



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
N. JÄÄSKINEN
van 25 juni 2015¹

Gevoegde zaken C-10/14, C-14/14 en C-17/14

**J. B. G. T. Miljoen (C-10/14),
X (C-14/14),
Société Générale SA (C-17/14)
tegen
Staatssecretaris van Financiën**

(verzoeken van de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing)

„Directe belastingen — Artikel 63 VWEU — Vrij verkeer van kapitaal — Beperking als gevolg van de wetgeving van een lidstaat — Bronheffing van een belasting ter zake van de inkomsten uit dividenden uitgekeerd door een in die staat gevestigde vennootschap — Verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen belastingplichtigen — Vergelijkingscriteria — Inaanmerkingneming bij de vergelijking van de inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting waarmee de dividendbelasting enkel door ingezetenen stelselmatig kan worden verrekend — Factoren die bij de beoordeling van de effectieve belastingdruk voor de twee categorieën belastingplichtigen moeten worden meegenomen — Mogelijkheid om de beperking te neutraliseren dankzij een verdrag met een andere lidstaat ter voorkoming van dubbele belasting”

I – Inleiding

1. De drie verzoeken om een prejudiciële beslissing ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden² hebben betrekking op de uitlegging van artikel 63 VWEU. Hun invalshoek is de verhouding tussen het beginsel van vrij verkeer van kapitaal tussen de lidstaten dat in dat artikel is neergelegd en de strekking van de bepalingen over de directe belastingen die door een lidstaat zijn vastgesteld. Mogelijke belemmeringen van fiscale aard van deze vrijheid zijn het voorwerp van een rijke rechtspraak van het Hof, maar deze zaken kennen de bijzonderheid dat zij zien op een wettelijke regeling krachtens welke uitgaande dividenden in de bronstaat niet alleen worden belast wanneer zij worden uitgekeerd aan aandeelhouders met woonplaats op zijn grondgebied, maar ook wanneer zij worden uitgekeerd aan aandeelhouders met woonplaats in een andere lidstaat.

2. Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van gedingen tussen de Nederlandse belastingdienst en drie belastingplichtigen met woonplaats in een andere lidstaat, namelijk respectievelijk twee natuurlijke personen met de Nederlandse nationaliteit en woonplaats in België en een vennootschap naar Frans recht met zetel in Frankrijk.

¹ — Oorspronkelijke taal: Frans

² — Hoogste rechter van Nederland (hierna: „Hoge Raad”).

3. Belanghebbenden klagen allen dat de belastingdienst heeft geweigerd hun de belasting te restitueren die aan de bron is ingehouden over de portfoliodividenden die door Nederlandse vennootschappen aan hen waren uitgekeerd. Zij voeren aan dat belastingplichtigen met woonplaats in Nederland uit hoofde van het Nederlands recht onder alle omstandigheden deze inhouding op de verschuldigde inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting in mindering kunnen brengen, terwijl niet-ingezetenen dat voordeel niet hebben. Volgens hen resulteert deze nationale wettelijke regeling in een verschil in fiscale behandeling dat een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal vormt.

4. De Nederlandse autoriteiten werpen daartegen in dat dividendinkomsten in Nederland op dezelfde manier worden belast, ongeacht de woonplaats van de natuurlijke persoon of vennootschap die ze ontvangt, en dat geen rekening hoeft te worden gehouden met de voordelen die uit anderen hoofde enkel aan ingezetenen worden geboden. Zij voegen toe dat de negatieve gevolgen van een eventuele belemmering, mocht die niettemin mogelijk worden geacht, geneutraliseerd kunnen worden door de toepassing van een verdrag met de lidstaat waar de benadeelde belanghebbende woonplaats heeft, dat verrekening met de in casu in België of in Frankrijk verschuldigde belasting toestaat.

5. Om te kunnen vaststellen of de betrokken wettelijke regeling een verboden beperking in de zin van artikel 63 VWEU oplevert, wenst de verwijzende rechter dat het Hof nader bepaalt, ten eerste, welke elementen relevant zijn voor de vergelijking van de fiscale situatie van niet-ingezetenen en ingezetenen in geval van nationale bepalingen zoals in de hoofdingen van toepassing, gesteld dat deze situaties objectief vergelijkbaar zijn. Meer bepaald vraagt hij zich af of rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid, die ingezetenen hebben, om de dividendbelasting, die wordt opgevat als een voorheffing, stelselmatig in mindering te brengen op een andere belasting, namelijk de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting, dan wel om teruggaaf van de dividendbelasting aan te vragen, voor zover zij geen inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting verschuldigd zijn.

6. Ingeval deze mogelijkheid voor het Hof doorslaggevend is, wenst de verwijzende rechter te vernemen, ten tweede, hoe moet worden beoordeeld of de effectieve belastingdruk voor niet-ingezetenen, natuurlijke personen of vennootschappen, hoger is dan die voor ingezetenen, en met name of daarbij rekening moet worden gehouden met gegevens als het heffingvrije vermogen dat ingezetenen genieten of diverse kosten die verband houden met de aandelen waaruit het dividend voortvloeit.

7. Ten derde wordt gevraagd naar de voorwaarden waaronder een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, zoals het Koninkrijk der Nederlanden gesloten heeft met zowel het Koninkrijk België als de Franse Republiek, de gevolgen van een ongelijke behandeling in het nadeel van niet-ingezetenen kan neutraliseren.

8. Ter aanvulling moet worden opgemerkt dat noch de verwijzende rechter, noch de Nederlandse regering een dwingende reden van algemeen belang aanvoert die een eventuele beperking van het vrije verkeer van kapitaal waarvan de negatieve impact niet overeenkomstig de vereisten van de rechtspraak door dergelijke bilaterale verdragen wordt gecorrigeerd, in voorkomend geval kan rechtvaardigen.³

3 — Zie met name beschikking *Tate & Lyle Investments* (C-384/11, EU:C:2012:463, punt 45) en arrest *Commissie/België* (C-387/11, EU:C:2012:670, punt 74).

II – Nederlands recht

A – Relevante bepalingen van nationaal recht

1. Wet op de dividendbelasting

9. Artikel 1, lid 1, van de Wet op de dividendbelasting 1965⁴, in de versie van toepassing op de hoofdingen, bepaalt: „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 in [...] in Nederland gevestigde naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, open commanditaire vennootschappen en andere vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.”

10. Artikel 3, lid 1, onder a), van deze wet bepaalt de heffingsgrondslag voor de dividendbelasting, waartoe onder meer alle „onmiddellijke of middellijke uitdelingen van winst, onder welke naam of in welke vorm ook gedaan [...]” behoren. Uit hoofde van artikel 5 bedraagt het tarief van deze belasting 15 % van de opbrengst van de aandelen.

2. Wet inkomstenbelasting

11. De Wet inkomstenbelasting 2001⁵, in de versie die van toepassing is op de hoofdingen in de zaken C-10/14 en C-14/14, omschrijft het stelsel van de belasting naar de inkomsten van natuurlijke personen.

12. Artikel 2.13 van deze wet stelt het tarief voor de belasting op het belastbaar inkomen uit sparen en beleggen, dat onder de categorie valt die in de wandeling „box 3” wordt genoemd, op 30 %.

13. Artikel 5.1 bepaalt dat het „belastbaar inkomen uit sparen en beleggen” wordt gevormd door „het voordeel uit sparen en beleggen verminderd met de persoonsgebonden aftrek”.

14. Artikel 5.2 bepaalt: „Het voordeel uit sparen en beleggen wordt gesteld op 4 % (forfaitair rendement) van het gemiddelde van de rendementsgrondslag aan het begin van het kalenderjaar (begindatum) en de rendementsgrondslag aan het einde van het kalenderjaar (einddatum), voor zover het gemiddelde meer bedraagt dan het heffingvrije vermogen.”

15. In artikel 5.3, lid 1, wordt de „rendementsgrondslag” omschreven als „de waarde van de bezittingen verminderd met de waarde van de schulden”. In lid 2 zijn onder de „bezittingen” onder meer opgenomen rechten op roerende of onroerende zaken en rechten die niet op zaken betrekking hebben, waaronder geld. In lid 3 is bepaald dat „schulden” verplichtingen zijn met waarde in het economische verkeer, die onder de aangegeven voorwaarden in aanmerking worden genomen.

