CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 17 november 2016 [1]

Zaak C-68/15

X

[verzoek van het Grondwettelijk Hof (België) om een prejudiciële beslissing]

„Belastingwetgeving — Vrijheid van vestiging — Artikel 4, lid 3, en artikel 5 van richtlijn 2011/96/EU — Moeder-dochterrichtlijn — Belasting van vennootschappen bij de uitkering van winst — Begrip bronbelasting — ‚Fairness tax'"

I – **Inleiding**

1. In de onderhavige prejudiciële procedure wordt het Hof verzocht om een uitspraak over de vraag of een in het Koninkrijk België geheven belasting, die ondernemingen onder bepaalde omstandigheden bij de uitkering van winst moeten voldoen, verenigbaar is met de vrijheid van vestiging en met richtlijn 2011/96/EU [2] (hierna: „Moeder-dochterrichtlijn").

2. De Belgische belastingwetgeving staat ondernemingen toe verliezen onbeperkt over te dragen naar latere belastingtijdvakken, alsook een aftrek voor zogenoemd risicokapitaal [3] toe te passen. Volgens de Belgische regering hebben deze maatregelen er evenwel toe geleid dat bepaalde ondernemingen vrijwel geen belasting meer betaalden, terwijl zij wel winst uitkeerden. Daar dit niet rechtvaardig werd gevonden ten opzichte van andere belastingplichtingen, werd een afzonderlijk geheven belasting, „fairness tax" genaamd, ingevoerd die de excessen moest tegengaan die de aftrekmogelijkheden hadden veroorzaakt. [4]

3. De belasting is in wezen van toepassing wanneer vennootschappen in een bepaald belastingtijdvak winst uitkeren, terwijl zij hun belastbaar inkomen in dat tijdvak effectief verlaagd hebben door gebruik te maken van de genoemde aftrekmogelijkheden. Kort gezegd is de heffingsgrondslag gelijk aan bij het bedrag waarmee de door de vennootschap uitgekeerde winst het fiscaal resultaat overtreft. Dit bedrag wordt vóór de toepassing van het belastingtarief vermenigvuldigd met een zogenoemde proportionaliteitsfactor, die aangeeft in welke mate het resultaat verlaagd is door de toegepaste aftrek van overgedragen verliezen respectievelijk aftrek voor risicokapitaal.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Richtlijn van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 2011, L 345, blz. 8), zoals gewijzigd bij richtlijn (EU) 2015/121 van de Raad van 27 januari 2015 (PB 2015, L 21, blz. 1).

3 — De aftrek houdt in dat van de grondslag voor de vennootschapsbelasting fictief de rente mag worden afgetrokken die als vergoeding voor het eigen vermogen kan worden gezien. Het Hof heeft zich reeds in het arrest Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447) over deze aftrek gebogen.

4 — Zie de verklaringen van de verantwoordelijk minister in het verslag namens de commissie voor sociale zaken van de Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers van 15 juli 2013 (Parl. St., Kamer, 2012-2013, DOC 53-2891/007, blz. 38).

4. Het Grondwettelijk Hof twijfelt eraan of de fairness tax verenigbaar is met de vrijheid van vestiging, daar zij ook van toepassing is op niet-ingezeten vennootschappen die in België opereren via een vaste inrichting in plaats van een dochteronderneming. Daar de belasting zowel kenmerken van een vennootschapsbelasting als van een bronbelasting op dividenden vertoont, is bovendien in geschil of zij in strijd is met de moeder-dochterrichtlijn. [5]

II – **Toepasselijke bepalingen**

A –*Unierecht*

5. De vrijheid van vestiging zoals neergelegd in de artikelen 49 tot en met 55 VWEU en de moeder-dochterrichtlijn vormen het Unierechtelijk beoordelingskader van het onderhavige geding.

6. De moeder-dochterrichtlijn is krachtens artikel 1, lid 1, van toepassing

„a) op uitkeringen van winst die door vennootschappen van deze staat zijn ontvangen van hun dochterondernemingen uit andere lidstaten;

b) op winst die door vennootschappen van deze staat is uitgekeerd aan vennootschappen van andere lidstaten, waarvan zij dochteronderneming zijn;

[…]”

7. Artikel 4 van de moeder-dochterrichtlijn bepaalt:

„(1) Wanneer een moedermaatschappij of haar vaste inrichting, op grond van de deelgerechtigdheid van de moedermaatschappij in haar dochteronderneming, uitgekeerde winst ontvangt, anders dan bij de liquidatie van de dochteronderneming, moeten de lidstaat van de moedermaatschappij en de lidstaat van haar vaste inrichting:

a) ofwel zich onthouden van het belasten van deze winst voor zover die winst niet aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij, en deze winst belasten voor zover die winst aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij;

b) ofwel de winst belasten, maar in dat geval de moedermaatschappij en de vaste inrichting toestaan van de verschuldigde belasting af te trekken het gedeelte van de belasting dat betrekking heeft op die winst en betaald is door de dochteronderneming en enigerlei kleindochteronderneming, op voorwaarde dat bij iedere schakel een vennootschap en haar kleindochteronderneming onder de in artikel 2 vastgestelde definities vallen en aan de in artikel 3 gestelde eisen voldoen, tot het bedrag van de overeenstemmende verschuldigde belasting.

