersoon

is en de door haar verrichte bancaire en/of beleggingsactiviteiten niet zijn opgesomd in artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb. BBB beroept zich derhalve rechtstreeks op de wettelijke regeling van artikel 2, lid 1, letter f onderscheidenlijk g, in verbinding met lid 3, van de Wet Vpb. Omdat BBB, indien zij in Nederland zou zijn gevestigd, aldus subjectief zou zijn vrijgesteld van (Nederlandse) vennootschapsbelasting, stelt zij ingevolge artikel 10, lid 1, van de Wet DB recht te hebben op teruggave van de te haren laste ingehouden dividendbelasting. Daaraan kan volgens BBB niet afdoen dat het teruggaverecht ingevolge artikel 10, lid 1, van de Wet DB is beperkt tot in Nederland gevestigde rechtspersonen (voor de periode tot en met 31 december 2006), en/of dat wordt geëist dat het lichaam dat om teruggave van dividendbelasting verzoekt in zijn lidstaat van vestiging niet aan een belastingheffing naar de winst is onderworpen en bij denkbeeldige vestiging in Nederland ook niet aan de heffing van vennootschapsbelasting zou zijn onderworpen.

5.30. Voor het geval haar beroep op (artikel 10, lid 1, van de Wet DB in verbinding met) artikel 2, lid 1, letter f onderscheidenlijk g, in verbinding met lid 3, van de Wet Vpb niet zou slagen, beroept BBB zich op de regeling voor het indirecte overheidsbedrijf van artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb. Zij betoogt dat zij vergelijkbaar is met indirecte overheidsbedrijven die subjectief niet-onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting. Immers, zo stelt BBB, zij is opgericht door publiekrechtelijke rechtspersonen, namelijk (een samenwerkingsverband van) Duitse gemeenten en de bestuurders van BBB worden onmiddellijk of middellijk uitsluitend door die rechtspersonen benoemd en ontslagen, terwijl het vermogen van BBB bij liquidatie uitsluitend ten goede komt aan die publiekrechtelijke rechtspersonen. Omdat BBB geen activiteiten verricht die zijn opgesomd in artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb en zij evenmin uitdrukkelijk is aangewezen als vennootschapsbelastingplichtig subject in de tweede volzin van artikel 2, lid 7, is zij naar Nederlandse maatstaven niet vennootschapsbelastingplichtig, zodat zij – ware zij in Nederland gevestigd – ingevolge artikel 10 van de Wet DB recht heeft op teruggave van de te haren laste ingehouden dividendbelasting, aldus BBB.

5.31. De Inspecteur betoogt, naar het Hof verstaat, dat moet worden beoordeeld of BBB vergelijkbaar is met een vrijgesteld direct of indirect overheidsbedrijf. Volgens de Inspecteur moet die beoordeling negatief uitpakken voor BBB, omdat BBB, ware zij in Nederland gevestigd, aan de heffing van vennootschapsbelasting zou worden onderworpen. De Inspecteur betoogt daartoe in de eerste plaats dat BBB niet vergelijkbaar is met publiekrechtelijke rechtspersonen in de zin van artikel 2:1 van het Burgerlijk Wetboek. BBB moet volgens de Inspecteur worden vergeleken met een privaatrechtelijke rechtspersoon die onder artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb valt. Zowel bij die vergelijking met de indirecte overheidsbedrijven als bij een vergelijking met de directe overheidsbedrijven is de Inspecteur van mening dat BBB moet worden vergeleken met aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen subjecten. Weliswaar vallen de activiteiten die BBB verricht niet onder de opsomming van artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb en is BBB evenmin als zodanig aangewezen als vennootschapsbelastingplichtige in de tweede volzin van artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb, maar dat laat onverlet dat BBB, ware zij in Nederland gevestigd, onverkort aan de heffing van vennootschapsbelasting zou worden onderworpen. De Inspecteur wijst er in dit verband op dat, in het verleden, de Rijkspostspaarbank, een publiekrechtelijke rechtspersoon, aan de vennootschapsbelasting werd onderworpen teneinde concurrentievervalsing met andere banken te voorkomen (Kamerstukken II, zitting 1977-1978, 14 834, nr. 3, blz. 4), doordat zij als zodanig uitdrukkelijk als binnenlands belastingplichtige was benoemd in artikel 2, lid 1, van de Wet Vpb. Aangezien BBB bancaire activiteiten verricht die vergelijkbaar zijn met de door ABN-AMRO, ING-bank of Rabobank verrichte activiteiten, is volgens de Inspecteur zonneklaar dat BBB

vennootschapsbelastingplichtig zou zijn, ware zij in Nederland gevestigd. In dat geval zou – volgens de Inspecteur – de wetgever BBB uitdrukkelijk aanmerken als vennootschapsbelastingplichtig lichaam. Tevens heeft de Inspecteur gewezen op de aanwijzing van bancaire instellingen die in handen kwamen van publiekrechtelijke lichamen door deze op te nemen in de opsomming van artikel 2, lid 7, tweede volzin, van de Wet Vpb.

5.32. Aan de totstandkomingsgeschiedenis van de wettelijke regeling inzake de belastingplicht voor het overheidsbedrijf kan het volgende worden ontleend:

“(…) Moge uit een oogpunt van gelijke rechtsbedeling van de publieke en particuliere ondernemingen het beginsel van een volledige belastingheffing van de Overheidsbedrijven (…) op het eerste gezicht een aantrekkelijke gedachte schijnen, de praktische uitvoering daarvan bleek op zodanige belastingtechnische bezwaren te stuiten, dat nog tijdens de bezetting de aanslagregeling voor de directe Overheidsbedrijven geheel is opgeschort, totdat daarvoor algemene richtlijnen zouden zijn vastgesteld. (…)

(…) [A]nders dan voor de directe Overheidsbedrijven, [heeft] de aanslagregeling voor indirecte Overheidsbedrijven tijdens de bezetting voortgang gevonden. (…)

In het besef, dat de belastingheffing van de Overheidsbedrijven, mede als gevolg van de geschetste feitelijke toestand, dringend op een nieuwe wettelijke leest behoort te worden geschoeid, zijn de ondergetekenden van oordeel, dat een zodanige regeling bij de wet niet alleen uit een oogpunt van een evenwichtige verdeling van de belastingdruk en op sociaal-economische gronden aanvaardbaar moet zijn, doch dat zij tevens eenvoudig van opzet en belastingtechnisch uitvoerbaar dient te zijn.

Alvorens nader in te gaan op de inhoud, die aan een dergelijke nieuwe regeling van de fiscale positie van de Overheidsbedrijven zou behoren te worden gegeven, menen de ondergetekenden als uitgangspunt voorop te moeten stellen, dat voor de belastingheffing van de Overheidsbedrijven geen onderscheid behoort te worden gemaakt naar de vorm, waarin het bedrijf wordt uitgeoefend. Het kan niet als redelijk worden gezien, dat een direct Overheidsbedrijf van belasting zou worden vrijgesteld, terwijl een gelijksoortig indirect Overheidsbedrijf aan de belasting zou worden onderworpen, louter omdat het — veelal noodgedwongen — de gestalte van een afzonderlijke rechtspersoon heeft aangenomen. (…)

Voor het vraagstuk van de fiscale positie van de Overheidsbedrijven gaan hier de gedachten in de eerste plaats uit naar het effect van de belastingheffing op de bestaansvoorwaarden van ondernemingen, met name wat betreft de uitbreidingsmogelijkheden en in het algemeen de concurrentiepositie ten opzichte van de particuliere ondernemingen.

Uit een praktisch oogpunt beschouwd, is het dan ook, naar het de ondergetekenden voorkomt, vooral de concurrerende activiteit van de Overheidsbedrijven, welke pleegt te worden gezien als een van de belangrijke kernpunten van het probleem van de fiscale positie van de Overheidsbedrijven. (…)

Voor de beoordeling van de wenselijkheid, de Overheidsbedrijven aan de vennootschapsbelasting te onderwerpen, komt het de ondergetekenden nuttig voor de gevolgen van de belastingheffing in beschouwing te nemen achtereenvolgens voor de overheidsbedrijven, die in het algemeen de concurrentiestrijd aanbinden met gelijksoortige ondernemingen in de particuliere sfeer, en voor de Overheidsbedrijven, die ten opzichte van het particuliere bedrijfsleven meer een monopolistische positie innemen.

Met betrekking tot de concurrerende Overheidsbedrijven zij opgemerkt, dat de

heffing van de vennootschapsbelasting bij soortgelijke particuliere ondernemingen een belangrijk deel van de winst naar de Overheidssector doet vloeien met het gevolg, dat de beschikbare winst en daardoor ook de liquiditeit van de onderneming wordt verkleind. Belastingheffing van de particuliere onderneming en gelijktijdige vrijstelling van het Overheidsbedrijf betekenen voor het Overheidsbedrijf een aanmerkelijke voorsprong, welke het evenwicht in de concurrentieverhoudingen kan verstoren. (...)

Ook bij erkenning, dat het argument, als zou de belastingheffing van de Overheidsbedrijven niet meer zijn dan een geldverplaatsing binnen het Overheidsvermogen, zakelijk gezien, niet zonder betekenis is en toegegeven, dat (...) de belastingheffing hier belangrijke technische bezwaren kan ontmoeten, zo menen de ondergetekenden dat, bij afweging van de vele hierbij betrokken belangen tegen de psychologische achtergrond van het onderhavige vraagstuk, de vorenaangeduide bezwaren tegen een belastingvrijdom in het algemeen de doorslag geven om de concurrerende Overheidsbedrijven op gelijke voet als de particuliere ondernemingen in de vennootschapsbelasting te betrekken.

Pleit het handhaven van gelijke bestaansvoorwaarden op fiscaal gebied, met name wat betreft de concurrentieverhoudingen, voor een belastingheffing van de Overheidsbedrijven, die zich in de commerciële sfeer meten met bestaande, gelijksoortige particuliere ondernemingen, voor de Overheidsbedrijven met een monopoliepositie, waarbij concurrentieverhoudingen niet of nauwelijks in het geding zijn, doet de noodzaak of zelfs het nut van de heffing van de vennootschapsbelasting zich in veel geringere mate gevoelen. (...)

[Het] komt (...) de ondergetekenden dan ook voor, dat er niet voldoende aanleiding bestaat de Overheidsmonopoliebedrijven in de vennootschapsbelasting te betrekken, zulks te minder, omdat de belastingheffing hier (...) op grote moeilijkheden van belastingtechnische aard dreigt te stranden.

(...)