16. Volgens artikel 5.5, lid 1, bedraagt het heffingvrije vermogen 20 014 EUR. In de leden 2 tot en met 4 van dat artikel wordt deze regel aangepast voor een belastingplichtige met een „partner”.

17. Artikel 9.2, lid 1, onder b), bepaalt dat de geheven dividendbelasting wordt gekwalificeerd als „voorheffing”, dat wil zeggen een voorschot dat door middel van verrekening op de in Nederland verschuldigde inkomstenbelasting in mindering kan worden gebracht.

4 — Hierna: „Wet DB 1965”.

5 — Hierna: „Wet IB 2001”.

3. Wet op de vennootschapsbelasting

18. Artikel 3, onder a), van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969⁶, in de versie die van toepassing is op het hoofdgeding in zaak C-17/14, bepaalt dat als buitenlandse belastingplichtigen aan de belasting zijn onderworpen de niet in Nederland gevestigde rechtspersonen die Nederlands inkomen genieten.

19. Voor de wijziging bij een wet van 23 december 2009⁷ bepaalde artikel 25, lid 1, van deze wet dat als voorheffing onder meer de geheven dividendbelasting die deel uitmaakte van de belastbare winst of het Nederlandse inkomen van het jaar gold. Uit artikel 25a blijkt dat geen aanslag wordt vastgesteld, dan wel een aanslag wordt vastgesteld op nihil, en verrekening van voorheffingen achterwege blijft indien de berekening van de belasting niet leidt tot een positief bedrag.

4. Algemene wet inzake rijksbelastingen

20. Artikel 15 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen⁸ bepaalt: „De [...] in de belastingwet aangewezen voorheffingen worden verrekend met de aanslag, dan wel – voor zoveel nodig – bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking.” Als een belastingplichtige te weinig inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting verschuldigd is om de geheven dividendbelasting mee te verrekenen, vindt teruggaaf van dividendbelasting plaats.

B – *Relevante bepalingen van internationaal recht*

21. De twee door het Koninkrijk der Nederlanden gesloten bilaterale verdragen die van toepassing zijn in de zaken C-14/14 en C-17/14, zijn opgesteld volgens een modelbelastingverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO).⁹

1. Belgisch-Nederlands verdrag

22. Het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk België tot het vermijden van dubbele belasting en tot het voorkomen van het ontgaan van belasting inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, ondertekend te Luxemburg op 5 juni 2001 (hierna: „Belgisch-Nederlands verdrag”) is aan de orde in zaak C-14/14.

23. In artikel 10 is een stelsel van tussen de twee verdragsluitende staten gedeelde heffingsbevoegdheid ter zake van dividenden neergelegd. Lid 1 van dat artikel bevat het beginsel dat „[d]ividenden betaald door een vennootschap die inwoner is van een verdragsluitende Staat aan een inwoner van de andere verdragsluitende Staat, [...] in die andere Staat [mogen] worden belast”. In lid 2 is toegevoegd: „Deze dividenden mogen echter ook[, onder voorbehoud van het bepaalde in lid 3¹⁰,] in de verdragsluitende Staat waarvan de vennootschap die de dividenden betaalt inwoner is, overeenkomstig de wetgeving van die Staat worden belast, maar indien de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden inwoner is van de andere verdragsluitende Staat, mag de aldus geheven belasting niet hoger zijn dan: [...] b) 15 [%] van het brutobedrag van de dividenden [...]”.

6 — Hierna: „Wet Vpb 1969”.

7 — Wet tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Fiscale vereenvoudigingswet 2010).

8 — Afgekort als AWR.

9 — Het OESO-modelverdrag van 2010 inzake dubbele belasting naar het inkomen en naar het vermogen, waarvan de Engelse en Franse versie beschikbaar zijn op <http://www.oecd.org/fin/ctp/conventions/modeloecdifferentesversions.htm>. Zie met name de toelichting bij de artikelen 23A en 23B van dit model over de verschillende methoden ter vermijding van dubbele belasting.

10 — Lid 3 luidt: „De bepalingen van paragraaf 2 laten onverlet de belastingheffing van de vennootschap ter zake van de winst waaruit de dividenden worden betaald.”

24. Artikel 23 van dit verdrag beschrijft de „wijze waarop dubbele belasting wordt vermeden”. Lid 1, onder b), bepaalt voor België: „Onder voorbehoud van de bepalingen van de Belgische wetgeving betreffende de verrekening van in het buitenland betaalde belastingen met de Belgische belasting wordt, indien een inwoner van België inkomsten verkrijgt die deel uitmaken van zijn samengetelde inkomen dat aan de Belgische belasting is onderworpen en bestaan uit dividenden die niet van Belgische belasting zijn vrijgesteld ingevolge subparagraaf c hierna, [...] de op die inkomsten geheven Nederlandse belasting in mindering gebracht van de Belgische belasting op die inkomsten.”

2. Frans-Nederlands verdrag

25. De Overeenkomst tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de Regering van de Franse Republiek tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, getekend te Parijs op 16 maart 1973 (hierna: „Frans-Nederlands verdrag”) is aan de orde in zaak C-17/14.

26. Artikel 10, lid 1, ervan bevat het beginsel dat „[d]ividenden betaald door een lichaam dat inwoner is van een van de Staten aan een inwoner van de andere Staat, [...] in die andere Staat [mogen] worden belast”. Lid 2 bevat de volgende uitzondering: „Deze dividenden mogen echter in de Staat waarvan het lichaam dat de dividenden betaalt inwoner is, overeenkomstig de wetgeving van die Staat worden belast, maar de aldus geheven belasting mag niet overschrijden: [...] b) 15 [%] van het brutobedrag van de dividenden [...]”.

27. In dat laatste geval is verrekening van een belastingkrediet in de woonstaat van de begunstigde van de dividenden, zoals neergelegd in artikel 24 van dit verdrag, gekozen als methode ter „vermijding van dubbele belasting”. Punt B, onder b), van dit artikel bepaalt: „Met betrekking tot de in de artikelen [10 en andere] bedoelde inkomsten, die overeenkomstig de bepalingen van [dat artikel] aan de Nederlandse belasting onderworpen zijn geweest, verleent Frankrijk aan personen die inwoner zijn van Frankrijk en die zodanige inkomsten genieten, een verrekening tot een bedrag dat gelijk is aan de Nederlandse belasting. Deze verrekening, die het bedrag van de over de desbetreffende inkomsten in Frankrijk geheven belasting niet te boven mag gaan, vindt plaats met de in artikel 2, derde lid, letter b^[11], bedoelde belastingen, in de grondslagen waarvan die inkomsten zijn begrepen.”

III – Hoofdgedingen, prejudiciële vragen en procesverloop voor het Hof

28. De drie hoofdgedingen hebben gemeenschappelijk dat elk van de verzoekers portfoliodividenden heeft ontvangen van Nederlandse vennootschappen, maar woonplaats heeft in een andere lidstaat dan het Koninkrijk der Nederlanden. Op de uitgekeerde bedragen is een heffing aan de bron ingehouden naar een tarief van 15 %, overeenkomstig de Wet DB 1965. Deze inhouding kon eventueel worden verrekend met de in de woonstaat van de betrokken personen verschuldigde belasting uit hoofde van de toepasselijke verdragen ter voorkoming van dubbele belasting.

29. Meer bepaald blijkt uit het dossier van zaak C-10/14 dat J. B.G.T. Miljoen een Nederlands onderdaan is met woonplaats in België die aandelen hield in drie Nederlandse beursfondsen. Deze hebben hem dividenden uitgekeerd, waarop voor het jaar 2007 een bedrag van 729 EUR aan dividendbelasting is ingehouden.

11 — Volgens deze bepaling zijn de belastingen waarop de overeenkomst van toepassing is, voor Frankrijk onder meer l'impôt sur le revenu (de inkomstenbelasting) en l'impôt sur les sociétés (de vennootschapsbelasting), daaronder begrepen alle heffingen bij de bron, „précomptes” of vooruitbetalingen die in mindering worden gebracht op de hiervoor bedoelde belastingen.