[…]

(3) Iedere lidstaat blijft bevoegd om te bepalen dat lasten die betrekking hebben op de deelneming en waardeverminderingen die voortvloeien uit de uitkering van de winst van de dochteronderneming, niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst van de moedermaatschappij.

5 — Bij het Hof is eveneens een zaak aanhangig over een in Frankrijk geheven belasting die qua opbouw gelijkenissen vertoont met de Belgische „fairness tax”; zie de zaak Association française des entreprises privées e.a. (C-365/16).

Indien in dit geval de kosten van beheer met betrekking tot de deelneming forfaitair worden vastgesteld, mag het forfaitaire bedrag niet meer dan 5 % bedragen van de door de dochteronderneming uitgekeerde winst.

[…]”

8. Artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn luidt:

„De door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst wordt vrijgesteld van bronbelasting.”

B –*Nationaal recht*

9. De fairness tax berust op de artikelen 43 tot en met 50 van de wet van 30 juli 2013 [6], waarbij het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (hierna: „WIB 1992”) werd gewijzigd. Op grond van § 1 van het door deze wet ingevoerde artikel 219ter WIB 1992 zijn Belgische vennootschappen vanaf het aanslagjaar 2014 onderworpen aan een afzonderlijke heffing in het kader van de vennootschapsbelasting. [7]

10. Uitgangspunt bij de berekening van de belastbare grondslag voor deze belasting is ingevolge artikel 219ter, § 2, WIB 1992 het positieve verschil tussen enerzijds de voor het belastbare tijdperk bruto uitgekeerde dividenden, en anderzijds het uiteindelijk fiscaal resultaat dat daadwerkelijk onderworpen wordt aan het tarief van de vennootschapsbelasting. Krachtens artikel 219ter, § 3, WIB 1992 wordt dit bedrag verminderd met het gedeelte van de uitgekeerde dividenden dat afkomstig is van voorheen, en uiterlijk voor het aanslagjaar 2014, belaste reserves.

11. Het aldus verkregen saldo wordt krachtens artikel 219ter, § 4, WIB 1992 vervolgens vermenigvuldigd met een coëfficiënt (de zogenoemde proportionaliteitsfactor), zijnde een breuk die de verhouding weergeeft tussen:

— enerzijds, in de teller, de voor het belastbare tijdperk werkelijk toegepaste aftrek van overgedragen verliezen en aftrek voor risicokapitaal,

— anderzijds, in de noemer, het fiscaal resultaat van het belastbare tijdperk exclusief de vrijgestelde waardeverminderingen, voorzieningen en meerwaarden.

12. Artikel 219ter, § 5, WIB 1992 bepaalt dat de grondslag op geen enkele andere wijze kan worden beperkt of verminderd.

13. Ingevolge artikel 219ter, § 6, gelezen in samenhang met artikel 463bis, § 1, punt 1, WIB 1992 bedraagt het belastingtarief 5,15 %

14. Op grond van artikel 233, lid 3, WIB 1992 worden ook winst uitkerende buitenlandse vennootschappen die in België een vaste inrichting hebben, aan de fairness tax onderworpen. Bij de berekening van de belastbare grondslag wordt echter slechts in aanmerking genomen het gedeelte van de door de vennootschap bruto uitgekeerde dividenden dat overeenkomt met het aandeel van de Belgische vaste inrichting in het totale resultaat van de vennootschap.

6 — Wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 1 augustus 2013.

7 — Overeenkomstig artikel 1, § 1, punt 2, WIB 1992 omvat de vennootschapsbelasting de belasting over het totale inkomen van de in België gevestigde vennootschappen.

III – **Hoofdgeding en procedure bij het Hof**

15. Voorwerp van het hoofdgeding is een door X NV bij het Belgische Grondwettelijk Hof ingesteld beroep tot vernietiging van de artikelen van de wet van 30 juli 2013 waarbij de fairness tax is ingevoerd.