(...) [Bij] een meer algemene benadering van het probleem [is het] niet mogelijk (...) verder te komen dan een aangeven, in grote trekken, van de richting, waarin de oplossing moet worden gezocht. Evenzo is het duidelijk, dat een dergelijke algemene karakteristiek van een wenselijke fiscale positie van de Overheidsbedrijven geen voldoende basis biedt om, door middel van het in de wet neerleggen van een aantal algemeen gehouden formuleringen, een wettelijke regeling te scheppen, die zowel uit een oogpunt van rechtszekerheid als van technische uitvoerbaarheid verantwoord kan heten.

Aan de andere kant behoeft zulks, naar het oordeel van de ondergetekenden, geen onoverkomelijke hindernis te zijn voor een praktisch aanvaardbare oplossing. (...)

(..) [D]e ondergetekenden [zijn] van mening, dat met een limitatieve opsomming van de belastingplichtige concurrerende Overheidsbedrijven, welke de aard van de bedrijfsactiviteit aanduidt, een praktisch verantwoorde regeling kan worden bereikt, waarmee zoveel mogelijk de oplossing kan worden benaderd, die hiervoren in deze memorie in algemene trekken is geschetst. (...)"

Kamerstukken II, zitting 1954-1955, 3816, nr. 3, blz. 3-6.

"De ondergetekenden stellen het op prijs, dat de aan het woord zijnde leden de analyse van het gecompliceerde vraagstuk van de belastingheffing van Overheidsbedrijven in de Memorie van Toelichting kunnen waarderen, en constateren met voldoening, dat die leden met hen van oordeel zijn, dat voor de belastingheffing van Overheidsbedrijven geen onderscheid behoort te worden gemaakt naar de rechtsvorm, waarin het bedrijf wordt uitgeoefend.

Het stemt eveneens tot voldoening, dat de meergenoemde leden het criterium van het al dan niet concurreren van Overheidsbedrijven met soortgelijke particuliere ondernemingen als uitgangspunt van het wetsontwerp kunnen aanvaarden en daarbij tevens

van oordeel zijn, dat een praktisch uitvoerbare uitwerking van deze gedachte slechts kan worden gevonden in een concrete opsomming van de belaste Overheidsbedrijven. Inderdaad kunnen in bepaalde gevallen aan deze oplossing ook wel bezwaren worden tegengeworpen. Terecht wordt er evenwel in het Voorlopig Verslag op gewezen, dat hieraan slechts zou kunnen worden tegemoet gekomen door een verdergaande verfijning van een toch reeds gecompliceerde regeling, een verfijning, die op gespannen voet zou staan met de mogelijkheid tot praktische uitvoering daarvan.”

Kamerstukken I, zitting 1955-1956, 3816, nr. 202a, blz. 1.

D2. Ten aanzien van het beroep van BBB op het recht op vrij kapitaalverkeer van artikel 56 EG (thans: artikel 63 VWEU)

5.33. Ten aanzien van het beroep van BBB op het recht op vrij kapitaalverkeer van, in de onderhavige periode, artikel 56 EG (thans: artikel 63 VWEU) overweegt het Hof als volgt.

5.34. Het Hof stelt voorop dat ingevolge artikel 2, lid 1, letter f onderscheidenlijk g, in verbinding met lid 3, van de Wet Vpb slechts als binnenlandse belastingplichtigen aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen, voor zover te dezen van belang, limitatief opgesomde ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen. De door BBB in Nederland verrichte beleggingsactiviteiten, al dan niet gezien in verbinding met haar bancaire activiteiten overigens, kunnen niet worden geschaard onder de in artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb genoemde ondernemingen.

5.35. BBB is niet vennootschapsbelastingplichtig in Nederland. Zij behoort niet tot de kring van binnenlandse belastingplichtigen van artikel 2 van de Wet Vpb omdat zij niet in Nederland is gevestigd. Zij is evenmin buitenlands belastingplichtig ingevolge artikel 3 van de Wet Vpb. BBB is weliswaar een buiten Nederland gevestigde rechtspersoon zoals bedoeld in artikel 3, lid 1, letter a, van de Wet Vpb, maar zij geniet geen Nederlands inkomen zoals bedoeld in artikel 17, lid 3, van de Wet Vpb. BBB verricht in Duitsland bancaire activiteiten. Haar activiteiten in Nederland zijn beperkt tot portfolio-beleggingsactiviteiten.

5.36. De door BBB, een publiekrechtelijke rechtspersoon naar Duits recht, ter zake van haar (aandelen)beleggingen genoten dividenden zijn in Nederland evenwel onderworpen aan de heffing van dividendbelasting. Door in Nederland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersonen die niet belastingplichtig zijn op grond van de Wet Vpb, genoten dividenden ter zake van aandelen(beleggingen) zijn ten principale eveneens in Nederland aan de heffing van dividendbelasting onderworpen, maar die dividendbelasting wordt aan hen teruggegeven ingevolge artikel 10, lid 1, van de Wet DB. BBB kan geen aanspraak maken op een zodanige teruggave. Voor de periode van 1 november 2002 tot en met 31 december 2006 is dat een gevolg van het feit dat zij niet in Nederland is gevestigd (zie artikel 10, lid 1, van de Wet DB); voor de periode van 1 januari 2007 tot en met 31 oktober 2008 is dat een gevolg van datzelfde feit. BBB kan in die laatstgenoemde periode evenmin een beroep doen op artikel 10, lid 3, van de Wet DB, reeds omdat zij in Duitsland aan de heffing van winstbelasting is onderworpen. Voor de gehele periode geldt dat de omstandigheid dat BBB, anders dan in Nederland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersonen, geen recht heeft op teruggave van dividendbelasting een gevolg is van het feit dat zij niet in Nederland, maar in een andere lidstaat van de Europese Unie, Duitsland, is gevestigd.

5.37. Artikel 63, lid 1, VWEU behelst een verbod op maatregelen die het kapitaalverkeer beperken, doordat zij niet-ingezetenen ervan doen afzien investeringen, waaronder

beleggingen, in een lidstaat te doen. Een ongunstige behandeling door een lidstaat van dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezetenen publiekrechtelijke rechtspersonen, in vergelijking met de behandeling van dividenden die worden uitgekeerd aan ingezetenen publiekrechtelijke rechtspersonen, kan die niet-ingezetenen ervan doen afzien in die eerstbedoelde lidstaat te investeren, zodat zij een beperking van het vrije kapitaalverkeer vormt die in beginsel verboden is ingevolge artikel 63 VWEU (vgl. HvJ 2 juni 2016, *Pensioenfondsen Metaal en Techniek*, C-252/14, ECLI:EU:C:2016:402, ov. 27-28).

5.38. De omstandigheid dat BBB, wegens haar vestiging in Duitsland, geen aanspraak kan maken op teruggave van dividendbelasting, terwijl een in Nederland ingezetene publiekrechtelijke rechtspersoon, die net zo min als BBB aan de heffing van Nederlandse vennootschapsbelasting is onderworpen, een zodanige teruggave wel verkrijgt, heeft tot gevolg dat de belastingdruk in Nederland op dividenden voor BBB hoger is dan die voor ingezetenen publiekrechtelijke rechtspersonen die dezelfde dividenden ontvangen. Derhalve leidt de onderhavige regeling, althans *prima facie*, tot een belemmering van het vrije kapitaalverkeer.

5.39. Ingevolge artikel 65, lid 1, letter a, VWEU doet het bepaalde in artikel 63 VWEU niet af aan het recht van de lidstaten om in hun belastingwetgeving een onderscheid te maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd. Een zodanig onderscheid kan echter slechts onder de Verdragsbepalingen betreffende het vrije kapitaalverkeer worden aanvaard, indien het verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn, dan wel worden gerechtvaardigd door een dwingend vereiste van algemeen belang (HvJ 2 juni 2016, *Pensioenfondsen Metaal en Techniek*, C-252/14, ECLI:EU:C:2016:402, ov. 45-46).

5.40. De objectieve vergelijkbaarheid van de grensoverschrijdende situatie, zoals die van BBB, met een interne situatie dient te worden onderzocht op basis van het door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel. In dat kader dienen alleen de criteria die in de betrokken wettelijke regeling als relevante onderscheidingscriteria zijn vastgesteld in aanmerking te worden genomen bij de beoordeling van de vraag of het uit de wettelijke regeling voortvloeiende verschil in behandeling objectief verschillende situaties betreft (HvJ 2 juni 2016, *Pensioenfondsen Metaal en Techniek*, C-252/14, ECLI:EU:C:2016:402, ov. 48-49).

5.41. De doelstelling van de regeling van artikel 10, lid 1, van de Wet DB is het uitbreiden van de subjectieve niet-onderworpenheid aan de vennootschapsbelasting naar de voorheffing die de dividendbelasting is voor de Nederlandse vennootschapsbelasting. Die bedoeling is beperkt tot bepaalde rechtspersonen, waaronder publiekrechtelijke rechtspersonen die ingevolge artikel 2, lid 1, letter f onderscheidenlijk g, in verbinding met lid 3, van de Wet Vpb niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting zijn onderworpen (HR 15 november 2013, nr. 12/01866, ECLI:NL:HR:2013:1128, BNB 2014/20, ov. 3.3, alsmede *Kamerstukken II, zitting 1959-1960, 6000 nr. 5, blz. 26-27*). Gelet op die doelstelling dient voor de objectieve vergelijkbaarheid van BBB ten opzichte van in Nederland ingezetenen publiekrechtelijke rechtspersonen acht te worden geslagen op de doelstelling die ten grondslag ligt aan de niet-onderworpenheid van die publiekrechtelijke rechtspersonen aan de (Nederlandse) vennootschapsbelasting.

5.42. Met de regeling van de belastingplicht voor publiekrechtelijke rechtspersonen is

beoogd om concurrerende overheidsbedrijfsactiviteiten in de belastingheffing te betrekken. De wetgever heeft bij de vormgeving van de wettelijke regeling echter welbewust gekozen voor een praktisch uitvoerbare regeling, hetgeen ertoe heeft geleid dat de zojuist omschreven doelstelling slechts in beperkte mate in de wettelijke regeling is neergelegd (zie de onder 5.32 hiervóór geciteerde passages uit de wordingsgeschiedenis van de wettelijke regeling, alsmede de tekst van die regeling). Immers, slechts (concurrerende) overheidsbedrijfsactiviteiten die onder de opsomming van artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb vallen, worden als ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen. Elke andere concurrerende economische activiteit van publiekrechtelijke rechtspersonen blijft van die belasting bevrijd. Aangezien in het kader van de unierechtelijk uit te voeren objectieve-vergelijkbaarheidsanalyse enkel acht moet worden geslagen op de onderscheidingscriteria zoals die in de wettelijke regeling zijn vervat (zie overweging 5.40 hiervóór), moet ervan worden uitgegaan dat de wetgever niets anders heeft beoogd dan de belastingplicht van het overheidsbedrijf te beperken tot de in artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb genoemde activiteiten en al het overige, wegens uitvoeringstechnische bezwaren, niet aan de heffing van die belasting te onderwerpen.