30. Belanghebbende heeft in het aan hem uitgereikte aangiftebiljet in de inkomstenbelasting voor het jaar 2007 in Nederland aangifte gedaan naar een verzamelinkomen van nihil en heeft daarbij geen te verrekenen Nederlandse dividendbelasting opgenomen, omdat hij meende dat hij in Nederland niet belastingplichtig was. De Nederlandse belastingdienst heeft een aanslag inkomstenbelasting overeenkomstig deze aangifte opgelegd. Op 22 januari 2010 heeft Miljoen bezwaar gemaakt tegen deze aanslag en zonder succes verzocht om gedeeltelijke teruggaaf ten belope van 438 EUR¹² van de te zijnen laste geheven dividendbelasting.

31. De Rechtbank te Breda is aangezocht vanwege het geschil, dat voornamelijk betrekking heeft op de vraag of, zoals Miljoen stelt, het verschil in fiscale behandeling tussen aandeelhouders met woonplaats in Nederland en aandeelhouders met woonplaats buiten Nederland een beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormt die door artikel 63 VWEU is verboden. Bij vonnis van 27 maart 2012 heeft de Rechtbank te Breda het beroep ongegrond verklaard op de grond dat de litigieuze dividendbelasting niet in strijd was met het recht van de Unie.¹³ Miljoen heeft tegen dit vonnis beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad.

32. In zaak C-14/14 is X een Nederlands onderdaan met woonplaats in België die certificaten van aandelen in een vennootschap gevestigd in Nederland hield. In 2007 is haar zesmaal dividend uitgekeerd, waarop een bedrag van 16 105,80 EUR aan Nederlandse dividendbelasting is ingehouden. In datzelfde jaar zijn de door X ontvangen dividenden in België in de personenbelasting betrokken tegen een tarief van 25 % van het nettobedrag¹⁴, namelijk ongeveer 22 816 EUR. De verwijzende rechter zet uiteen dat de Nederlandse dividendbelasting naar Belgisch recht niet kon worden verrekend met de in België verschuldigde belasting.

33. De Nederlandse belastingdienst heeft het bezwaar van X verworpen. X stelde dat de aan de bron ingehouden dividendbelasting in strijd is met het recht van de Unie omdat enkel in Nederland woonachtige belastingplichtigen de te hunnen laste ingehouden Nederlandse dividendbelasting onder alle omstandigheden kunnen verrekenen of teruggaaf kunnen aanvragen, terwijl deze in België niet kan worden verrekend. De Rechtbank te Breda heeft de tegen dit bestuurlijke besluit ingestelde beroepen deels gegrond verklaard. In hoger beroep heeft het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch het vonnis van de Rechtbank te Breda bij arrest van 29 augustus 2012¹⁵ deels bevestigd. Daarop hebben zowel X als de Nederlandse belastingdienst beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad.

34. In zaak C-17/14 is Société Générale SA (hierna: „Société Générale”) een in Frankrijk gevestigde vennootschap naar Frans recht die aandelenpakketten hield in Nederlandse beursvennootschappen. In de jaren 2000 tot en met 2008 zijn daarop dividenden uitgekeerd voor een bedrag van in totaal meerdere honderdduizend euro. Op die inkomsten is elk jaar 15 % Nederlandse dividendbelasting ingehouden.¹⁶ Voor de jaren 2000 tot en met 2007 heeft belanghebbende de in Nederland ingehouden dividendbelasting in Frankrijk volledig kunnen verrekenen met de Franse vennootschapsbelasting, maar voor 2008 was dat niet mogelijk, aangezien belanghebbende in dat jaar in Frankrijk verlies had geleden.

12 — De wijze van berekening van dit bedrag is uiteengezet in de schriftelijke opmerkingen van Miljoen (punt 5.2.1) en, kritisch, in de conclusie die advocaat-generaal Wattel namens de procureur-generaal bij de Hoge Raad heeft genomen (hierna: „conclusie van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad”) in het hoofdgeding op 9 januari 2013 (punten 1.1, 1.5 en 2.3). Deze conclusie is aan het verwijzingsarrest in zaak C-10/14 gehecht.

13 — De motivering van dit vonnis is samengevat in het verwijzingsarrest van zaak C-10/14 (zie punt 3.2) en de integrale tekst is aan dit arrest gehecht.

14 — Dit nettobedrag bedroeg 91 266,20 EUR, namelijk het totaalbedrag aan in Nederland uitgekeerd dividend (107 372 EUR) verminderd met de Nederlandse dividendbelasting die aan de bron was ingehouden (16 105,80 EUR).

15 — De motivering van dit arrest is samengevat in het verwijzingsarrest van zaak C-14/14 (zie de punten 3.6.1 en 3.6.2) en de integrale tekst is aan dit arrest gehecht.

16 — De exacte cijfers zijn uiteengezet in de conclusie die de advocaat-generaal bij de Hoge Raad op 12 februari 2013 heeft genomen (punt 2.3). Deze conclusie is aan het verwijzingsarrest in zaak C-17/14 gehecht.

35. De Nederlandse belastingdienst heeft geweigerd de verschillende verzoeken van Société Générale om verrekening of teruggaaf van de ten haren laste geheven dividendbelasting in te willigen.¹⁷ De verzoeken waren gebaseerd op het gegeven dat in Nederland gevestigde ondernemingen het recht hebben de in dat land betaalde dividendbelasting in mindering te brengen op de daar eveneens verschuldigde vennootschapsbelasting, terwijl dat niet stelselmatig mogelijk is voor niet-ingezetene aandeelhouders.

36. De Rechtbank te Haarlem heeft slechts één van de vier tegen deze bestuurlijke besluiten ingestelde beroepen gegrond verklaard. Het Gerechtshof te Amsterdam, waarbij Société Générale en de Nederlandse belastingdienst hoger beroep hadden ingesteld, heeft bij arrest van 24 mei 2012¹⁸ de vonnissen van de Rechtbank te Haarlem deels vernietigd en deels bevestigd. Tegen deze uitspraak heeft Société Générale beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad.

37. Daarop heeft de Hoge Raad der Nederlanden bij arresten van 20 december 2013, ingekomen ter griffie van het Hof op 13 januari 2014 (C-10/14), 15 januari 2014 (C-14/14) en 16 januari 2014 (C-17/14), de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

— in zaak C-10/14:

- „1) Dient voor de toepassing van artikel 63 VWEU de vergelijking van een niet-ingezetene met een ingezetene in een geval als het onderhavige waarin op een dividenduitkering door de bronstaat dividendbelasting is ingehouden, zich mede uit te strekken tot de op de dividendinkomsten drukkende inkomstenbelasting, waarmee de dividendbelasting bij ingezetenen wordt verrekend?
- 2) Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, dient bij de beoordeling of de effectieve belastingdruk voor een niet-ingezetene hoger is dan de belastingdruk voor een ingezetene, een vergelijking te worden gemaakt van de ten laste van de niet-ingezetene ingehouden Nederlandse dividendbelasting met de door een ingezetene verschuldigde Nederlandse inkomstenbelasting berekend over het forfaitaire inkomen dat in het jaar van ontvangst van de dividenden kan worden toegerekend aan het totale bezit aan beleggingsaandelen in Nederlandse vennootschappen, of noopt het recht van de Europese Unie ertoe dat een andere vergelijkingsmaatstaf in aanmerking wordt genomen?”

— in zaak C-14/14:

- „1) Dient voor de toepassing van artikel 63 VWEU de vergelijking van een niet-ingezetene met een ingezetene in een geval als het onderhavige waarin op een dividenduitkering door de bronstaat dividendbelasting is ingehouden, zich mede uit te strekken tot de op de dividendinkomsten drukkende inkomstenbelasting, waarmee de dividendbelasting bij ingezetenen wordt verrekend?
- 2) Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, dient bij de beoordeling of de effectieve belastingdruk voor een niet-ingezetene hoger is dan de belastingdruk voor een ingezetene, een vergelijking te worden gemaakt van de ten laste van de niet-ingezetene ingehouden Nederlandse dividendbelasting met de door een ingezetene verschuldigde Nederlandse inkomstenbelasting berekend over het forfaitaire inkomen dat in het jaar van ontvangst van de dividenden kan worden toegerekend aan het totale bezit aan beleggingsaandelen in Nederlandse vennootschappen, of noopt het recht van de Europese Unie ertoe dat een andere vergelijkingsmaatstaf in aanmerking wordt genomen? Moet bij deze vergelijking ook het voor ingezetenen geldende heffingvrije vermogen in aanmerking worden genomen, en zo ja, in hoeverre (vgl. HvJ 17 oktober 2013, Welte, C-181/12 [EU:C:2013:662])?