16. Het Grondwettelijk Hof twijfelt eraan of de fairness tax verenigbaar is met de vrijheid van vestiging en de moeder-dochterrichtlijn en heeft op 28 januari 2015 overeenkomstig artikel 267 VWEU de volgende vragen aan het Hof gesteld:

„1) Moet artikel 49 VWEU aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling waarbij

   a) vennootschappen gevestigd in een andere lidstaat met een Belgische vaste inrichting, onderworpen zijn aan een belasting wanneer zij beslissen tot een uitkering van winsten die niet in het uiteindelijk belastbaar resultaat van de vennootschap zijn opgenomen, ongeacht of er winst van de Belgische vaste inrichting naar het hoofdhuis is gevloeid, terwijl vennootschappen gevestigd in een andere lidstaat met een Belgische dochteronderneming niet onderworpen zijn aan een dergelijke belasting wanneer zij beslissen tot een uitkering van winsten die niet in het uiteindelijk belastbaar resultaat van de vennootschap zijn opgenomen, ongeacht of de dochteronderneming al dan niet een dividend heeft uitgekeerd;

   b) vennootschappen gevestigd in een andere lidstaat met een Belgische vaste inrichting, bij een volledige reservering van de Belgische winst, onderworpen zijn aan een belasting wanneer zij beslissen tot een uitkering van winsten die niet in het uiteindelijk belastbaar resultaat van de vennootschap zijn opgenomen, terwijl Belgische vennootschappen bij een volledige reservering van de winst niet aan een dergelijke belasting zijn onderworpen?

2) Moet artikel 5 van de [moeder-dochterrichtlijn] aldus worden geïnterpreteerd dat er sprake is van een bronbelasting wanneer een bepaling van nationaal recht voorschrijft dat bij een winstuitkering van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij een belasting wordt opgelegd doordat in hetzelfde belastbare tijdperk dividenden worden uitgekeerd en het fiscale resultaat geheel of gedeeltelijk wordt verminderd met de aftrek voor risicokapitaal en/of overgedragen fiscale verliezen, terwijl de winst op basis van de nationale wetgeving niet belastbaar zou zijn wanneer zij bij de dochteronderneming bleef en niet aan de moedermaatschappij werd uitgekeerd?

3) Moet artikel 4, lid 3, van de [moeder-dochterrichtlijn] aldus worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen een nationale regeling waarbij een belasting wordt geheven op de uitkering van dividenden, indien die regeling tot gevolg heeft dat indien een vennootschap een ontvangen dividend in een later jaar uitkeert dan het jaar waarin ze het zelf heeft ontvangen, ze belast wordt op een deel van het dividend dat de drempel bepaald in het vermelde artikel 4, lid 3, van de richtlijn overschrijdt, terwijl dat niet het geval is wanneer die vennootschap een dividend opnieuw uitkeert in het jaar waarin ze het ontvangt?”

17. In de procedure voor het Hof hebben verzoekster in het hoofdgeding, het Koninkrijk België, de Franse Republiek en de Europese Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend en deelgenomen aan de mondelinge behandeling op 22 juni 2016.

IV – **Juridische beoordeling**

A –*Eerste vraag*

18. De eerste vraag van de verwijzende rechter heeft betrekking op de verenigbaarheid van de fairness tax met de vrijheid van vestiging, in twee verschillende opzichten. Waar het eerste onderdeel van de vraag is gericht op het verschil in fiscaalrechtelijke gevolgen voor niet-ingezeten vennootschappen naargelang de door hen voor het uitoefenen van hun activiteiten in België gekozen rechtsvorm, heeft het tweede onderdeel betrekking op de verschillende behandeling van ingezeten en niet-ingezeten vennootschappen bij reservering van de in België gerealiseerde winst.

1. Ongelijke behandeling op grond van de keuze van de rechtsvorm

19. Het eerste onderdeel van de eerste vraag strekt er in wezen toe te vernemen of de vrijheid van vestiging zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan niet-ingezeten vennootschappen die in België een vaste inrichting hebben, een belasting verschuldigd zijn wanneer zij winst uitkeren, maar niet wanneer zij hun activiteiten in België door middel van een dochteronderneming uitoefenen.

20. Volgens verzoekster in het hoofdgeding beperkt de wijze van heffing van de fairness tax niet-ingezeten vennootschappen in hun vrije keuze van de rechtsvorm voor hun activiteiten in België. In het geval dat een niet-ingezeten vennootschap in België actief is via een dochteronderneming, wordt zij immers slechts indirect met de belasting geconfronteerd en slechts voor zover de dochteronderneming winst aan haar uitkeert. In het geval daarentegen dat zij haar activiteiten uitoefent door middel van een vaste inrichting, is zij onderworpen aan de fairness tax zodra zij zelf beslist tot een uitkering van winst. Volgens verzoekster wordt een niet-ingezeten vennootschap met een vaste inrichting in België dan ook minder gunstig behandeld dan wanneer zij aldaar een dochteronderneming zou hebben.