5.43. In het licht van de zojuist weergegeven doelstelling van de wettelijke regeling, opgevat met inachtneming van de daarin neergelegde onderscheidingscriteria, zijn de door BBB in Nederland verrichte beleggingsactiviteiten te vergelijken met niet aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen activiteiten van (ingezeten) publiekrechtelijke rechtspersonen.

5.44. In het kader van de objectieve-vergelijkbaarheidsanalyse behoeven echter nog bespreking de stellingen van de Inspecteur (1) dat BBB niet vergelijkbaar is met publiekrechtelijke rechtspersonen naar Nederlands recht en (2) dat zelfs indien BBB daarmee wel vergelijkbaar zou zijn, BBB aan de heffing van vennootschapsbelasting zou worden onderworpen, omdat de Nederlandse wetgever de wet in dat geval zou wijzigen, bijvoorbeeld door het uitdrukkelijk opnemen van BBB als belastingplichtig lichaam.

5.45. Het eerstgenoemde argument behelst in essentie de stelling dat de Nederlandse wettelijke regeling moet worden beperkt tot publiekrechtelijke rechtspersonen naar *Nederlands* (publiek)recht en dat BBB naar *Nederlands* recht een privaatrechtelijk rechtssubject zou zijn. Het Hof overweegt dienaangaande als volgt.

5.46. Artikel 2, lid 1, letter f onderscheidenlijk g, van de Wet Vpb is, wettekstueel, niet beperkt tot publiekrechtelijke rechtspersonen naar Nederlands recht. Uit de wordingsgeschiedenis kan evenmin worden afgeleid dat de wetgever de onderhavige regeling nadrukkelijk heeft willen beperken tot publiekrechtelijke rechtspersonen naar Nederlands recht. Weliswaar heeft de wetgever bij het vormgeven van de wettelijke regeling de context van de Nederlandse overheid voor ogen gehad, maar dat de wetgever die regeling uitsluitend heeft willen beperken tot ondernemingen van Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen blijkt uit wettekst noch wordingsgeschiedenis. De enige aanwijzing voor een beperking tot publiekrechtelijke rechtspersonen naar Nederlands recht is opgenomen in de tekst van artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb, waarin de regeling voor indirecte overheidsbedrijven is opgenomen (zie overweging 4.1 hiervóór). Die beperking is echter niet van een toelichting van de zijde van de wetgever voorzien. Zij is voorts niet opgenomen in de tekst van artikel 2, lid 1, letter f onderscheidenlijk g, van de Wet Vpb.

5.47. Het Hof ziet zich voor de vraag gesteld of de laatstgenoemde wettekst desalniettemin

zo moet worden uitgelegd dat de beperking tot *Nederlandse* publiekrechtelijke rechtspersonen in de wettekst wordt gelezen, overeenkomstig de tekst van artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb. Het Hof beantwoordt die vraag ontkennend. Allereerst volgt die uitleg niet uit de tekst van artikel 2, lid 1, letter f onderscheidenlijk g, van de Wet Vpb, noch uit de wetsgeschiedenis. Het Hof acht een dergelijke wetsuitleg unierechtelijk ook niet aanvaardbaar. Zo zou een onderscheid worden gecreëerd tussen de niet in artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb opgesomde onderneming van een Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersoon en de vergelijkbare ondernemingsactiviteit van een publiekrechtelijke rechtspersoon, opgericht naar het recht van, onder meer, een andere EU-lidstaat. De laatstgenoemde ondernemingsactiviteiten zouden in beginsel aan de heffing van vennootschapsbelasting worden onderworpen, terwijl de eerstgenoemde ondernemingsactiviteit daarvan zou zijn bevrijd. Dat onderscheid zou, bij de bedoelde interpretatie van artikel 2, lid 1, letter f onderscheidenlijk g, van de Wet Vpb, voortvloeien uit het oprichtingsrecht van de betrokken lichamen. Een dergelijk onderscheid is VWEU-rechtelijk gelijk te stellen met een discriminatie naar nationaliteit, zonder dat daarvoor een in het VWEU vervatte rechtvaardiging voorhanden is.

5.48. Gelet op het vorenoverwogene is het Hof van oordeel dat de regeling betreffende het directe overheidsbedrijf, overeenkomstig de wettekst, niet alleen Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen betreft, maar ook vreemdrechtelijke publiekrechtelijke rechtspersonen.

5.49. Voor zover de stellingname van de Inspecteur berust op de opvatting dat ondenkbaar is dat, in de Nederlandse context van privaat- en publiekrechtelijke rechtspersonen, (concurrerende) bancaire en/of beleggingsactiviteiten in een publiekrechtelijke rechtspersoon zouden zijn ondergebracht, zodat BBB, gezien haar activiteiten, onvergelijkbaar is met de publiekrechtelijke rechtspersonen in artikel 2, lid 1, letter f onderscheidenlijk g, van de Wet Vpb, overweegt het Hof nog als volgt. Allereerst geldt de desbetreffende regeling voor publiekrechtelijke rechtspersonen, ongeacht de feitelijk door hen verrichte (overheids-, dan wel overige) taken. Dit betekent dat vanuit de opzet van de wettelijke regeling ten principale irrelevant is dat BBB (in Duitsland, althans buiten Nederland) bancaire activiteiten verricht. Voorts werden in het verleden ook in Nederland bancaire activiteiten mede door een publiekrechtelijke rechtspersoon verricht, namelijk door de Rijkspostspaarbank. De wetgever heeft daarin geen aanleiding gezien voor het toevoegen van bancaire activiteiten aan artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb, ook niet toen de in het verleden in Nederland geldende belastingvrijstelling voor spaarbanken werd opgeheven. Weliswaar is de Rijkspostspaarbank destijds als zodanig als belastingplichtig rechtssubject aangewezen, maar de wetgever is nimmer tot een ruimere invulling van de opsomming in artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb gekomen. Dat de wetgever bancaire en/of beleggingsactiviteiten niet aan lid 3 heeft toegevoegd, bijvoorbeeld omdat daarin geen mededingingsprobleem werd gezien, laat onverlet dat (a) het verrichten van bancaire activiteiten door een publiekrechtelijke rechtspersoon ook in de Nederlandse context bestaanbaar was en (2) dat de wetgever nimmer tot een wezenlijke aanpassing van de wettelijke regeling is gekomen, althans niet eerder dan nadat hij daartoe werd gemaand door de Europese Commissie (zie het besluit van de Commissie van 2 mei 2013 betreffende steunregeling SA.25338, C(2013) 2372 final). Het enkele feit dat de Rijkspostspaarbank op enig moment als belastingplichtige is aangewezen, betekent overigens niet dat BBB, in de onderwerpelijke periode waarin die aanwijzing reeds lang niet meer gold, vergelijkbaar is met een dergelijke, in deze periode niet meer bestaande, publiekrechtelijke belastingplichtige rechtspersoon.

5.50. Gezien het vorenoverwogene is het Hof van oordeel dat BBB, als in Duitsland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersoon, objectief vergelijkbaar is met in Nederland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersonen. BBB kan geen teruggave van dividendbelasting verkrijgen op de enkele grond dat zij buiten Nederland is gevestigd. Alle overige door de Inspecteur aangevoerde gronden betreffen geen verschillen die in het licht van de doelstelling van de regeling van artikel 10, lid 1, van de Wet DB in verbinding met artikel 2, lid 1, onderdeel f onderscheidenlijk g, in verbinding met lid 3, van de Wet Vpb als objectieve verschillen kunnen worden aangemerkt. De Inspecteur heeft overigens geen dwingende redenen van algemeen belang aangevoerd op grond waarvan het verschil in behandeling van BBB ten opzichte van in Nederland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersonen zou kunnen worden verklaard. Mitsdien moet het feit dat BBB teruggave van de op door haar ontvangen dividenden drukkende dividendbelasting wordt geweigerd, worden aangemerkt als een schending van het recht op vrij kapitaalverkeer.

5.51. Geheel ten overvloede overweegt het Hof nog als volgt. Zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat BBB objectief niet vergelijkbaar is met in Nederland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersonen die andere activiteiten verrichten dan de in artikel 2, lid 3, van de Wet Vpb opgesomde activiteiten, geldt dat BBB moet worden aangemerkt als indirect overheidsbedrijf in de zin van artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb.

5.52. Vaststaat dat BBB is opgericht door (een samenwerkingsverband van) Duitse gemeenten, zijnde publiekrechtelijke rechtspersonen naar Duits recht. Gesteld noch gebleken is dat die rechtspersonen niet vergelijkbaar zouden zijn met publiekrechtelijke rechtspersonen naar Nederlands recht. Belanghebbende heeft in haar tiendagenstuk in hoger beroep gemotiveerd uiteengezet dat de bestuurders van BBB onmiddellijk of middellijk worden benoemd en ontslagen door die gemeenten. Het Hof acht het desbetreffende betoog van belanghebbende, dat door de Inspecteur niet als zodanig is weersproken, aannemelijk. Aangezien voorts vaststaat dat een eventueel liquidatiesaldo van BBB ten goede komt aan de vorenbedoelde gemeenten (zie onderdeel 2.12 hiervóór), moet BBB naar 's Hofs oordeel in dat geval worden gekwalificeerd als een lichaam in de zin van artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb. Overigens heeft de Inspecteur eerst in zijn stuk met dagtekening 27 juni 2017 betoogd dat, in weerwil van hetgeen het Hof in onderdeel 2.8 onder de feiten heeft opgenomen, BBB, althans materieel, een in aandelen verdeeld kapitaal heeft en aandeelhouders heeft. Het Hof overweegt in verband met die stellingname dat, zelfs indien die juist zou zijn, BBB moet worden aangemerkt als publiekrechtelijke rechtspersoon in de zin van artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb op de grond dat haar aandelen worden gehouden door publiekrechtelijke rechtspersonen.