17 — De bijzonderheden van deze verzoeken zijn opgenomen in het verwijzingsarrest van zaak C-17/14 (zie de punten 1.1 e.v.).

18 — De motivering van dit arrest is samengevat in het verwijzingsarrest van zaak C-17/14 (zie de punten 1.4 en 3.2.2 e.v.) en de integrale tekst is aan dit arrest gehecht.

- 3) Is, indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, bij de beoordeling of een eventueel discriminerende bronheffing rechtsgeldig wordt geneutraliseerd op grond van een door de bronstaat gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belastingen voldoende dat i) het desbetreffende belastingverdrag voorziet in een belastingvermindering in de woonstaat door middel van verrekening van de bronheffing en dat, hoewel deze mogelijkheid niet ongeclausuleerd is, ii) in het concrete geval de door de woonstaat verleende belastingvermindering, doordat slechts het netto ontvangen dividend wordt belast, voor volledige compensatie van het discriminerende deel van de bronheffing zorgt?”

— in zaak C-17/14:

- „1) Dient voor de toepassing van artikel 63 VWEU de vergelijking van een niet-ingezetene met een ingezetene in een geval waarin op een dividenduitkering door de bronstaat dividendbelasting is ingehouden zich mede uit te strekken tot de vennootschapsbelasting, waarmee de dividendbelasting bij ingezetenen wordt verrekend?
- 2) a) Dient, indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, bij de vergelijking rekening te worden gehouden met alle kosten die in economische zin verband houden met de aandelen waaruit het dividend voortvloeit?
- b) Indien het antwoord op de vorige vraag ontkennend luidt, dient dan wel rekening te worden gehouden met een eventuele afboeking van meegekocht dividend en met een eventueel door het houden van de desbetreffende aandelen opgeroepen financieringslast?
- 3) Is, indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, bij de beoordeling of een eventueel discriminerende bronheffing rechtsgeldig wordt geneutraliseerd op grond van een door de bronstaat gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belastingen voldoende dat i) in het desbetreffende belastingverdrag ter zake een voorziening is opgenomen, en dat, hoewel deze mogelijkheid niet ongeclausuleerd is, ii) deze in het concrete geval ertoe leidt dat de Nederlandse belastingdruk voor een niet-ingezetene niet hoger is dan die voor een ingezetene? Is, in geval van een tekortschietende compensatie in het jaar waarin de dividenden worden genoten, bij de beoordeling van de neutralisatie de mogelijkheid relevant dat een tekort kan worden voortgewenteld en de verrekening in latere jaren kan worden benut?”

38. Bij beslissing van de president van het Hof van 2 april 2014 zijn de zaken C-10/14, C-14/14 en C-17/14 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en voor het arrest.

39. Miljoen, X en Société Générale hebben elk in hun zaak schriftelijke opmerkingen ingediend bij het Hof. De schriftelijke opmerkingen van de Nederlandse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Europese Commissie zien op de drie zaken gezamenlijk. Die van de Zweedse regering hebben enkel betrekking op zaak C-17/14. Ter terechtzitting van 18 maart 2015 waren Miljoen, X, Société Générale, de Nederlandse, de Duitse en de Zweedse regering alsook de Commissie vertegenwoordigd.

IV – Beoordeling

A – Opmerkingen vooraf

40. Vooraf wil ik onderstrepen dat de motivering van de verzoeken om een prejudiciële beslissing in de onderhavige zaken zeer beknopt is, zelfs zo beknopt dat de strekking van de verzoeken, de strekking van het nationale recht en het voorwerp van de hoofdgedingen soms enkel kunnen worden begrepen met behulp van de documenten die aan de verwijzingsarresten zijn gehecht. Deze verzoeken naderen

de grens van de niet-ontvankelijkheid, gelet op de vereisten die in artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof zijn neergelegd.¹⁹ Het gevolg daarvan is dat ik in deze conclusie op meerdere punten moet verwijzen naar de conclusies van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad in de drie hoofdgedingen. Een dergelijke werkwijze garandeert echter niet dat ik geheel kan voorzien in de leemten van deze verwijzingsarresten.

41. Voor het overige moet ik preciseren dat bepaalde niet-ingezeten buitenlandse belastingplichtigen uit hoofde van de Nederlandse wet aan de inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting kunnen worden onderworpen en aldus in Nederland kunnen profiteren van de verrekening van voorheffingen of teruggaaf op dezelfde manier als ingezetene belastingplichtigen, maar het staat vast dat geen van de drie verzoekers in de hoofdgedingen voor de litigieuze belastingjaren onder deze categorie viel.²⁰ De bepalingen van de wet die voor deze niet-ingezetene buitenlandse belastingplichtigen gelden, die zich in een bijzondere situatie bevinden vergeleken met gewone niet-ingezetene belastingplichtigen, zullen in deze conclusie derhalve niet in aanmerking worden genomen.

42. Volgens vaste rechtspraak behoren de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten, maar moeten zij deze bevoegdheid uitoefenen in overeenstemming met het recht van de Unie. Dat impliceert inzonderheid dat de lidstaten geen maatregelen mogen treffen die ingevolge artikel 63, lid 1, VWEU verboden zijn op grond dat zij het kapitaalverkeer beperken daar zij niet-ingezetenen ervan doen afzien, in een lidstaat investeringen te doen, of ingezetenen van deze lidstaat ontmoedigen in andere staten investeringen te doen, met name in het kader van nationale dividendbelasting.²¹

43. Het Hof heeft er herhaalde malen aan herinnerd dat „een nationale belastingregeling [die een ongelijke behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen behelst] slechts verenigbaar met de Verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van kapitaal kan worden geacht, indien het verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn, of wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang”.²²

44. De prejudiciële vragen die in de onderhavige zaken aan het Hof zijn voorgelegd, draaien juist om de problematiek van de eventuele objectieve vergelijkbaarheid van de fiscale situatie van ingezetene en niet-ingezetene aandeelhouders in het licht van een nationale regeling zoals in de hoofdgedingen aan de orde.

19 — In dat kader is het van wezenlijk belang dat alle nuttige gegevens in de verwijzingsbeslissing zelf worden opgenomen en niet in de bijlagen, want de verwijzingsbeslissing is het enige onderdeel van het dossier dat wordt vertaald en betekend aan alle belanghebbenden die uit hoofde van artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie opmerkingen mogen indienen [zie de Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures (PB 2012, C 338, blz. 1, punten 20 e.v.)].

20 — Uit de gegevens in de dossiers blijkt namelijk enerzijds dat Miljoen een pensioenuitkering en een aanmerkelijk belang in Nederland had aangegeven, zonder dat dat uitmondde in belastingheffing in die lidstaat in 2007, en anderzijds dat X niet heeft geopteerd voor de status van ingezetene voor het pensioen dat zij in 2007 in Nederland ontving en tot slot dat de litigieuze dividenden die Société Générale van 2000 tot en met 2008 heeft ontvangen, niet kunnen worden toegerekend aan de bank die zij als vaste inrichting in Nederland exploiteert, maar aan het effectenbedrijf dat zij in Frankrijk houdt.

21 — Zie met name beschikking Tate & Lyle Investments (C-384/11, EU:C:2012:463, punten 18 en 21) en arrest Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punten 38 en 39).

22 — Zie met name arresten Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, punt 38) en Commissie/België (C-387/11, EU:C:2012:670, punt 45).