21. Onderzocht moet dan ook worden of een belastingheffing door een lidstaat, die per saldo een verschillende behandeling van niet-ingezeten vennootschappen tot gevolg heeft naargelang zij in deze lidstaat opereren door middel van een vaste inrichting of een dochteronderneming, een beperking van de vrijheid van vestiging vormt.

22. De vrijheid van vestiging, die gewaarborgd wordt door de artikelen 49 en 54 VWEU, brengt voor vennootschappen die hun zetel hebben in een lidstaat van de Unie, het recht mee hun activiteiten door middel van een dochteronderneming, filiaal of agentschap uit te oefenen.[8] In het belastingrecht geldt een filiaal als een vaste inrichting.[9]

23. Artikel 49, eerste alinea, tweede volzin, VWEU biedt de marktdeelnemers bovendien uitdrukkelijk de mogelijkheid om vrij de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat past, zodat deze vrije keuze in de lidstaat van ontvangst niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen.[10] De vrijheid om de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van werkzaamheden in een andere lidstaat past, heeft aldus met name tot doel, vennootschappen die in een lidstaat zijn gevestigd, de mogelijkheid te bieden een filiaal te openen in een andere lidstaat om er hun activiteiten uit te oefenen onder dezelfde voorwaarden als geldend voor

8 — Zie onder meer arresten Commissie/Frankrijk (270/83, EU:C:1986:37, punt 18), Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, punt 35), X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punt 17) en Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, punt 12).

9 — Artikel 5, lid 1, onder b), van het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB) van 3 oktober 2011 [COM(2011) 121 definitief].

10 — Zie onder meer arresten Commissie/Frankrijk (270/83, EU:C:1986:37, punt 22), CLT-UFA (C-253/03, EU:C:2006:129, punt 14), Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punt 40) en Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, punt 13), en beschikking KBC Bank en Beleggen, Risicokapitaal, Beheer (C-439/07 en C-499/07, EU:C:2009:339, punt 77).

dochterondernemingen.[11] Bovendien mag de lidstaat van ontvangst zich er niet op beroepen dat de buitenlandse vennootschap een eventueel nadelig verschil in behandeling kan voorkomen door een andere rechtsvorm voor de uitoefening van haar bedrijfsactiviteit in de lidstaat van ontvangst te kiezen, bijvoorbeeld een dochteronderneming in plaats van een filiaal.[12]

24. Anders dan verzoekster in het hoofdgeding stelt, is de vrije keuze van een passende rechtsvorm echter geen doel op zich. Terecht beschouwt het Hof het als een uitvloeisel van het beginsel van nationale behandeling, en kent het er geen grotere beschermingsomvang aan toe.[13] Waar de fundamentele vrijheden ertoe dienen de interne markt te verwezenlijken door het wegnemen van belemmeringen van het grensoverschrijdende handelsverkeer, is er geen ruimte voor een daarvan losstaande verplichting om fiscaalrechtelijke bepalingen rechtsvormneutraal in te richten.

25. Een uiteindelijk verschillende fiscale behandeling van niet-ingezeten vennootschappen naargelang zij in de lidstaat van ontvangst via een vaste inrichting of een dochteronderneming opereren, vormt derhalve op zich geen grond voor het aannemen van een beperking van de vrijheid van vestiging. Daarvoor is steeds ook een nadelige behandeling van de grensoverschrijdende situatie vereist, ten opzichte van een vergelijkbare, zuiver binnenlandse situatie.

26. Om in het onderhavige geval van een beperking van de vrijheid van vestiging te kunnen spreken is derhalve vereist dat een niet-ingezeten vennootschap die haar activiteiten in België door middel van een vaste inrichting uitoefent, voor de heffing van de Belgische fairness tax nadelig wordt behandeld ten opzichte van een ingezeten vennootschap (die op haar beurt de dochter van een niet-ingezeten vennootschap kan zijn).

27. Een dergelijke nadelige behandeling is evenwel niet evident.

28. Zowel ingezeten als niet-ingezeten vennootschappen zijn voor de heffing van de fairness tax onderworpen aan hetzelfde belastingtarief. Ook het belastbaar feit is in beide gevallen hetzelfde, namelijk de uitkering van winst terwijl in hetzelfde belastingtijdvak een aftrek voor overgedragen verliezen respectievelijk risicokapitaal is toegepast. Voor zover daarnaast bij vennootschappen gevestigd buiten België voor de berekening van de heffingsgrondslag dividenden worden meegenomen naar rato van het aandeel van de Belgische vaste inrichting in het totale resultaat van de moeder, weerspiegelt deze handelwijze de beperkte belastingplicht van niet-ingezeten vennootschappen in België.