5.53. Naar 's Hofs oordeel kan de hiervóór reeds genoemde beperking van artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb tot *Nederlandse* publiekrechtelijke rechtspersonen belanghebbende op unierechtelijke gronden niet worden tegengeworpen. Door middel van het hier bedoelde nationaliteitscriterium wordt een onderscheid gemaakt tussen, bijvoorbeeld, vennootschappen wier aandelen in handen zijn van Nederlandse gemeenten en vennootschappen wier aandelen in handen zijn van Duitse gemeenten. Er bestaat, in het licht van het doel en de opzet van de wettelijke regeling inzake de vennootschapsbelastingplicht voor overheidsbedrijven, geen goede grond voor een verschil in behandeling tussen privaatrechtelijke lichamen die worden beheerst door Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen en privaatrechtelijke lichamen die worden beheerst door niet-Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen. De wetgever heeft met de regeling voor de vennootschapsbelastingplicht voor directe en indirecte overheidsbedrijven enerzijds een doelmatige regeling beoogd te scheppen, waarmee concurrentievervalsing ten gevolge van belastingvrijdom van overheidsbedrijven wordt

bestreden, terwijl voorts een gelijke behandeling van directe en indirecte overheidsondernemingen is beoogd. In het licht van die overwegingen valt niet in te zien waarom indirecte overheidsbedrijven van niet-Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen anders zouden moeten worden behandeld dan indirecte overheidsbedrijven van Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen. Dit klemmt temeer omdat – indachtig de wens van de wetgever om directe en indirecte overheidsbedrijven bij de heffing van vennootschapsbelasting zoveel mogelijk gelijk te behandelen – bij de regeling betreffende het directe overheidsbedrijf geen onderscheid wordt gemaakt tussen Nederlandse en niet-Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen (zie ook het hiervóór onder 5.46 tot en met 5.48 overwogene).

5.54. BBB kan naar 's Hofs oordeel niet worden tegengeworpen dat zij niet is opgesomd als belastingplichtig lichaam in de tweede volzin van artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb. De Inspecteur heeft weliswaar betoogd dat BBB zou worden opgesomd indien zij zich in Nederland zou vestigen, dan wel dat BBB vergelijkbaar is met in die volzin opgesomde banken in overheidshanden, maar dat betoog moet worden verworpen. Het is inherent aan de door de wetgever gekozen systematiek dat indirecte overheidslichamen in de zin van artikel 2, lid 7, eerste volzin, van de Wet Vpb die geen van de in artikel 2, lid 3, van die wet opgesomde activiteiten verrichten, zijn vrijgesteld van de heffing van vennootschapsbelasting, tenzij zij nadrukkelijk en bij naam aangeduid zijn opgesomd in de tweede volzin van artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb. In Nederland gevestigde indirecte overheidsbedrijven die niet in die tweede volzin zijn opgesomd, zijn niet vennootschapsbelastingplichtig op de grond dat zij vergelijkbare activiteiten verrichten ten opzichte van wel opgesomde lichamen, noch op grond van de omstandigheid dat hun activiteiten concurreren met die van wel opgesomde lichamen. De wettelijke regeling voorziet eenvoudigweg niet in de onderworpenheid aan vennootschapsbelasting van lichamen die vergelijkbare of concurrerende activiteiten verrichten ten opzichte van wel opgesomde lichamen. Daarvan uitgaande, kan BBB niet worden tegengeworpen dat zij niet is opgesomd. Dat zij, zoals de Inspecteur stelt, activiteiten verricht die vergelijkbaar zijn met door enkele opgesomde lichamen verrichte activiteiten, is irrelevant, aangezien dat argument, zelfs indien juist, in zuiver binnenlandse verhoudingen evenmin zou kunnen leiden tot belastingplicht.

5.55. Aan het argument van de Inspecteur dat de wet zou worden gewijzigd indien BBB zich in Nederland zou vestigen, moet ten slotte voorbij worden gegaan. Ten eerste ziet dat argument eraan voorbij dat slechts beoordeeld moet worden of BBB, als buiten Nederland gevestigd lichaam, objectief vergelijkbaar is met in Nederland gevestigde lichamen die niet aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen. BBB was in de onderwerpelijke periode, noch thans, in Nederland gevestigd; zij heeft slechts (onder meer) belegd in aandelen van in Nederland gevestigde vennootschappen. In die omstandigheid heeft de wetgever geen aanleiding gezien om BBB aan de vennootschapsbelasting te onderwerpen. Of de wetgever de wet zou wijzigen indien BBB zich in de onderwerpelijke periode in Nederland zou hebben gevestigd, is niet relevant aangezien zulks zich niet heeft voorgedaan. Voor het overige moet naar 's Hofs oordeel worden uitgegaan van de wetgeving zoals die daadwerkelijk in de onderwerpelijke periode in Nederland van kracht was.

5.56. Gezien het vorenoverwogene moet, zowel indien BBB wordt vergeleken met publiekrechtelijke rechtspersonen in de zin van artikel 2, lid 1, aanhef en letter f onderscheidenlijk g, van de Wet Vpb, als indien BBB wordt vergeleken met indirecte overheidslichamen zoals bedoeld in artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb worden geconcludeerd dat het recht op vrij kapitaalverkeer van BBB wordt belemmerd doordat zij geen teruggave

van dividendbelasting kan verkrijgen, terwijl in objectief vergelijkbare interne situaties een dergelijke teruggave wel kan worden verkregen. Voor dat verschil in behandeling is geen rechtvaardiging aanwezig. Gelet hierop behoeft geschilpunt E geen behandeling.

5.57. De remedie tegen de zojuist benoemde schending van het recht op vrij kapitaalverkeer bestaat, in beginsel, uit het aan BBB verlenen van de door haar gewenste teruggave van dividendbelasting, gelijk aan de teruggave die een in Nederland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersoon zou verkrijgen. Alvorens daartoe kan worden geconcludeerd, dient de staatssteunstellingname van de Inspecteur te worden behandeld.

F. Ten aanzien van het staatssteunrecht van de Europese Unie

5.58. Ter inleiding van het navolgende en met het oog op de door het Hof te stellen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) geeft het Hof op deze plaats van zijn uitspraak een samenvatting van de hiervóór gegeven analyse.

5.59.1. BBB is een in Duitsland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersoon naar Duits recht die via belanghebbende, een in Duitsland beheerd beleggingsfonds, belegt in (onder andere) aandelen van in Nederland gevestigde vennootschappen. Op de ter zake van die aandelen door BBB, via belanghebbende, genoten dividenden is Nederlandse dividendbelasting ingehouden.

5.59.2. In Nederland gevestigde ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Teneinde te voorkomen dat de dividendbelasting, als voorheffing op de vennootschapsbelasting, op door dergelijke ondernemingen ontvangen dividenden van in Nederland gevestigde vennootschappen blijft drukken, voorziet de Nederlandse wetgeving in een teruggave van de ter zake van die dividenden ingehouden dividendbelasting. Die teruggave is, voor zover van belang, beperkt tot in Nederland gevestigde rechtspersonen die niet aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen. BBB komt niet voor deze teruggaveregeling in aanmerking omdat zij niet in Nederland is gevestigd.

5.59.3. Het Hof heeft hiervóór in overwegingen 5.33 tot en met 5.57 geoordeeld dat de weigering om BBB een teruggave van dividendbelasting te verlenen een schending van het recht op vrij kapitaalverkeer ingevolge artikel 56 EG (thans: artikel 63 VWEU) oplevert, omdat BBB, althans de door haar verrichte economische activiteiten, objectief vergelijkbaar zijn met niet aan de heffing van (Nederlandse) vennootschapsbelasting onderworpen ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen. BBB komt derhalve in aanmerking voor een zodanige teruggave, behoudens de hiernavolgende behandeling van het beroep van de Inspecteur op het staatssteunrecht van de Europese Unie.

5.60. De Inspecteur betoogt dat het aan BBB verlenen van de door haar gewenste teruggave van dividendbelasting een ongeoorloofde schending van het uitvoeringsverbod van artikel 108, lid 3, VWEU zou betekenen en dat het Hof, gelet daarop, het verzoek van belanghebbende moet afwijzen. De Inspecteur wijst erop dat de hiervóór behandelde regeling van de beperkte belastingplicht van ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen een bestaande steunregeling is die inmiddels door de Commissie onverenigbaar met de interne markt is bevonden. De verlening van een teruggave van dividendbelasting aan BBB met een beroep op artikel 56 EG (thans: artikel 63 VWEU) zou volgens de Inspecteur leiden tot een wijziging van die bestaande steunregeling, ofwel de verlening van nieuwe staatssteun, waarmee zou worden gehandeld in strijd met het voornoemde uitvoeringsverbod.

5.61. Belanghebbende heeft het voornoemde, verkort weergegeven, betoog van de Inspecteur op zichzelf beschouwd niet weersproken, maar stelt (1) dat het betoog van de Inspecteur hoe dan ook moet worden verworpen, gezien het arrest HvJ 6 oktober 2015, *Finanzamt Linz*, C-66/14, ECLI:EU:C:2015:661 en (2) dat in het onderhavige geval geen sprake kan zijn van het verlenen van staatssteun omdat de teruggevraagde dividendbelasting binnen de grenzen blijft die voor *de minimis*-staatssteun zijn vastgesteld.

5.62.1. Artikel 87, lid 1, EG luidt als volgt:

“Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”

5.62.2. Artikel 88, lid 3, EG luidt als volgt:

“De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 87 onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.”

5.63. De tijdens het onderhavige tijdvak geldende Procedureverordening (Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag Pb EG nr. L 083 van 27/03/1999 behelst onder andere de volgende definities:

“Artikel 1
Definities

- a) “steun”, elke maatregel die aan alle in artikel 92, lid 1, van het Verdrag vervatte criteria voldoet;
- b) “bestaande steun”,
 - i) (...)alle steun die voor de inwerkingtreding van het Verdrag in de respectieve lidstaat bestond, dat wil zeggen steunregelingen en individuele steun die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag tot uitvoering zijn gebracht en die na de inwerkingtreding nog steeds van toepassing zijn;(...)
- c) “nieuwe steun”, alle steun, dat wil zeggen steunregelingen en individuele steun, die geen bestaande steun is, met inbegrip van wijzigingen in bestaande steun;
- d) “steunregeling”, elke regeling op grond waarvan aan ondernemingen die in de regeling op algemene en abstracte wijze zijn omschreven, individuele steun kan worden toegekend zonder dat hiervoor nog uitvoeringsmaatregelen vereist zijn, alsmede elke regeling op grond waarvan steun die niet gebonden is aan een specifiek project voor

- onbepaalde tijd en/of voor een onbepaald bedrag aan een of meer ondernemingen kan worden toegekend;
- e) “individuele steun”, steun die niet wordt toegekend op grond van een steunregeling, alsook steun die op grond van een steunregeling wordt toegekend en moet worden aangemeld;
- f) “onrechtmatige steun”, nieuwe steun die in strijd met artikel 93, lid 3, van het Verdrag tot uitvoering wordt gebracht.
- (...)”