B – In aanmerking te nemen aspecten voor de vergelijking van de fiscale behandeling van een niet-ingezetene en een ingezetene aandeelhouder (eerste vraag in de drie zaken)

1. Voorwerp van de eerste prejudiciële vraag

45. In de drie onderhavige zaken wenst de verwijzende rechter om te beginnen te vernemen of de vergelijking van de fiscale situatie van een niet-ingezetene en een ingezetene, voor de bepaling of de Nederlandse belasting op dividenden uitgekeerd door Nederlandse vennootschappen een bij artikel 63 VWEU verboden beperking inhoudt, enkel ziet op die dividendbelasting of zich mede dient uit te strekken tot de inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting die op de aan ingezetenen uitgekeerde dividenden drukt.

46. Niet betwist is dat het stelsel waaraan ingezetenen en niet-ingezetenen worden onderworpen, op het eerste gezicht identiek is wat betreft zowel de heffing als het tarief van de Nederlandse dividendbelasting. Over alle inkomsten uit aandelen die worden uitgekeerd door in Nederland gevestigde vennootschappen wordt deze belasting geheven door 15 % aan de bron in te houden, ongeacht de woonplaats of zetel van de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de aandelen houdt.²³

47. Partijen in de hoofdgedingen zijn daarentegen verdeeld over de vraag of een verboden verschil in behandeling voortvloeit uit het feit dat de dividendbelasting voor ingezetenen een voorheffing is, dat wil zeggen een voorschot, terwijl zij voor niet-ingezetenen in de regel een eindheffing is. In feite hebben enkel ingezetenen onder alle omstandigheden recht op restitutie van de te hunnen laste geheven dividendbelasting, hetzij door deze in mindering te brengen op de inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting die zij daarnaast moeten voldoen, hetzij door om teruggaaf te verzoeken als de grondslag voor de inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting niet volstaat om de dividendbelasting daarop in mindering te brengen.

48. De verwijzende rechter vraagt het Hof dus of rekening moet worden gehouden met deze mogelijkheid van restitutie om te beoordelen in hoeverre het vrije verkeer van kapitaal door een dergelijke regeling wordt beperkt. De regeringen die opmerkingen hebben ingediend, zijn van mening dat de vergelijking tussen de fiscale situatie van ingezetenen en niet-ingezetenen dividendbelastingplichtigen zich niet moet uitstrekken tot een onderzoek van de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting die door ingezetenen verschuldigd is. Verzoekers in de hoofdgedingen en de Commissie bepleiten de tegenovergestelde stelling.

49. Het Hof wordt enkel ondervraagd over de vergelijkingsfactoren die relevant zijn in geval van een nationale regeling als aan de orde in de hoofdgedingen, en niet over de concrete gevolgen waartoe deze vergelijking vervolgens in het licht van de feiten in de drie hoofdgedingen zou leiden; het onderzoek daarvan staat immers aan de verwijzende rechter.

50. Ondanks de overeenkomsten van de eerste vraag die in de drie gevoegde zaken aan het Hof is voorgelegd, is het volgens mij geraden de vraag in de zaken C-10/14 en C-14/14 enerzijds en die in zaak C-17/14 anderzijds afzonderlijk te onderzoeken, gezien de verschillen tussen de nationale regels die gelden voor respectievelijk natuurlijke personen en rechtspersonen die dividenden ontvangen in Nederland.

51. Alvorens ik met het onderzoek begin, moet de voorvraag worden beantwoord in hoeverre de situatie van ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders in casu daadwerkelijk vergelijkbaar is.

²³ — Op dit punt wijken deze zaken af van met name de zaak Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14), aanhangig bij het Hof, waarin de verwijzende rechter in wezen vraagt of artikel 63 VWEU eraan in de weg staat dat dividenden ontvangen door ingezetenen en niet-ingezetenen pensioenfonds in Zweden op uiteenlopende wijze worden belast en enkel over uitkeringen aan niet-ingezetenen pensioenfonds een heffing aan de bron wordt ingehouden.

2. Objectieve vergelijkbaarheid van de fiscale situatie van ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders

52. Zoals de verwijzende rechter opmerkt, blijkt uit vaste rechtspraak van het Hof dat ingezetenen en niet-ingezetenen zich voor de directe belastingen niet noodzakelijkerwijs in een vergelijkbare situatie bevinden, en dat de situatie van niet-ingezetenen, met name voor de inkomstenbelasting, verschilt voor zover het zwaartepunt van hun inkomsten meestal niet is geconcentreerd in de bronstaat, maar in de woonstaat.²⁴ Zodra een lidstaat echter niet alleen ingezetenen aandeelhouders, maar ook niet-ingezetenen aandeelhouders voor het dividend dat zij van een in die staat gevestigde vennootschap ontvangen, aan dezelfde belasting onderwerpt, zoals het geval is in Nederland, nadert de situatie van deze belastingplichtigen elkaar en moeten zij overeenkomstig artikel 63 VWEU voor de belasting op dezelfde wijze worden behandeld.²⁵

53. Het Hof heeft in het arrest *Truck Center* geoordeeld dat de toepassing van een *verschillende heffingstechniek* naargelang de belastingplichtige ingezetenen of niet-ingezetenen is²⁶, *op zich niet in strijd* was met het vrije verkeer van kapitaal, omdat de situatie van de twee categorieën belastingplichtigen in casu niet objectief vergelijkbaar was, met name in het licht van het feit dat de betrokken lidstaat zich in een verschillende positie bevond naargelang hij de belasting als woonstaat of bronstaat hief, en van het feit dat de ongelijke belastingen in kwestie op verschillende rechtsgrondslagen waren gebaseerd.²⁷ Zoals de Commissie niettemin ter terechtzitting heeft benadrukt, zag deze zaak op de objectieve vergelijkbaarheid van de heffingstechniek van de belasting, een discussie die ondertussen gesloten is, terwijl de vraag van de eventuele vergelijkbaarheid die in de onderhavige zaken is gerezen, zich op een ander niveau afspeelt, te weten op het niveau van het verschil in de fiscale situatie van ingezetenen en niet-ingezetenen met betrekking tot de belasting zelf die wordt geheven ter zake van een bepaald vermogensbestanddeel, zoals dividend, een geheel andere problematiek.

54. In de onderhavige zaken wordt de dividendbelasting krachtens de toepasselijke wet bij zowel ingezetenen als niet-ingezetenen belastingplichtigen op dezelfde wijze geheven, namelijk door middel van inhouding aan de bron, wat in de zaak *Truck Center* niet het geval was, want de betrokken roerende voorheffing werd enkel ingehouden op rente betaald aan niet-ingezetenen vennootschappen. Bovendien heeft het Hof zijn analyse gebaseerd op de overweging dat renteontvangende ingezetenen vennootschappen niet stelselmatig gunstiger werden behandeld dan niet-ingezetenen vennootschappen.²⁸ Dit arrest kan dus geen steun bieden aan de stelling van de Nederlandse regering dat de situatie waarin ter zake van hetzelfde type inkomsten bij zowel ingezetenen als niet-ingezetenen een heffing aan de bron wordt ingehouden, maar de eerste categorie deze belasting kan verrekenen met een andere belasting terwijl zij voor de tweede categorie een eindheffing is, niet objectief vergelijkbaar is.

24 — Zie met name arresten *Amurta* (C-379/05, EU:C:2007:655, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en *Grünwald* (C-559/13, EU:C:2015:109, punt 25).

25 — Zie arrest *Amurta* (C-379/05, EU:C:2007:655, punten 38 en 39) en beschikking *Tate & Lyle Investments* (C-384/11, EU:C:2012:463, punten 31 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26 — C-282/07, EU:C:2008:762. In deze zaak werden niet-ingezetenen belast aan de bron en ingezetenen na aangifte door de belastingplichtige.

27 — *Ibidem*, punten 41-52. Het Hof heeft onderstreept dat „[w]anneer [...] zowel de vennootschap die de rente betaalt als de vennootschap die deze rente ontvangt haar zetel in België heeft, [...] de positie van de Belgische Staat [verschilt] van zijn positie in het geval dat een in deze staat gevestigde vennootschap rente uitkeert aan een niet in deze staat gevestigde vennootschap, aangezien de Belgische Staat in het eerste geval als staat van vestiging van de betrokken vennootschappen optreedt, en in het tweede geval als bronstaat van de rente” en dat „de betaling van rente door een ingezetenen vennootschap aan een andere ingezetenen vennootschap en de betaling van rente door een ingezetenen vennootschap aan een niet-ingezetenen vennootschap aanleiding [geven] tot verschillende belastingen, die op verschillende rechtsgrondslagen zijn gebaseerd”.