29. Weliswaar hoeft het niet zo te zijn dat het gedeelte van de door een niet-ingezeten vennootschap uitgekeerde dividenden dat aan de berekening van de fairness tax ten grondslag wordt gelegd, precies de winst weergeeft die door de Belgische vaste inrichting van deze vennootschap binnen de Belgische fiscale jurisdictie is gerealiseerd, dit geldt echter evenzeer voor de dividenden van een in België gevestigde vennootschap, die op haar beurt vaste inrichtingen in het buitenland heeft. Ook de winst van deze vaste inrichtingen is doorgaans niet onderworpen aan de inkomstenbelasting in België, maar is begrepen in de dividenden die voor de berekening van de fairness tax van ingezeten vennootschappen in aanmerking worden genomen. Aldus beschouwd lijkt de wijze van berekening van de heffing niet-ingezeten vennootschappen doorgaans zelfs eerder te bevoordelen, hetgeen een nadelige, voor de vrijheid van vestiging relevante behandeling uitsluit.

11 — Arresten CLT-UFA (C-253/03, EU:C:2006:129, punt 15) en Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, punt 14).

12 — Arrest Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punt 40).

13 — Arresten Commissie/Frankrijk (270/83, EU:C:1986:37, punt 15) en Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, punt 44), waar het Hof in dit verband één schending van de vrijheid van vestiging heeft vastgesteld. Zie ook arrest Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, punten 13-15). Weliswaar heeft het Hof in het arrest CLT-UFA (C-253/03, EU:C:2006:129) slechts het element van de beperking van de vrije rechtsvormkeuze in zijn beoordeling betrokken, maar dit doet niet af aan het feit dat ook aan deze zaak in wezen een nadelige behandeling van een grensoverschrijdende situatie, vergeleken met de behandeling van een zuiver binnenlandse situatie, ten grondslag lag.

30. Bijgevolg moet op het eerste onderdeel van de eerste vraag worden geantwoord dat de vrijheid van vestiging zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan niet-ingezeten vennootschappen die in België een vaste inrichting hebben, onderworpen zijn aan een belasting als de Belgische fairness tax wanneer zij winst uitkeren, maar niet wanneer zij hun activiteiten in België door middel van een dochteronderneming uitoefenen.

2. Ongelijke behandeling bij de vorming van reserves

31. Met het tweede onderdeel van zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of de vrijheid van vestiging zich verzet tegen de heffing van de fairness tax, wanneer niet-ingezeten vennootschappen met een vaste inrichting in België ter zake van de uitkering van winst aan deze belasting zijn onderworpen hoewel de winst van deze inrichting wordt gereserveerd, terwijl ingezeten vennootschappen bij volledige reservering van de winst niet aan deze belasting onderworpen zijn.

32. In de beschreven situatie is er in zoverre sprake van een nadelige behandeling van de niet-ingezeten ten opzichte van de ingezeten vennootschap, dat slechts de eerste aan de fairness tax is onderworpen. Het is echter evident dat de twee situaties vanuit het oogpunt van de heffing van de belasting objectief niet met elkaar vergelijkbaar zijn.

33. Terwijl namelijk in de aan de prejudiciële vraag ten grondslag liggende situatie de ingezeten vennootschap haar winst volledig reserveert, is er bij de niet-ingezeten vennootschap sprake van uitkering van winst. Het is echter duidelijk dat van een belasting zoals de fairness tax, die immers uitsluitend geheven wordt in het geval van winstuitkering, slechts nadeel kan worden ondervonden door vennootschappen die ook daadwerkelijk winst uitkeren. Onder deze omstandigheden kan er van een beperking van de vrijheid van vestiging geen sprake zijn.

34. Het tweede onderdeel van de eerste vraag moet derhalve aldus worden beantwoord dat de vrijheid van vestiging zich niet verzet tegen een belasting als de Belgische fairness tax, wanneer zij ter zake van de uitkering van winst wordt opgelegd aan een niet-ingezeten vennootschap met een vaste inrichting in een lidstaat, waarvan de winst wordt gereserveerd, terwijl een ingezeten vennootschap bij volledige reservering van de winst niet onderworpen is aan deze belasting.

B – *Tweede vraag*

35. De tweede vraag van de verwijzende rechter strekt ertoe te vernemen of de heffing van de fairness tax als bronbelasting in de zin van artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn moet worden gekwalificeerd.