5.64. In artikel 4, lid 1, van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, Pb EU L 140 van 30/04/2004, is het volgende bepaald:

“Voor de toepassing van artikel 1, onder c), van Verordening (EG) nr. 659/1999 wordt onder een wijziging in bestaande steun iedere wijziging verstaan, met uitzondering van aanpassingen van louter formele of administratieve aard die de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt niet kunnen beïnvloeden. Een verhoging van de oorspronkelijk voor een bestaande steunregeling voorziene middelen met maximaal 20 procent, wordt echter niet als een wijziging van bestaande steun beschouwd.”

5.65. Het huidige artikel 107, lid 1, en artikel 108, lid 3, VWEU wijken niet op rechtens relevante wijze af van de hiervóór onder 5.62.1 en 5.62.2 geciteerde bepalingen uit het voormalige EG-Verdrag. Ook de huidige Procedureverordening (Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van artikel 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, Pb EU L 248 van 24/9/2015) bevat in artikel 1 niet op rechtens relevante wijze afwijkende begripsbepalingen ten opzichte van de onder 5.63 geciteerde uit de voormalige Procedureverordening.

5.66. Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, Pb EG nr. L 142 van 14/5/1998, luidt – voor zover van belang – als volgt:

“Artikel 2
De minimis

1. De Commissie kan bij verordening, vastgesteld in overeenstemming met de in artikel 8 van de onderhavige verordening neergelegde procedures, vaststellen dat gezien de ontwikkeling en de werking van de gemeenschappelijke markt, bepaalde overheidssteun niet voldoet aan alle criteria van artikel 92, lid 1, en derhalve wordt vrijgesteld van de in artikel 93, lid 3, bedoelde aanmeldingsprocedure, op voorwaarde dat de aan eenzelfde onderneming over een zekere periode toegekende steun een bepaald vastgesteld bedrag niet overschrijdt.”

5.67. Verordening (EG) nr. 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de minimis-steun, Pb EG L 10/30 van 13 januari 2001, luidt – voor zover te dezen van belang – als volgt:

“Artikel 2

De minimis-steun

1. Steunmaatregelen worden geacht niet aan alle criteria van artikel 87, lid 1, van het Verdrag te voldoen, en vallen derhalve niet onder de aanmeldingsverplichting van artikel 88, lid 3, van het Verdrag, indien zij aan de in de leden 2 en 3 vastgestelde voorwaarden voldoen.

2. Het totale bedrag van de de minimis -steun die is verleend aan één onderneming, mag niet hoger zijn dan 100 000 EUR over een periode van drie jaar. Dit plafond is van toepassing ongeacht de vorm van de steun en ongeacht het daarmee beoogde doel.

3. Het in lid 2 vastgestelde plafond wordt uitgedrukt als een subsidie. Alle cijfers die worden gebruikt, zijn brutocijfers vóór aftrek van de directe belastingen. Wanneer steun in een andere vorm dan een subsidie wordt verleend, is het steunbedrag het brutosubsidie-equivalent van de steun.

(...)

Artikel 3

Cumulering en controle

1. Wanneer een lidstaat een onderneming de minimis-steun verleent, deelt hij de onderneming mede dat het om de minimis-steun gaat, en verlangt hij van de betrokken onderneming alle gegevens over de minimis-steun die zij in de voorgaande drie jaar heeft ontvangen.

De lidstaat kan slechts nieuwe de minimis-steun verlenen nadat hij is nagegaan of de nieuwe steun het totale bedrag van de gedurende de relevante periode van drie jaar ontvangen steun niet zodanig doet toenemen dat het in artikel 2, lid 2, vastgestelde plafond wordt overschreden.

(...)

Artikel 4

Inwerkingtreding en geldigheidsduur

1. Deze verordening treedt in werking op de twintigste dag volgende op die van haar bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen.

Zij blijft van kracht tot en met 31 december 2006.

2. Na het verstrijken van de geldigheidsduur van deze verordening blijft voor onder deze verordening vallende de minimis-steunregelingen nog een aanpassingsperiode van zes maanden gelden.

Gedurende de aanpassingsperiode kunnen deze regelingen van toepassing blijven onder de voorwaarden die in deze verordening zijn genoemd.”

5.68. Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de minimissteun luidt, voor zover te dezen van belang, als volgt:

“Artikel 2

De-minimissteun

1. Steunmaatregelen worden geacht niet aan alle criteria van artikel 87, lid 1, van het Verdrag te voldoen — en zijn derhalve vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting uit hoofde van artikel 88, lid 3, van het Verdrag — indien zij aan de in de leden 2 tot en met 5 vastgestelde voorwaarden voldoen.

2. Het totale bedrag aan de-minimissteun dat aan één onderneming wordt verleend, ligt niet hoger dan 200 000 EUR over een periode van drie belastingjaren. Het totale bedrag aan de-minimissteun dat aan één onderneming die in het wegvervoer actief is, wordt verleend, ligt niet hoger dan 100 000 EUR over een periode van drie belastingjaren. Deze plafonds zijn van toepassing ongeacht de vorm van de de-minimissteun of het daarmee nagestreefde doel en ongeacht het feit of de door de lidstaat verleende steun geheel of ten dele uit middelen van communautaire oorsprong wordt gefinancierd. Deze periode wordt vastgesteld op basis van de belastingjaren zoals de onderneming die in de betrokken lidstaat voor fiscale doeleinden gebruikt.

Wanneer het totale in het kader van een steunmaatregel verleende steunbedrag dit plafond overschrijdt, kan het voordeel van deze verordening niet worden ingeroepen, zelfs niet voor een gedeelte van het steunbedrag dat het plafond niet overschrijdt. In dat geval kan voor deze steunmaatregel noch op het tijdstip van steunverlening noch op een later tijdstip het voordeel van deze verordening worden ingeroepen.

3. Het in lid 2 vastgestelde steunplafond wordt als een subsidiebedrag uitgedrukt. Alle bedragen die worden gebruikt, zijn brutobedragen vóór aftrek van belastingen of andere heffingen. Wanneer steun in een andere vorm dan subsidies wordt verleend, is het steunbedrag het bruto-subsidie-equivalent van de steun.

(...)

4. Deze verordening is alleen van toepassing op steun waarvan, ongeacht de vorm ervan, het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan worden berekend zonder dat een risicoanalyse hoeft te worden uitgevoerd (hierna „transparante steun” genoemd). Met name:

- a) geldt steun in de vorm van leningen als transparante de-minimissteun indien voor het berekenen van het bruto-subsidie-equivalent de marktrente is gebruikt die van toepassing is op het tijdstip dat de steun wordt toegekend;
- b) geldt steun in de vorm van kapitaalinjecties alleen als transparante de-minimissteun indien het totale door de overheid ingebrachte bedrag onder het de-minimisplafond blijft;
- c) geldt steun in de vorm van risicokapitaalmaatregelen alleen als transparante de-minimissteun indien de in de betrokken risicokapitaalregeling aan elke doelonderneming verstrekte middelen onder het de-minimisplafond blijven;
- d) geldt individuele steun die in het kader van een garantieregeling wordt verleend aan ondernemingen welke geen ondernemingen in moeilijkheden zijn, als transparante de-minimissteun wanneer het in het kader van een dergelijke regeling gegarandeerde gedeelte van de onderliggende lening niet meer dan 1,5 miljoen EUR per onderneming bedraagt. Individuele steun die in het kader van een garantieregeling wordt verleend aan in het wegvervoer actieve ondernemingen welke geen ondernemingen in moeilijkheden zijn, geldt als transparante de-minimissteun wanneer het in het kader van een dergelijke regeling gegarandeerde gedeelte van

de onderliggende lening niet meer dan 750 000 EUR per onderneming bedraagt. Indien het gegarandeerde gedeelte van de onderliggende lening slechts een bepaald deel van dit plafond bedraagt, wordt het bruto-subsidie-equivalent van die garantie geacht overeen te komen met hetzelfde aandeel van het toepasselijke plafond dat in lid 2 is vastgesteld. De garantie mag niet meer dan 80 % van de onderliggende lening belopen. Garantieregelingen gelden ook als transparant indien i) vóór de tenuitvoerlegging van de regeling de methodiek voor het berekenen van het bruto-subsidie-equivalent van de garanties door de Commissie is aanvaard na aanmelding van die methodiek op grond van een andere verordening die de Commissie op staatssteungebied heeft goedgekeurd, en ii) de goedgekeurde methodiek uitdrukkelijk is toegespitst op het soort garanties en het soort onderliggende transacties die in het kader van de toepassing van onderhavige verordening in het geding zijn.

5. De-minimissteun wordt niet gecumuleerd met staatssteun ten behoeve van dezelfde in aanmerking komende kosten indien dergelijke cumulering ertoe zou leiden dat een steunintensiteit hoger uitkomt dan de intensiteit die in de specifieke omstandigheden van elke zaak door een groepsvrijstellingsverordening of een besluit van de Commissie is vastgesteld.

Artikel 3

Monitoring

1. Wanneer een lidstaat voornemens is de-minimissteun aan een onderneming te verlenen, stelt hij de onderneming schriftelijk in kennis van het voorgenomen steunbedrag (uitgedrukt als bruto-subsidie-equivalent) en van het feit dat het de-minimissteun betreft, waarbij uitdrukkelijk wordt verwezen naar deze verordening en de titel en de vindplaats ervan in het Publicatieblad van de Europese Unie. Wanneer op basis van een regeling de de-minimissteun aan verschillende ondernemingen wordt verleend en in het kader van die regeling aan die ondernemingen uiteenlopende bedragen aan individuele steun worden verleend, kan de betrokken lidstaat ervoor opteren om deze verplichting te vervullen door de ondernemingen een vast bedrag mee te delen dat met het in het kader van de regeling maximaal uit te keren steunbedrag overeenstemt. In dat geval wordt het vaste bedrag gebruikt om te bepalen of het in artikel 2, lid 2, vastgestelde plafond is bereikt. Alvorens de steun te verlenen, verlangt de lidstaat van de betrokken onderneming ook een verklaring in schriftelijke of elektronische vorm over alle andere in de twee voorgaande belastingjaren en in het lopende belastingjaar ontvangen de-minimissteun.

De lidstaat verleent slechts nieuwe de-minimissteun nadat hij zich ervan heeft vergewist dat hiermee het totale bedrag van de gedurende de periode die door het betrokken fiscale jaar en de twee voorafgaande fiscale jaren wordt bestreken, door de onderneming ontvangen de-minimissteun niet zodanig doet toenemen dat het in artikel 2, lid 2, vastgestelde plafond wordt overschreden.