28 — *Ibidem*, punt 49. Hier heeft het Hof onderstreept dat het verschil in behandeling wat betreft de heffingstechniek niet noodzakelijkerwijs een voordeel inhoudt voor ingezetenen.

55. In het licht van de rechtspraak van het Hof is de doorslaggevende factor bij de vergelijking van ingezetenen en niet-ingezetenen belastingplichtigen in het licht van een eventuele verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal mijns inziens *niet de doelstelling* van de litigieuze regeling²⁹, zoals de Nederlandse en de Zweedse regering stellen, *maar eerder* het feit dat een regeling van een lidstaat geen verschil in behandeling mag invoeren dat *in de praktijk tot gevolg* heeft dat de *belastingdruk* voor niet-ingezetenen uiteindelijk *hoger* is, en hen zodoende kan ontmoedigen om van deze vrijheid gebruik te maken.³⁰ Ik kom in het vervolg nog op deze overwegingen terug.³¹

56. Ik meen dan ook dat Miljoen, X en Société Générale zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van ingezetenen aandeelhouders wat betreft de heffingstechniek van de Nederlandse dividendbelasting en dat het eventuele discriminerende effect van de relevante nationale bepalingen als geheel moet worden onderzocht aan de hand van de vereisten voor het vrije verkeer van kapitaal.

3. Vergelijking van de fiscale situatie van natuurlijke personen die aan de Nederlandse dividendbelasting zijn onderworpen (eerste vraag in de zaken C-10/14 en C-14/14)

57. Als de ontvanger van dividend op aandelen gehouden in Nederlandse vennootschappen een natuurlijke persoon is met woonplaats in Nederland, is deze persoon niet alleen onderworpen aan de dividendbelasting ter zake van de inkomsten uit die aandelen, maar ook aan de inkomstenbelasting over diezelfde aandelen in „box 3”. Deze belasting, met een tarief van 30 %, is verschuldigd over de gemiddelde waarde van die aandelen, die worden geacht elk jaar een forfaitair rendement van 4 % van hun nettowaarde – na aftrek van de financieringsschulden – op te leveren. Hoewel de Hoge Raad deze belasting voor de toepassing van belastingverdragen³² juridisch kwalificeert als een inkomstenbelasting, is deze zogeheten box 3-belasting uit economisch oogpunt eerder een vermogensbelasting, geheven naar de forfaitaire waarde van de rendementsgrondslag tegen een tarief van 1,2 %, namelijk 30 % van 4 %. Een ingezetene kan altijd restitutie van de te zijnen laste geheven dividendbelasting verkrijgen, hetzij door die voorheffing te verrekenen met de overigens verschuldigde inkomstenbelasting, hetzij door teruggaaf van de dividendbelasting als de verschuldigde inkomstenbelasting lager is dan die belasting of gelijk is aan nul.

29 — Volgens mij speelt deze factor eerder op het niveau van de eventuele rechtvaardiging van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal door dwingende redenen van algemeen belang.

30 — Zo heeft het Hof er in het arrest Commissie/Finland (C-342/10, EU:C:2012:688, punten 32 en 33) de aandacht op gevestigd dat „dividenduitkeringen aan *ingezetenen* pensioenfondsen [...] *in de praktijk door de litigieuze bepalingen van nationaal recht zijn vrijgesteld of vrijwel zijn vrijgesteld* van inkomstenbelasting” en dat „[e]en dergelijke *ongunstige behandeling* van dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezetenen pensioenfondsen [...] [hen] *ervan [kan] doen afzien* in de Republiek Finland te investeren en [...] dus een *beperking* [vormt] van het vrije kapitaalverkeer die in beginsel *verboden* is door artikel 63 VWEU” (cursivering van mij). Zie met name ook arresten Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340, punt 54) en Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, punten 33-35 en 55).

31 — Zie de punten 62 e.v. van deze conclusie.

32 — In een arrest van 1 december 2006 (nr. 42211, LJN AV5017) heeft de Hoge Raad overwogen: „De heffing van de inkomstenbelasting over het belastbare inkomen uit sparen en beleggen als bedoeld in artikel 2.3 letter c, van de Wet [inkomstenbelasting], zoals nader uitgewerkt in de artikelen 5.1 en volgende van de Wet, vertoont [...] trekken van een vermogensbelasting en kan daarom in bepaalde opzichten worden gezien als een opvolger van de vermogensbelasting zoals die tot 1 januari 2001 [...] in Nederland werd geheven. Deze heffing [...] vormt echter eveneens een opvolger van de inkomstenbelasting die tot 1 januari 2001 [...] werd geheven” en „de heffing over het belastbare inkomen uit sparen en beleggen is geïntegreerd met de heffing over de overige inkomensbestanddelen. Die omstandigheid dient hier de doorslag te geven. De bedoelde heffing moet derhalve voor de toepassing van het Verdrag worden aangemerkt als een belasting naar het inkomen” (aangehaald in punt 7.16 van de conclusie van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad over het hoofdgeding in zaak C-10/14).

58. Wanneer de ontvanger daarentegen een natuurlijke persoon is met woonplaats buiten Nederland, wordt hij in de regel enkel onderworpen aan de dividendbelasting, die wordt geheven tegen een tarief van 15 % over de brutowaarde van de daadwerkelijk ontvangen dividenden, zonder dat hij kosten van welke aard ook in mindering kan brengen. Omdat hij geen inkomstenbelasting verschuldigd is over de aandelen die hij houdt in Nederlandse vennootschappen, kan een niet-ingezetene niet profiteren van verrekening van de ingehouden dividendbelasting, zodat deze belasting voor hem een eindheffing is. In geval van niet-ingezeten belastingplichtigen is zij immers definitief geheven.³³

59. Zoals de advocaat-generaal bij de Hoge Raad aangeeft in zijn conclusies in de hoofdgedingen van de zaken C-10/14 en C-14/14³⁴ blijkt uit de Nederlandse wet dat de heffing die in de twee bovengenoemde gevallen wordt toegepast, zowel op het punt van de grondslag als op het punt van het tarief verschilt³⁵ en voorts dat niet-ingezetenen terecht kunnen komen in een ongunstigere situatie dan ingezetenen: ten eerste beschikt enkel die laatste groep over een heffingvrij vermogen, ten tweede worden zij belast naar de nettogrondslag en ten derde hebben zij recht op heffingskortingen.

60. In het licht van die gegevens lijkt het erop dat de Nederlandse wet direct discriminerend is, want enkel ingezetenen zijn de facto onder alle omstandigheden vrijgesteld van dividendbelasting. De heffing aan de bron van de dividendbelasting wordt namelijk vervolgens steeds geneutraliseerd, hetzij door verrekening als voorheffing met de inkomstenbelasting, hetzij door teruggaaf. Anders gezegd, voor deze belastingplichtigen is de Nederlandse dividendbelasting niet werkelijk een belasting maar eerder een voorschot op andere belastingen. Bovendien omvat de grondslag van de inkomstenbelasting niet de daadwerkelijk ontvangen dividenden, die dus niet als zodanig worden belast.³⁶ Twee ingezeten aandeelhouders met dezelfde nettovermogenswaarde aan beleggingen betalen aldus hetzelfde bedrag aan inkomstenbelasting, ongeacht of zij dividenden hebben ontvangen van Nederlandse vennootschappen.

61. Er is in feite een zodanig verschil in fiscale behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen natuurlijke personen, niet alleen op het punt van de toegepaste heffingstechniek maar ook op het punt van de gedragen lasten, dat het bijna onmogelijk is hen te vergelijken als daarbij enkel de dividenden in aanmerking worden genomen. Voor het overige overtuigt het doel van de litigieuze regeling dat door de Nederlandse regering is ingeroepen, namelijk juridische dubbele belasting van ingezetenen voorkomen, niet geheel. Aangezien de grondslagen voor de dividendbelasting en de inkomstenbelasting uiteenlopen, kan namelijk niet worden gesproken van *een belasting die twee keer eenzelfde inkomensbestanddeel belast bij eenzelfde belastingplichtige*, hoewel het denkbaar is dat het belastingbeleid van de Nederlandse wetgever door deze doelstelling is geïnspireerd.