36. Mocht deze vraag bevestigend worden beantwoord, zou de heffing in strijd zijn met artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn, aangezien daarin de winst die een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitkeert wordt vrijgesteld van bronbelasting.

37. De moeder-dochterrichtlijn kent geen definitie van het begrip bronbelasting als bedoeld in artikel 5. Volgens vaste rechtspraak van het Hof wordt deze bepaling evenwel aldus uitgelegd, dat elke belastingheffing op inkomsten verworven in de staat waar de dividenden worden uitgekeerd, ter zake van de uitkering van dividend of elke andere opbrengst van waardepapieren, waarbij de grondslag van die belasting de opbrengst van deze waardepapieren en de belastingplichtige de houder van de waardepapieren is, een bronbelasting op de uitkering van winst in de zin van artikel 5 van de richtlijn vormt. [14]

14 — Arresten Epson Europe (C-375/98, EU:C:2000:302, punt 23), Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495, punt 47), Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 108), Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, punt 52) en arrest P. Ferrero en General Beverage Europe (C-338/08 en C-339/08, EU:C:2010:364, punt 26).

38. Bijgevolg moet aan drie voorwaarden zijn voldaan, wil er sprake zijn van een bronbelasting in de zin van artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn: de belasting wordt geheven ter zake van een uitkering van winst, de heffingsgrondslag knoopt aan bij de omvang van de uitgekeerde winst en de belastingplichtige is de ontvanger van de uitgekeerde winst.

39. Tussen de partijen in het hoofdgeding is niet in geschil dat de fairness tax voldoet aan de eerste twee voorwaarden. Ten eerste knoopt de belasting aan bij de winstuitkering; zonder winstuitkering wordt zij niet geheven. Ten tweede wordt voor de bepaling van de heffingsgrondslag rekening gehouden met de omvang van de uitkering. Dat er daarna nog wijzigingen plaatsvinden in de heffingsgrondslag van de fairness tax, is niet van belang. Uit de rechtspraak blijkt namelijk dat het voldoende is dat de winstuitkering in de belastinggrondslag is begrepen. [15]

40. Daarentegen is niet voldaan aan de derde voorwaarde, daar de belastingplichtige van de fairness tax de uitkerende vennootschap en niet de ontvanger van de uitkering is.

41. Inderdaad heeft het Hof in het arrest Athinaïki Zythopoiia [16] eenmalig de belasting van een dochteronderneming als bronbelasting in de zin van artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn aangemerkt en in zoverre een economische benadering gehanteerd, die rekening houdt met het effect dat de belasting van de dochteronderneming heeft op de moedermaatschappij. [17] In zijn verdere rechtspraak over deze bepaling heeft het echter steeds gewezen op het vereiste dat de belastingplicht moet rusten op de uitkerende vennootschap. [18] Terecht heeft het Hof dienaangaande in zijn arrest Burda [19] uitdrukkelijk aangegeven dat voor een bronbelasting in de zin van artikel 5 nog steeds beslissend is dat de belastingplichtige de houder is van de waardepapieren die de deelgerechtigdheid in de winstuitkerende vennootschap vertegenwoordigen. [20]

42. De moeder-dochterrichtlijn heeft namelijk geen betrekking op de eerste belasting van de inkomsten van een dochteronderneming. [21] Het in artikel 5 bepaalde verbod van de heffing van bronbelasting op aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst strekt zich derhalve niet uit tot de betaling van belasting over de inkomsten van de dochteronderneming uit haar bedrijfsactiviteit, ook al is deze belasting slechts verschuldigd in samenhang met een uitkering van winst. [22] Dit wordt bevestigd in artikel 7, lid 1, van de richtlijn, waarin de vooruitbetaling van de vennootschapsbelasting door de dochteronderneming uitdrukkelijk van het begrip „bronbelasting” is uitgesloten. Hetzelfde heeft te gelden voor een belasting als de fairness tax, op grond waarvan onder bepaalde voorwaarden de inkomsten van een vennootschap onderworpen kunnen worden aan een naheffing.

43. Derhalve kan het Hof verzoekster in het hoofdgeding dan ook niet volgen in haar bezwaar dat de belastingplichtige van de fairness tax slechts formeel de winstuitkerende vennootschap, maar in werkelijkheid de deelgerechtigde is, omdat de te betalen belasting een vermindering van de uitkering tot gevolg heeft. Uit de aard der zaak leidt iedere belasting op de inkomsten van een vennootschap ertoe dat aan deelgerechtigden een dienovereenkomstig lager bedrag aan winst kan worden uitgekeerd.

15 — Arrest Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495, punt 52).

16 — C-294/99, EU:C:2001:505.