(...)

Artikel 5

Overgangsmaatregelen

(...)

2. Alle individuele de-minimissteun die tussen 2 februari 2001 en 30 juni 2007 wordt verleend

en die aan de voorwaarden van Verordening (EG) nr. 69/2001 voldoet, wordt geacht niet aan alle criteria van artikel 87, lid 1, van het Verdrag te voldoen en is bijgevolg van de aanmeldingsverplichting uit hoofde van artikel 88, lid 3, van het Verdrag vrijgesteld.

(...)

Artikel 6

Inwerkingtreding en geldigheidsduur

Deze verordening treedt in werking op de dag volgende op die van haar bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Zij is van 1 januari 2007 tot en met 31 december 2013 van toepassing.”

5.69. De regeling van de belastingplicht van het directe en indirecte overheidsbedrijf zoals in deze procedure aan de orde, is door de Commissie gekwalificeerd als een bestaande steunmaatregel zoals bedoeld in artikel 1, letter b, van de Procedureverordening (zie het besluit van de Commissie van 2 mei 2013 betreffende steunregeling SA.25338, C(2013) 2372 final). Volgens de Commissie is sprake van een bestaande steunmaatregel die onverenigbaar is met de interne markt en daarom moet worden afgeschaft. Bij het voornoemde besluit van 2 mei 2013 heeft de Commissie een voorstel voor dienstige maatregelen gedaan. Aan dat besluit kan het volgende worden ontleend:

“(86) De Nederlandse autoriteiten worden hierbij uitgenodigd om wetgeving vast te stellen die garandeert dat overheidsbedrijven die economische activiteiten uitoefenen op dezelfde wijze als private bedrijven aan vennootschapsbelasting zullen worden onderworpen. Deze wetgeving zal binnen een termijn van 18 maanden vanaf de ontvangst van dit besluit moeten worden vastgesteld en uiterlijk in het daaropvolgende belastingjaar in werking moeten treden.

(87) De Nederlandse autoriteiten worden uitgenodigd de Commissie schriftelijk ervan in kennis te stellen dat Nederland, ingevolge artikel 19, lid 1, van de procedureverordening, dit voorstel voor dienstige maatregelen binnen één maand vanaf de ontvangst van dit voorstel onvoorwaardelijk en ondubbelzinning in zijn geheel aanvaardt, anders zal de Commissie handelen in overeenstemming met de regels die in artikel 19, lid 2, van de procedureverordening zijn neergelegd”

5.70. De stellingname van partijen roept de volgende uitleggingsvragen van Unierechtelijke aard op:

- A. Is de uitbreiding van de reikwijdte van een bestaande steunregeling ingevolge een succesvol beroep van een belastingplichtige op het recht op vrij kapitaalverkeer van artikel 56 EG-Verdrag (thans: artikel 63 VWEU) een als wijziging in bestaande steun op te vatten nieuwe steunmaatregel?
- B. Zo ja, verzet de taakuitoefening van de nationale rechter ingevolge artikel 108, lid 3, VWEU zich ertegen dat de belastingplichtige een belastingvoordeel wordt verleend waarop die belastingplichtige ingevolge artikel 56 EG-Verdrag (thans: artikel 63 VWEU) aanspraak kan maken, dan wel dient de nationale rechter een voorgenomen beslissing, houdende de verlening van dat voordeel, bij de Commissie aan te melden, dan wel dient de nationale rechter enige andere handeling te verrichten of maatregel

- te nemen ingevolge artikel 108, lid 3, VWEU, gezien de hem ingevolge artikel 108, lid 3, VWEU toebedeelde toezichthoudende taak?
- C. Dient de nationale rechter een in beginsel als onrechtmatige staatssteun te kwalificeren teruggave van dividendbelasting aan een individuele belastingplichtige te verlenen, indien hij op grond van de hem ter beschikking staande gegevens zou kunnen vaststellen dat de drempels voor *de minimis*staatssteun ten aanzien van die concrete belastingplichtige niet worden overschreden, hoewel de wettelijke regeling van de lidstaat betreffende de teruggave van dividendbelasting op zichzelf beschouwd niet als *de minimis*steun kan worden aangemerkt, omdat zij niet aan de daarvoor geldende voorwaarden voldoet?

5.71. Het Hof zal de vorenstaande vragen toelichten.

5.72. Artikel 87, lid 1, EG (thans: artikel 107, lid 1, VWEU) behelst het verbod op steunmaatregelen van de lidstaten. Dat verbod is absoluut noch onvoorwaardelijk. Afgezien van de uitzonderingen van artikel 87, lid 2, EG, biedt artikel 87, lid 3, EG de Commissie een ruime beoordelingsvrijheid om, in afwijking van het algemene verbod van artikel 87, lid 1, EG, bepaalde steunmaatregelen verenigbaar met de interne markt te verklaren (vgl. HvJ 8 november 2001, *Adria Wien Pipeline GmbH en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH*, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, ov. 30).

5.73. Het toezicht op steunmaatregelen van de lidstaten, zoals geregeld in artikel 88 EG (thans: artikel 108 VWEU) en de daarop betrekking hebbende rechtspraak van het HvJ, is een taak van de Commissie en van de nationale rechterlijke instanties. In het kader van dat toezicht hebben de nationale rechterlijke instanties en de Commissie aanvullende en onderscheiden taken. Terwijl de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de interne markt onder de exclusieve bevoegdheid van de Commissie valt, die daarbij onder toezicht van de unierechters staat, zien de nationale rechterlijke instanties toe op de bescherming van de rechten van justitiabelen in geval van schending van de in artikel 88, lid 3, EG neergelegde verplichting om steunmaatregelen voorafgaand aan tenuitvoerlegging bij de Commissie aan te melden (vgl. HvJ 5 oktober 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH*, C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644, ov. 36-38).

5.74. De procedure in het kader van de toezichtregeling voor staatssteun verschilt naargelang het gaat om bestaande of nieuwe steun. Bestaande steunmaatregelen kunnen overeenkomstig artikel 88, lid 1, EG, regelmatig tot uitvoering worden gebracht zolang de Commissie die maatregelen niet onverenigbaar met de interne markt heeft verklaard. Voor nieuwe steun geldt dat elk voornemen tot invoering van nieuwe steunmaatregelen of tot wijziging van bestaande steunmaatregelen krachtens artikel 88, lid 3, EG tijdig bij de Commissie moet worden aangemeld en niet tot uitvoering kan worden gebracht voordat de procedure tot een eindbeslissing heeft geleid (vgl. HvJ 26 oktober 2016, *DEI*, C-590/14 P, ECLI:EU:C:2016:797, ov. 45.)

5.75. Nieuwe steun is alle niet-bestaande steun, met inbegrip van wijzigingen in bestaande steun (zie artikel 1, letter c, Vo. 659/1999). Verder blijkt uit artikel 4, lid 1, van Verordening 794/2004 van de Commissie dat “[v]oor de toepassing van artikel 1, onder c), van verordening (EG) nr. 659/1999 (...) onder een wijziging in bestaande steun iedere wijziging [wordt] verstaan, met uitzondering van aanpassingen van louter formele of administratieve aard die de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt [thans: de interne markt; Hof] niet kunnen beïnvloeden”.

5.76. Nieuwe steun die in strijd met artikel 88, lid 3, EG wordt toegekend, is deswege onrechtmatig (zie artikel 1, letter f, Vo. 659/1999).

5.77. In het onderhavige geval houdt de teruggave van dividendbelasting aan in Nederland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersonen onlosmakelijk samen met de (voormalige) regeling van de belastingplicht van het overheidsbedrijf, die door de Commissie als bestaande steunmaatregel is aangemerkt (zie ov. 5.69 hiervóór). De teruggave van dividendbelasting, zijnde een voorheffing op de vennootschapsbelasting, is immers het logische complement van de niet-onderworpenheid aan vennootschapsbelasting (zie overweging 5.41 hiervóór). De daaruit voortvloeiende bestaande steun, bestaande in de niet-heffing van (vennootschaps- en dividend)belasting over winsten behaald door publiekrechtelijke lichamen met door hen verrichte economische activiteiten, was gedurende de periode waarop de onderhavige procedure betrekking heeft, nog niet onverenigbaar met de interne markt verklaard.

5.78. De verlening van de teruggave van dividendbelasting waarom BBB, een in Duitsland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersoon, heeft verzocht, is niet gegrond op de wettelijke regeling waarop in Nederland gevestigde publiekrechtelijke lichamen een dergelijke teruggave kunnen baseren, maar is een gevolg van het terechte beroep van BBB op het recht op vrij kapitaalverkeer (zie overweging 5.57 hiervóór). Zoals de Inspecteur terecht betoogt, leidt de honorering van dat beroep op het recht op vrij kapitaalverkeer tot een uitbreiding van de reikwijdte van de onderwerpelijke steunregeling. Immers, de niet-heffing van dividendbelasting van in Nederland gevestigde ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen wordt dientengevolge uitgebreid naar buiten Nederland gevestigde ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen die in aandelen van in Nederland gevestigde vennootschappen hebben belegd of geïnvesteerd. Dat zou ook gelden indien de reikwijdte van artikel 2, lid 7, van de Wet Vpb zou worden uitgebreid, wegens honorering van een beroep op het recht op vrij kapitaalverkeer, tot lichamen beheerst door buiten Nederland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersonen.

5.79. Het gevolg van een beroep als het onderhavige op het recht op vrij kapitaalverkeer is derhalve een wezenlijke uitbreiding van de reikwijdte van de onderhavige bestaande steunregeling betreffende de belastingplicht van het overheidsbedrijf. Betoogd kan worden dat die wijziging een wijziging van bestaande steun is in de zin van artikel 1, letter c, van Vo. 659/1999 en derhalve nieuwe steun. Daaraan lijkt niet af te doen dat de regeling inzake de belastingplicht voor het overheidsbedrijf, waaronder de teruggave van dividendbelasting aan niet-vennootschapsbelastingplichtige overheidsbedrijven, op zichzelf beschouwd een bestaande steunregeling is. De hier aan de orde zijnde wijziging in de reikwijdte van die steunregeling is immers een gevolg van het recht op vrij kapitaalverkeer, welk recht uit het EG-Verdrag (thans: VWEU) voortvloeit. Hoewel dat recht op vrij kapitaalverkeer in de Nederlandse rechtsorde werking kreeg als gevolg van de inwerkingtreding van het Verdrag van Rome, kan een justitiabele als BBB dat recht eerst rechtstreeks inroepen sinds de volledige liberalisering van het kapitaalverkeer ten gevolge van de inwerkingtreding van Richtlijn 88/361/EEG met ingang van 1 juli 1990. Ofwel, de bedoelde wijziging in de reikwijdte is in het uiterste geval een rechtstreeks gevolg van de inwerkingtreding van het Verdrag van Rome in Nederland, zodat die wijziging niet kan worden geacht reeds te hebben bestaan ten tijde van de inwerkingtreding van dat Verdrag in Nederland (zie definitie van bestaande steun ingevolge artikel 1, letter b, Vo. 659/1999), dan wel een rechtstreeks gevolg van de vorenbedoelde liberalisering, welke eerst met ingang van 1 juli 1990 is gerealiseerd.