62. Hoe dan ook, met het oog op het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal is het volgens mij noch nuttig, noch voldoende om enkel de Nederlandse dividendbelasting als zodanig in aanmerking te nemen. In plaats daarvan moet het geheel van de belasting naar het inkomen afkomstig van aandelen gehouden in vennootschappen met zetel in Nederland in het onderzoek worden betrokken. In dat kader merk ik op dat een ingezeten aandeelhouder uit hoofde van de inkomstenbelasting wordt belast over een forfaitaire grondslag die fungeert als een soort substituut voor alle vormen van inkomen uit

33 — Deze gegevens, waarin de strekking van de Nederlandse regeling is samengevat, zijn hoofdzakelijk afkomstig uit de conclusies van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad over de hoofdgedingen in zaak C-10/14 (punten 6.1-6.8) en zaak C-14/14 (punten 5.1-5.8), waarin de parlementaire geschiedenis wordt aangehaald, die bevestigt dat het stelsel voor ingezetenen uitgaat „van volledige verrekenbaarheid van de ingehouden dividendbelasting met de uiteindelijk verschuldigde belasting ter zake van de vermogensrendementsheffing” (Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3 [Memorie van Toelichting], blz. 43).

34 — Idem.

35 — De heffingsgrondslag verschilt in die zin dat de grondslag voor de inkomstenbelasting verschuldigd door ingezetenen wordt gevormd door de gemiddelde waarde van hun vermogen, waaronder aandelen, terwijl de grondslag voor de geheven dividendbelasting voor niet-ingezetenen wordt gevormd door de daadwerkelijk ontvangen inkomsten. Bovendien verschilt het tarief: in theorie is dat 30 % voor de forfaitaire inkomstenbelasting die verschuldigd is door ingezetenen, en 15 % voor de dividendbelasting geheven van niet-ingezetenen.

36 — De dividenden maken enkel deel uit van de grondslag voor de inkomstenbelasting in een soort gesubstitueerde vorm, als bedragen op bankrekeningen die in de heffingsgrondslag zijn opgenomen. In de praktijk wordt een aandeelhouder die het resultaat uit dividend voor het einde van het jaar gebruikt of belegt in goederen die niet worden belast, in het geheel niet belast ter zake van dit resultaat.

kapitaal, zoals dividend, rente en waardestijging. Een niet-ingezeten aandeelhouder is daarentegen onderworpen aan dividendbelasting ingehouden aan de bron die voor hem een eindheffing is, maar hij wordt niet belast over de waardestijging of andere bestanddelen van de inkomsten uit kapitaal waaraan de door hem gehouden aandelen kunnen bijdragen.

63. Daaruit vloeit naar mijn mening voort dat het voorstel van Miljoen, dat ertoe strekt de inkomstenbelasting die op het houden van aandelen drukt in twee delen te splitsen, namelijk ter zake van dividenden en ter zake van waardestijging³⁷, niet gerechtvaardigd is, ondanks zijn theoretische aantrekkingskracht. Aangezien een ingezeten aandeelhouder niet kan vermijden dat de inkomstenbelasting over aangehouden Nederlandse aandelen tevens de waardestijging of de niet-gerealiseerde kapitaalwinsten omvat, is het volgens mij niet adequaat in de vergelijking louter dat deel van de belasting op te nemen dat in theorie aan dividenden kan worden toegeschreven.

64. De relevante factor voor de vergelijking van de situatie van ingezetenen en niet-ingezetenen is de uiteindelijke belastingdruk die rust op elk van beide categorieën aandeelhouders en die beleggingen in portfolioaandelen in Nederland, als grensoverschrijdend verkeer van kapitaal, meer of minder aantrekkelijk kan maken dan vergelijkbare beleggingen in andere lidstaten. Dit standpunt wordt geschraagd door de al aangehaalde rechtspraak van het Hof³⁸, volgens welke het beslissende criterium de effectieve belastingdruk is waartoe de litigieuze regeling in feite leidt.³⁹ Een vergelijking die aldus ziet op de gevolgen van het aanhouden van Nederlandse aandelen voor de belasting in Nederland is volgens mij redelijkerwijs mogelijk, ondanks dat de aan ingezeten aandeelhouders uitbetaalde dividenden niet als zodanig worden belast.

65. In het licht van deze gegevens geef ik in overweging te antwoorden dat de vergelijking van de fiscale behandeling van een niet-ingezeten en een ingezeten natuurlijke persoon zich, in de situatie waarin op uitgekeerd dividend door de bronstaat dividendbelasting wordt ingehouden, voor de toepassing van artikel 63 VWEU mede dient uit te strekken tot de inkomstenbelasting die op door ingezetenen gehouden aandelen drukt en waarvoor de dividendbelasting een voorheffing is.

4. Vergelijking van de fiscale situatie van vennootschappen die aan de Nederlandse dividendbelasting zijn onderworpen (eerste vraag in zaak C-17/14)

66. In zaak C-17/14 geeft de verwijzende rechter aan dat het door Société Générale gestelde verschil in behandeling wordt veroorzaakt doordat aandeelhouders in een binnenlandse situatie de Nederlandse dividendbelasting als voorheffing kunnen verrekenen met de door hen in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting, terwijl de dividendbelasting in buitenlandse situaties als die van belanghebbende niet als voorheffing kan worden verrekend.⁴⁰

67. Met betrekking tot de vraag of het arrest Truck Center hierbij relevant is, meen ik dat de heffing van dividendbelasting bij zowel in Nederland als niet in Nederland gevestigde dividendontvangende vennootschappen, zoals ik al heb opgemerkt⁴¹, een wezenlijk verschil is tussen deze zaak en de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Truck Center⁴².

37 — Volgens Miljoen moet „de voor een ingezetene in aanmerking te nemen forfaitaire grondslag [...] worden gesplitst in dividendrendement en rendement bestaande uit vermogensgroei”, zodat enkel dat deel van het rendement in de vergelijking wordt betrokken dat overeenkomt met de daadwerkelijk ontvangen dividenden [punt 3.3.3, onder i), van het verwijzingsarrest in zaak C-10/14].

38 — Zie punt 55 van deze conclusie.

39 — Zie in dat verband de vergelijking die het Hof vereiste in de arresten Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340, punt 54) en Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, punt 55).

40 — Punt 3.4.2 van het verwijzingsarrest in deze zaak.

41 — Zie de punten 53 en 54 van deze conclusie.

42 — C-282/07, EU:C:2008:762.

68. Voor het overige wijken de bepalingen van de Wet Vpb 1969, die van belang zijn in zaak C-17/14, aanmerkelijk af van de bepalingen van de Wet IB 2001, die van belang zijn in de zaken C-10/14 en C-14/14, in die zin dat door ingezeten vennootschappen ontvangen dividenden als zodanig deel uitmaken van de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting, hetgeen niet het geval is bij de inkomstenbelasting voor natuurlijke personen.

69. Niettemin zijn de hierboven uiteengezette argumenten met betrekking tot de zaken C-10/14 en C-14/14 en de aldaar aangehaalde rechtspraak mijns inziens eveneens, zelfs a fortiori, van toepassing, op zaak C-17/14.

70. Dientengevolge geef ik in overweging te antwoorden dat de vergelijking van de fiscale behandeling van een niet-ingezeten vennootschap en een ingezeten vennootschap zich, in de situatie waarin op uitgekeerd dividend door de bronstaat dividendbelasting wordt ingehouden, voor de toepassing van artikel 63 VWEU mede dient uit te strekken tot de vennootschapsbelasting die op door ingezetenen gehouden aandelen drukt en waarvoor de dividendbelasting een voorheffing is.⁴³

C – Criteria voor de beoordeling van de effectieve belastingdruk voor een niet-ingezeten aandeelhouder vergeleken met de belastingdruk voor een ingezeten aandeelhouder (tweede vraag in de drie zaken)

1. Voorwerp van de tweede prejudiciële vraag

71. De tweede vraag in de onderhavige gevoegde zaken is subsidiair gesteld, voor het geval het Hof oordeelt, zoals ik bepleit, dat voor de vergelijking van de fiscale situatie van niet-ingezetenen en ingezetenen van Nederland de uiteindelijke belasting die op ingezetenen drukt in aanmerking genomen moet worden, namelijk, al naargelang, de inkomstenbelasting (zaken C-10/14 en C-14/14) of de vennootschapsbelasting (C-17/14).