17 — Arrest Athinaïki Zythopoiia (C-294/99, EU:C:2001:505, punt 29) en punt 32 van de conclusie van advocaat-generaal Alber in deze zaak (EU:C:2001:263).

18 — Arresten Epson Europe (C-375/98, EU:C:2000:302, punt 23), Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495, punt 47), Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 108), Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, punt 52) en P. Ferrero en General Beverage Europe (C-338/08 en C-339/08, EU:C:2010:364, punt 26).

19 — C-284/06, EU:C:2008:365.

20 — Arrest Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, punt 61 e.v.).

21 — Arresten Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, punt 60) en Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punt 27).

22 — Conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak Burda (C-284/06, EU:C:2008:60, punt 55).

44. Bijgevolg moet de tweede vraag aldus worden beantwoord dat de heffing van een belasting als de Belgische fairness tax geen bronbelasting in de zin van artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn vormt.

C –*Derde vraag*

45. De verwijzende rechter wenst met zijn derde vraag tot slot te vernemen of artikel 4, lid 3, van de moeder-dochterrichtlijn zich verzet tegen de heffing van de fairness tax, wanneer deze ertoe leidt dat een vennootschap wordt belast over een gedeelte van het dividend dat de in deze bepaling genoemde drempel te boven gaat, indien zij een ontvangen dividend later uitkeert dan in het jaar waarin zij het zelf heeft ontvangen.

46. De vraag heeft betrekking op een situatie waarin een in België gevestigde vennootschap als middelste schakel in een keten zelf dividenden heeft ontvangen en deze direct zelf (door-) uitdeelt. Bovendien is de vraag gestoeld op de veronderstelling dat deze dividenden, voor zover zij later (door-) uitgedeeld worden dan in het jaar waarin zij werden ontvangen, vanwege de wijze van heffing van de fairness tax uiteindelijk aan een hogere belastingdruk zijn onderworpen dan artikel 4, lid 3, van de moeder-dochterrichtlijn toestaat.

47. Artikel 4, lid 3, van de moeder-dochterrichtlijn verleent de lidstaten de bevoegdheid te bepalen dat lasten die betrekking hebben op de deelneming en waardeverminderingen die voortvloeien uit de uitkering van de winst van de dochteronderneming, niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst van de moedermaatschappij. Indien in dit geval de kosten van beheer met betrekking tot de deelneming forfaitair worden vastgesteld, mag het forfaitaire bedrag niet meer dan 5 % bedragen van de door de dochteronderneming uitgekeerde winst.

48. Volgens de verwijzende rechter heeft de Belgische wetgever bij de omzetting van artikel 4, lid 3, van de moeder-dochterrichtlijn gekozen voor een regeling erin bestaande dat bij voldoening aan de wettelijke voorwaarden, door de moedermaatschappij ontvangen dividend voor 95 % van de winst kan worden afgetrokken. Op de overige 5 % wordt vennootschapsbelasting geheven.

49. De partijen in het hoofdgeding strijden over de vraag welke situatie daadwerkelijk kan leiden tot een extra belasting van ontvangen dividend in het geval van dooruitdeling. Dit neemt niet weg dat zelfs uit het betoog van de Belgische regering valt op te maken dat een dergelijke extra belasting in ieder geval niet is uitgesloten. De reden daarvoor is dat bij de berekening van de heffingsgrondslag van de fairness tax wordt uitgegaan van het in een belastingtijdvak bruto uitgekeerde dividend. Er wordt geen onderscheid gemaakt naargelang de uitkering ook dividenden omvat die de uitkerende vennootschap zelf ontvangen heeft.

50. Volgens de Belgische regering wordt echter niettemin voldaan aan de vereisten van artikel 4, lid 3, van de moeder-dochterrichtlijn. Waar artikel 4, lid 1, van de richtlijn voorziet in vrijstelling of verrekening van ontvangen dividenden, volgt uit de bewoordingen van de bepaling dat de verplichting slechts ziet op deze dividenden. De verplichting geldt echter niet meer bij dooruitdeling. Volgens de Belgische regering zou hetzelfde gelden voor artikel 4, lid 3, van de richtlijn.

51. Deze argumenten falen. Een dergelijke uitleg zou in strijd zijn met de systematiek en het doel van de moeder-dochterrichtlijn en zou haar nuttig effect aantasten.