De wijziging in reikwijdte is voorts niet van louter formele of administratieve aard in de onder 5.75 bedoelde zin, zodat evenmin op die grond kan worden gezegd dat de wijziging van onvoldoende gewicht is om die als nieuwe steun aan te merken.

5.80. Daartegenover kan worden betoogd dat de regeling inzake de belastingplicht van het overheidsbedrijf, waaronder de teruggave van dividendbelasting aan niet-vennootschapsbelastingplichtige overheidsbedrijven, op zichzelf beschouwd niet is gewijzigd in die zin dat zich in de loop der tijd sinds de inwerkingtreding van (de voorlopers van) het VWEU in Nederland geen wettelijke of beleidsmatige uitbreiding in de reikwijdte van die regeling heeft voorgedaan. Het is derhalve niet uit te sluiten dat een wijziging in de reikwijdte van een steunregeling die louter een gevolg is van een unierechtelijk recht op vrij (kapitaal)verkeer op zichzelf beschouwd niet een wijziging in bestaande steun is in de zin van artikel 1, letter c, van Vo. 659/1999. Indien deze laatstgenoemde interpretatie juist is, zou de unierechtelijke staatssteunregeling zich niet tegen honorering van de teruggaveverzoeken van BBB verzetten. Aangezien naar 's Hofs oordeel onduidelijk is of de hier bedoelde uitbreiding van de reikwijdte van de regeling inzake de teruggave van dividendbelasting als bestaande steun, dan wel als wijziging in bestaande steun moet worden gekwalificeerd, zal het Hof een desbetreffende vraag prejudicieel aan het HvJ voorleggen.

5.81. Ervan uitgaande dat honorering van de teruggaveverzoeken van BBB zou leiden tot het verlenen van nieuwe steun, rijst de vraag welk rechtsgevolg het Hof daaraan als nationale rechterlijke instantie dient te verbinden.

5.82. Ten eerste rijst de vraag of de jurisprudentie van het HvJ in zaken als *Ianelli & Volpi* (HvJ 22 maart 1977, 74/76, ECLI:EU:C:1977:51) en *Nygård* (HvJ 23 april 2002, C-234/99, ECLI:EU:C:2002:244) verhindert dat het Hof in de onderhavige zaak het beroep van BBB op het recht op vrij kapitaalverkeer honoreert. Uit die jurisprudentie blijkt dat nationale rechterlijke instanties elementen van een steunregeling mogen toetsen aan andere, rechtstreeks werkende, verdragsbepalingen dan artikelen 87 en 88 EG, onder de voorwaarde dat die elementen, hoewel zij onderdeel zijn van een steunregeling, niet noodzakelijk zijn ter bereiking van het doel of voor de goede werking ervan (arrest-*Ianelli & Volpi*, ov. 14; arrest-*Nygård*, ov. 57). Indien het echter gaat om elementen van een steunregeling die wel noodzakelijk zijn ter bereiking van het doel van de steunregeling of de goede werking ervan, zou de nationale rechter, indien hij die elementen toetst aan andere verdragsbepalingen dan artikelen 107 en 108 VWEU, de uit het VWEU volgende bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechter en de Commissie doorkruisen en dient exclusief de staatssteunprocedure te worden gevolgd (arrest-*Ianelli & Volpi*, ov. 14). Uit de jurisprudentie van het HvJ blijkt onvoldoende onder welke voorwaarden sprake is van "elementen van een steunregeling die noodzakelijk zijn ter bereiking van het doel of de goede werking ervan", zodat evenmin duidelijk is of de toetsing, door het Hof, van beperkingen in de reikwijdte van de onderhavige bestaande steunmaatregel aan het recht op vrij kapitaalverkeer zou leiden tot een doorkruising van de bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechter en de Commissie, ervan uitgaande dat de honorering van een beroep op het recht op vrij kapitaalverkeer leidt tot een wijziging in bestaande steun en derhalve tot de verlening van nieuwe steun (zie ov. 5.79 en 5.80 hiervóór).

5.83. Het Hof leidt uit de jurisprudentie van het HvJ voorlopig af dat zich geen ongeoorloofde doorkruising van de hier bedoelde bevoegdheidsverdeling voordoet indien het gaat om een beperking in de reikwijdte van een (bestaande) steunregeling als hier aan de orde (kortweg: onderscheid tussen ingezetene publiekrechtelijke rechtspersonen en niet-

ingezeten publiekrechtelijke rechtspersonen) waarmee een inbreuk wordt gemaakt op het recht op vrij kapitaalverkeer. In een dergelijk geval zou de ruime beoordelingsvrijheid waarover de Commissie beschikt bij de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de interne markt niet worden doorkruist als gevolg van door de nationale rechter verleende rechtsbescherming. De Commissie mag immers die beoordelingsvrijheid niet aldus uitoefenen dat een steunmaatregel van een lidstaat waarmee inbreuk wordt gemaakt op, bijvoorbeeld, de fundamentele vrijheden uit het VWEU, verenigbaar wordt verklaard met de interne markt (vgl. HvJ 19 september 2000, *Duitsland / Commissie*, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, ov. 78 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie). Op basis van de tot dusverre gewezen jurisprudentie kan echter niet met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat deze interpretatie de juiste is. Immers, betoogd kan worden dat 's Hofs honorering van het onderhavige beroep op het recht op vrij kapitaalverkeer samenvalt met de verlening van nieuwe staatssteun met als daaruit volgende vraag of het institutionele primaat bij de Commissie moet liggen, overeenkomstig de procedure van artikel 108 VWEU, dan wel of de nationale rechter zijn rechtsbeschermende taak ingevolge het recht op vrij verkeer kan vervullen zonder dat primaat te doorkruisen.

5.84. Ervan uitgaande dat de voorgaande overwegingen niet leiden tot de conclusie dat de onderwerpelijke uitbreiding van de reikwijdte van de teruggaveregeling niet exclusief aan de bedoelde staatssteunprocedure is onderworpen, rijst de vraag naar de inhoud die de nationale rechter aan zijn taakuitoefening ingevolge artikel 108, lid 3, VWEU dient te geven. Uit de jurisprudentie van het HvJ tot dusverre kan het volgende worden afgeleid.

5.85. De nationale rechter ziet erop toe dat de rechten van justitiabelen worden beschermd totdat de Commissie haar eindbeslissing heeft vastgesteld, indien de in artikel 108, lid 3, VWEU neergelegde verplichting tot aanmelding en opschorting niet is nageleefd. Indien de nationale rechter vaststelt dat de betrokken maatregel bij de Commissie had moeten worden aangemeld en dat die verplichting niet is nagekomen, moet de nationale rechter die maatregel onrechtmatig verklaren. De nationale rechter moet namelijk, overeenkomstig het nationale recht, alle nodige gevolgen verbinden aan de schending van artikel 108, lid 3, VWEU, zowel wat betreft de geldigheid van handelingen tot uitvoering van steunmaatregelen, als wat betreft de terugvordering van in strijd met die bepaling toegekende steun (arrest-*DEI*, hiervoor aangehaald, ov. 97-100).

5.86. In de onderhavige procedure zou de beslissing van het Hof tot honorering van de teruggaveverzoeken van BBB leiden tot het verlenen van nieuwe steun, ervan uitgaande dat de interpretatie in overweging 5.79 hiervóór unierechtelijk juist is. Een dergelijke rechterlijke beslissing zou derhalve het verlenen van nieuwe steun behelzen (vgl. arrest-*DEI*, hiervoor aangehaald, ov. 59). De vraag die rijst, is welk gevolg het Hof daaraan dient te verbinden. Dient het Hof zijn voorgenomen beslissing tot honorering van de onderhavige teruggaveverzoeken te schorsen en dient die voorgenomen beslissing bij de Commissie te worden gemeld? Of zou die beslissing van het Hof slechts het gevolg zijn van de declaratoire vaststelling dat de onderhavige bestaande steunmaatregel (betreffende de belastingplicht voor het overheidsbedrijf) reeds sinds de inwerkingtreding van (de voorlopers van) het VWEU in Nederland in strijd is met het recht op vrij (kapitaal)verkeer, zodat het recht op belastingteruggave van BBB een reeds bestaand recht is dat weliswaar nieuwe steun is, maar niet meer kan of moet worden aangemeld ingevolge artikel 108, derde lid, VWEU, omdat die aanmelding reeds in het verleden, ten tijde van de in artikel 1, letter b, van Vo. 659/1999 bedoelde inwerkingtreding van het Verdrag in Nederland, had moeten geschieden?

5.87. Indien die laatste interpretatie juist is, moet worden aangenomen dat de teruggave van dividendbelasting aan BBB de verlening van onrechtmatige staatssteun zou behelzen, hetgeen de vraag oproept of dat betekent dat het Hof de teruggaveverzoeken moet afwijzen teneinde te voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt verleend. De nationale rechter moet immers de belangen van de Unie ten volle in aanmerking nemen. Hij dient ervoor te waken dat onrechtmatige staatssteun wordt verleend, dan wel de kring van ontvangers van onrechtmatige steun wordt vergroot (vgl. arrest-*Transalpine Ölleitung*, hiervoor aangehaald, ov. 49-50).

5.88. De twijfel ten aanzien van de rol van de nationale rechter in een zaak als de onderhavige wordt vergroot door het arrest van het HvJ in de zaak van *Finanzamt Linz* (arrest van 6 oktober 2015, C-66/14, ECLI:EU:C:2015:661). Het HvJ achtte een vraag van de verwijzende nationale rechter naar de uitlegging van artikel 107 in verbinding met 108, lid 3, VWEU in een vergelijkbaar geval van samenloop van het recht op vrij verkeer met het verbod op steunmaatregelen van de lidstaten niet-ontvankelijk en overwoog slechts dat een onderneming die een heffing verschuldigd is, zich niet aan de betaling daarvan kan onttrekken met het argument dat een fiscale maatregel ten gunste van andere ondernemingen staatssteun vormt (zie overweging 21 van het desbetreffende arrest). Indien de honorering van de onderwerpelijke teruggaveverzoeken van BBB de verlening van nieuwe staatssteun zou behelzen, geeft die rechtsregel geen antwoord op de vraag naar de inhoud van de taakuitoefening door de nationale rechter ingevolge artikel 108, lid 3, VWEU.

5.89. Ten slotte rijst de vraag wat de betekenis is van het betoog van BBB, inhoudende dat het bedrag van de door haar over de onderwerpelijke periode teruggevraagde dividendbelasting de drempels voor *de minimis*steun niet overtreft. Het Hof merkt in dat verband op dat door of namens BBB geen inzicht is verschaft in eventueel overigens door haar en eventuele met haar verbonden ondernemingen in Nederland ontvangen steunbedragen. Maar ook indien ervan moet worden uitgegaan dat BBB en eventuele met haar verbonden ondernemingen in Nederland geen andere steunbedragen hebben ontvangen dan de thans door BBB verlangde teruggaven van dividendbelasting, rijst de vraag of de nationale rechter deswege aan de staatssteunvragen voorbij kan gaan. Immers, zoals de Inspecteur terecht aanvoert, lijkt de onderwerpelijke steunmaatregel, bestaande in het verlenen van teruggave van dividendbelasting aan bepaalde niet in Nederland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersonen, in zijn algemeenheid aan het in artikel 2, lid 4, van Verordening 1998/2006 van de Commissie neergelegde transparantiecriterium te voldoen. Die teruggave is immers niet tot enig bedrag begrensd, maar is afhankelijk van het bedrag van de door de bedoelde personen in enige periode ter zake van aandelen van in Nederland gevestigde vennootschappen ontvangen dividenden. Gesteld dat een dergelijke steunregeling bij de Commissie zou worden aangemeld, dan kan derhalve niet worden verondersteld dat de Commissie zou toekomen aan de toepassing van die *de minimis*verordening, omdat de maatregel niet aan de daarvoor geldende criteria voldoet.

5.90. Anderzijds lijkt het mogelijk dat in een concrete belastingprocedure, waarin een verzoek om teruggave van dividendbelasting als de onderhavige verzoeken aan de orde is, wordt beoordeeld hoeveel staatssteun de verzoeker in concreto over een bepaalde periode ontvangt en dat de desbetreffende bedragen worden getoetst aan de *de minimis*normen uit de toepasselijke verordeningen. Aangezien *de minimis*staatssteun wordt geacht geen merkbare gevolgen te hebben voor de mededinging of het handelsverkeer tussen de lidstaten, kan dergelijke steun niet worden geacht te voldoen aan de cumulatieve voorwaarden van artikel 107, lid 1, VWEU, zodat evenmin sprake is van aanmeldingsplichtige steun die, bij niet-

aanmelding, onrechtmatig zou kunnen zijn.

5.91. Naar 's Hofs oordeel is aan de geschetste twijfel omtrent het antwoord op de onderhavige vraag een einde gekomen met de beslissing van het HvJ in de zaak-*Heiser* (arrest van 3 maart 2005, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130). In die zaak was het daadwerkelijk door de justitiabele (*in casu*: een arts) ontvangen steunbedrag geringer dan het destijds geldende plafond voor *de minimis*staatssteun. Desalniettemin kon niet op die grond worden geoordeeld dat het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig kon worden beïnvloed. Het HvJ EU overwoog:

“34. Wat het in de mededeling van de Commissie van 6 maart 1996 vastgestelde de-minimisplafond betreft, blijkt uit het door verwijzende rechter aan het Hof overgelegde dossier niet dat het bedrag dat een arts kan aftrekken op grond van een maatregel als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, in alle gevallen lager is dan het de-minimisbedrag, dat is vastgesteld op 100 000 EUR over een periode van drie jaar. Zoals de Commissie van de Europese Gemeenschappen terecht opmerkt, stelt de nationale regeling immers geen enkele grens aan het bedrag dat een arts als individuele onderneming kan aftrekken in het kader van het achterwege laten van de herziening van de aftrek. In deze omstandigheden is niet bewezen dat voor een dergelijke maatregel de door genoemde mededeling ingestelde de-minimisregel kan gelden.”

5.92. Naar 's Hofs oordeel is met het geciteerde oordeel *éclairé* dat in een geval als het onderhavige, indien overigens sprake zou zijn van de verlening van nieuwe steun, het *de minimis*verweer van BBB moet worden verworpen. Het Hof acht geen rechtens relevante verschillen aanwezig tussen het feiten- en regelgevingscomplex dat ten grondslag lag aan het genoemde arrest-*Heiser* en het onderhavige feitencomplex en de daarvoor relevante regelgeving.

5.93. Het Hof ziet zich voor de vraag gesteld of het aangewezen is dat het gebruik maakt van zijn bevoegdheid om prejudiciële vragen aan het HvJ te stellen teneinde de onduidelijkheid waarmee het antwoord op de in overweging 5.70 onder A en B geschetste vragen is omgeven, weg te nemen. Het Hof beantwoordt die vraag bevestigend. Daartoe heeft het Hof acht geslagen op de omstandigheid dat de onderhavige procedure een proefprocedure vormt voor een zeer groot aantal teruggaveverzoeken dat bij de Inspecteur is ingediend. Op basis van inlichtingen van de Inspecteur is het Hof ermee bekend dat de uitkomst van de onderhavige procedure rechtstreeks relevant is voor ongeveer 1.000 teruggaveverzoeken, waarin naast de in deze procedure aan de orde zijnde kwesties van nationaalrechtelijke aard vergelijkbare vragen van unierechtelijke aard aan de orde zijn, waaronder de staatssteunrechtelijke. Het Hof acht het daarom, niet alleen met het oog op de beslechting van het thans voorliggende geschil, maar ook met het oog op de vele nog bij de Inspecteur aanhangige teruggaveverzoeken wenselijk dat er zo spoedig mogelijk duidelijkheid ontstaat over de voornoemde vragen. Het Hof heeft er in dit verband mede acht op geslagen dat de onderhavige vragen van staatssteunrechtelijke aard zich tevens aandienen ingeval de nationaalrechtelijke kwalificatievraag van belanghebbende (zie ov. 5.12 tot en met 5.19 hiervóór) in andere zin zou worden beantwoord. Het Hof is voorts van oordeel dat van elke andere afdoeningswijze van de onderhavige zaak niet duidelijk is dat die leidt tot een doelmatiger rechtspleging dan indien het Hof overgaat tot het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ.

Slotsom

5.94. Gezien het vorenoverwogene, zal het Hof de hiervóór in overweging 5.70 genoemde en in overwegingen 5.71 tot en met 5.90 toegelichte vragen prejudicieel voorleggen aan het HvJ en de verdere behandeling en beslissing van de onderhavige zaken aanhouden totdat het HvJ naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

5.95. Gelet op de op het Hof uit hoofde van artikel 67 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen rustende verplichting tot geheimhouding van belanghebbendes identiteit en persoonsgegevens en de identiteit van de wederpartij, gelet op de uit de Richtlijn van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, 95/46/EG, PB L 281 van 23.11.1995, blz. 31 voor het Hof voortvloeiende verplichting tot bescherming van belanghebbendes identiteit en persoonsgegevens en gelet op § 27 van de 'Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures', Pb 2012/C 338/01, zal het Hof de griffier opdragen deze tussenuitspraak en de processen-verbaal van de zittingen te anonimiseren en slechts een geanonimiseerd afschrift van deze stukken aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te zenden.

6. Beslissing

- gelast dat de griffier deze tussenuitspraak en de processen-verbaal van de zittingen anonimiseert en dat hij een geanonimiseerd afschrift van deze stukken (met de kopie van het procesdossier) zendt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie;
- verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak te doen over de volgende vragen:
 1. Is de uitbreiding van de reikwijdte van een bestaande steunregeling ingevolge een succesvol beroep van een belastingplichtige op het recht op vrij kapitaalverkeer van artikel 56 EG-Verdrag (thans: artikel 63 VWEU) een als wijziging in bestaande steun op te vatten nieuwe steunmaatregel?
 2. Zo ja, verzet de taakuitoefening van de nationale rechter ingevolge artikel 108, lid 3, VWEU zich ertegen dat de belastingplichtige een belastingvoordeel wordt verleend waarop die belastingplichtige ingevolge artikel 56 EG-Verdrag (thans: artikel 63 VWEU) aanspraak maakt, dan wel dient een voorgenomen rechterlijke beslissing, houdende de verlening van dat voordeel, bij de Commissie te worden gemeld, dan dient de nationale rechter enige andere handeling te verrichten of maatregel te nemen, gezien de hem ingevolge artikel 108, lid 3, VWEU toebedeelde toezichhoudende taak?

Het Hof houdt verder iedere beslissing aan en schorst het geding totdat het Hof van Justitie van de Europese Unie naar aanleiding van het vorenstaande verzoek uitspraak heeft gedaan.

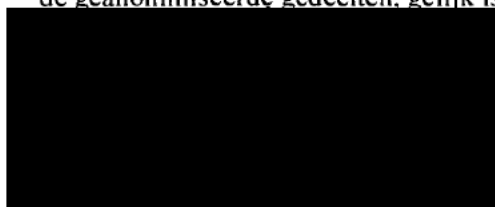
Aldus gedaan op **12 OKT 2017**

door P.C. van der Vegt, voorzitter, A.J. Kromhout en T.A. Gladpootjes, in tegenwoordigheid van A. Muller, griffier. De beslissing is op die datum ter openbare zitting uitgesproken en afschriften van de uitspraak zijn op die datum aangetekend aan partijen verzonden.

w.g.: A. Muller

w.g.: P.C. van der Vegt

De griffier verklaart dat deze geanonimiseerde versie van de uitspraak, met uitzondering van de geanonimiseerde gedeelten, gelijk is aan de uitspraak.



Tegen tussenbeslissingen stelt de wet geen afzonderlijk, tussentijds beroep in cassatie dan wel een ander rechtsmiddel open (artikel 28, lid 5 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen). Tegen dergelijke beslissingen van de rechtbank of het gerechtshof kan slechts worden opgekomen tegelijkertijd met het hoger beroep respectievelijk het beroep in cassatie tegen de einduitspraak, zijnde de uitspraak waarbij het geding wordt afgedaan (vergelijk het arrest van de Hoge Raad van 14 september 2007, nr. 43 294, BNB 2008/51).