52. De moeder-dochterrichtlijn maakt in de artikelen 4 en 5 een fundamentele keuze ten aanzien van de bevoegdheid tot heffing van belasting over de winst van een dochteronderneming. Principieel berust bij de lidstaat van de dochteronderneming de bevoegdheid belasting te heffen over haar winst. Hierdoor moet worden zeker gesteld dat uitkeringen van winsten die onder het bereik van de

moeder-dochterrichtlijn vallen, belastingneutraal zijn.[23] Dit geldt eveneens voor ketens, aangezien ook bij winst die via een keten van dochterondernemingen aan de moedermaatschappij wordt uitgekeerd dubbele of meervoudige heffing moet worden vermeden.[24]

53. Bijgevolg is het in strijd met de moeder-dochterrichtlijn wanneer de winst van een vennootschap bij een hoger in de keten geplaatste vennootschap onderworpen wordt aan een belasting die de drempel genoemd in artikel 4 van de richtlijn overschrijdt. Daarbij is het niet van belang of de belasting wordt geheven ter zake van de ontvangst van dividenden of van de dooruitdeling ervan. Een andere uitleg zou tot gevolg hebben dat een lidstaat zich aan zijn verplichtingen op grond van de richtlijn eenvoudig zou kunnen onttrekken door wijziging van de techniek van belastingheffing. Dit laat echter onverlet dat bij iedere uitkering voor de toepassing van de richtlijn steeds voldaan moet zijn aan de overige in de artikelen 1 tot en met 3 van de richtlijn genoemde vereisten.

54. Het door de Belgische en de Franse regering aangevoerde arrest Test Claimants in the FII Group Litigation[25] is hiermee niet in strijd. Dit arrest had betrekking op het specifieke geval van een stelsel van vooruitbetaling van de vennootschapsbelasting, die een ingezeten moedermaatschappij verschuldigd was op het moment dat zij op haar beurt de dividenden uitkeerde die zij zelf van haar niet-ingezeten dochter had ontvangen. Het Hof heeft te dien aanzien uitgemaakt dat artikel 4, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn een lidstaat niet verplicht te garanderen dat het vooraf te betalen bedrag onder alle omstandigheden wordt bepaald aan de hand van de vennootschapsbelasting die de dochter in haar staat van vestiging heeft betaald.[26] Hieruit kan echter niet de conclusie worden getrokken dat de richtlijn niet van toepassing is in het geval van dooruitdeling van ontvangen dividenden.

55. Bijgevolg moet de derde prejudiciële vraag aldus worden beantwoord dat artikel 4, lid 3, van de moeder-dochterrichtlijn zich verzet tegen de heffing van een belasting, wanneer deze ertoe leidt dat een vennootschap ter zake van een uitkering van dividenden, die deze vennootschap binnen de werkingssfeer van de richtlijn heeft ontvangen en vervolgens op haar beurt uitkeert, onderworpen is aan een belasting die de in artikel 4, lid 3, van deze richtlijn bepaalde drempel overschrijdt.

V – **Conclusie**

56. Ik geef het Hof dan ook in overweging het prejudiciële verzoek van het Grondwettelijk Hof (België) te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 49 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 54 VWEU, moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een regeling van een lidstaat op grond waarvan

a) een niet-ingezeten vennootschap met een winstgevende vaste inrichting in deze lidstaat, onder bepaalde voorwaarden een belasting verschuldigd is wanneer zij winst uitkeert, terwijl een niet-ingezeten vennootschap met een dochteronderneming in deze lidstaat een dergelijke belasting niet verschuldigd is;

b) een niet-ingezeten vennootschap met een winstgevende vaste inrichting in deze lidstaat, bij volledige reservering van de in de lidstaat gerealiseerde winst onder bepaalde voorwaarden ter zake van de uitkering van winst een belasting verschuldigd is, terwijl een ingezeten vennootschap bij volledige reservering van de winst deze belasting niet verschuldigd is.

23 — Arresten Banque Fédérative du Crédit Mutuel (C-27/07, EU:C:2008:195, punt 24) en Cobelfret (C-138/07, EU:C:2009:82, punt 29), alsook overweging 8 van de moeder-dochterrichtlijn.

24 — Zie overweging 11 van de moeder-dochterrichtlijn.

25 — C-446/04, EU:C:2006:774.

26 — Arrest Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 105).

2) Een nationale regeling op grond waarvan een vennootschap is onderworpen aan een aanvullende inkomstenbelasting ter zake van de uitkering van winst, is geen bronbelasting in de zin van artikel 5 van richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

3) Artikel 4, lid 3, van richtlijn 2011/96/EU verzet zich tegen een nationale regeling die tot gevolg heeft dat een vennootschap ter zake van de uitkering van dividenden die zij binnen de werkingssfeer van de richtlijn heeft ontvangen en vervolgens op haar beurt uitkeert, een belasting verschuldigd is die de drempel bepaald in artikel 4, lid 3, overschrijdt."