72. In deze drie zaken wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen aan de hand van welke criteria kan worden vastgesteld of de effectieve belastingdruk ter zake van dividenden op een niet-ingezetene hoger is dan op een ingezetene, en noemt hij verschillende factoren die daarin mogelijk een rol spelen.

73. Ondanks hun gemeenschappelijke punten moeten de vragen in de eerste twee zaken volgens mij los van de vraag in de derde zaak worden behandeld, enerzijds vanwege de bijzonderheden van de nationale fiscale bepalingen voor dividendontvangende natuurlijke personen en vennootschappen in Nederland, en anderzijds vanwege de verschillen tussen de door de verwijzende rechter genoemde vergelijkingscriteria.

2. Beoordeling van de effectieve belastingdruk voor natuurlijke personen onderworpen aan de Nederlandse dividendbelasting (tweede vraag in de zaken C-10/14 en C-14/14)

74. Zowel in zaak C-10/14 als in zaak C-14/14 stelt de verwijzende rechter voor, de effectieve belastingdruk van ingezetenen en niet-ingezetenen te beoordelen door de Nederlandse dividendbelasting die drukt op een niet-ingezetene te vergelijken met de Nederlandse inkomstenbelasting die door een ingezetene verschuldigd is, in het licht van het feit dat de inkomstenbelasting wordt „berekend over het forfaitaire inkomen dat in het jaar van ontvangst van de

43 — Als voorheffing betreft de dividendbelasting in het geval van ingezetenen enkel de kasstroom tussen de Nederlandse fiscus en de betrokken belastingplichtige. De effectieve belastingdruk, die voor de vergelijking in aanmerking moet worden genomen, hangt enkel af van de belastingdruk door de inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting die de belastingplichtige verschuldigd is. Dat is de reden waarom ik voor het antwoord op de eerste vraag in de drie onderhavige zaken heb gekozen voor de uitdrukking „waarvoor de dividendbelasting een voorheffing is” in plaats van de uitdrukking „waarmee de dividendbelasting bij ingezetenen wordt verrekend”, zoals de verwijzende rechter het formuleert.

dividenden kan worden toegerekend aan het totale bezit aan beleggingsaandelen in Nederlandse vennootschappen”. In zaak C-14/14 voegt hij, onder uitdrukkelijke verwijzing naar het arrest Welte⁴⁴, een andere mogelijke vergelijkingsfactor toe, namelijk het heffingvrije vermogen waarvan ingezetenen kunnen profiteren.

75. In wezen wordt het Hof uitgenodigd te bepalen in hoeverre bij de weging van de effectieve belastingdruk hetzij de wijze waarop een ingezetene wordt belast naar het inkomen uit aandelen die hij houdt in Nederlandse vennootschappen, hetzij andere criteria een rol spelen. Bij gebreke van bepalingen van Unierecht waarbij de heffing van dividendbelasting wordt geharmoniseerd, moeten de aan te leggen criteria voor de vergelijking mijns inziens het door de litigieuze fiscale regeling gevormde stelsel voor ingezetenen aandeelhouders zo dicht mogelijk benaderen, want het eventuele voordeel van een lagere belastingdruk voor een ingezetene wordt bepaald door de regels die op deze categorie aandeelhouders worden toegepast.

76. Deze benadering van de bepaling van de effectieve belastingdruk wordt volgens mij geschraagd door het arrest Bouanich, waarvan de context overeenkomsten vertoont met die van de zaken C-10/14 en C-14/14.⁴⁵ In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat het aan de verwijzende rechterlijke instantie staat om „in het kader van het aan haar voorgelegd geschil te *onderzoeken of* de aftrek van de nominale waarde en de toepassing van de bovengrens voor de belasting van 15 % voor niet-ingezetenen aandeelhouders *leiden tot een behandeling* van laatstgenoemde die *niet minder gunstig* is dan die van ingezetenen die recht hebben op de aftrek van de aankoopkosten en op de toepassing van een tarief van 30 %”.⁴⁶ Het is dus inderdaad het effectieve resultaat waartoe de toepassing van de regeling van een lidstaat in haar geheel uiteindelijk „leidt” dat als doorslaggevend werd beschouwd bij de beoordeling of ingezetenen belastingplichtigen gunstiger worden behandeld dan niet-ingezetenen belastingplichtigen.

77. Uit de motivering van de verwijzingsarresten in de zaken C-10/14 en C-14/14 blijkt dat de eerste vergelijkingsfactor waar de Hoge Raad naar vraagt, de *forfaitaire heffingsgrondslag* voor de berekening van de Nederlandse inkomstenbelasting voor ingezetenen is.⁴⁷ De verwijzende rechter vraagt het Hof of deze laatste belasting, die wordt berekend aan de hand van een fictie op basis van de gemiddelde nettowaarde van beleggingen⁴⁸, kan worden vergeleken met de Nederlandse dividendbelasting ten laste van een niet-ingezetene, die wordt berekend op basis van de daadwerkelijk ontvangen dividenden.

78. Om de hierboven⁴⁹ uiteengezette redenen meen ik dat de vergelijking moet worden getrokken tussen enerzijds de dividendbelasting die is verschuldigd door een niet-ingezetene aandeelhouder en anderzijds de inkomstenbelasting die een ingezetene aandeelhouder verschuldigd is voor een portefeuille van gelijksoortige beleggingen.

44 — C-181/12, EU:C:2013:662.

45 — C-265/04, EU:C:2006:51. De zaak die aanleiding heeft gegeven tot dit arrest betrof een situatie waarin de nationale regeling bepaalde dat bij verlaging van het aandelenkapitaal het aan een niet-ingezetene aandeelhouder uitbetaalde bedrag van de terugkoop van aandelen werd belast als uitkering van dividenden tegen een tarief van 15 % zonder dat recht op aftrek van de aankoopkosten van die aandelen bestond, maar met recht op aftrek van de nominale waarde van de aandelen. Dat bedrag werd daarentegen belast als vermogenswinst tegen een tarief van 30 % met recht op aftrek van de aankoopkosten wanneer het aan een ingezetene aandeelhouder werd uitbetaald.

46 — Ibidem, punten 22 en 52-55 (cursivering van mij).

47 — Uit hoofde van artikel 5.2 van de Wet IB 2001 wordt de heffingsgrondslag van beleggingstransacties voor ingezetenen van Nederland gesteld op 4 % (forfaitair rendement) van het gemiddelde van de rendementsgrondslag op 1 januari en op 31 december van het belastingjaar.

48 — In artikel 5.3 van de Wet IB 2001 wordt de „rendementsgrondslag” omschreven als „de waarde van de bezittingen verminderd met de waarde van de schulden”.

49 — Zie de punten 62-65 van deze conclusie.

79. De tweede vergelijkingsfactor waarop de verwijzende rechter de aandacht vestigt, is het relevante *referentietijdvak*. Hij vraagt zich af of de van een niet-ingezetene ingehouden dividendbelasting moet worden vergeleken met uitsluitend de door een ingezetene verschuldigde inkomstenbelasting over het jaar waarin het dividend is ontvangen of over meerdere jaren, en in dat geval, hoeveel jaren dit referentietijdvak dient te omvatten.⁵⁰

80. Nu de bepalingen van de Wet IB 2001 die gelden voor Nederlandse belastingplichtigen uitgaan van het inkomen dat in de loop van het „kalenderjaar”⁵¹ is gevormd, meen ik dat dit tijdvak het enige adequate criterium is, zoals ook Miljoen en X (subsidiair), alsook de Nederlandse regering en de Commissie voorstellen.

81. Met betrekking tot de derde vergelijkingsfactor lijkt het erop dat de verwijzende rechter aarzelt tussen inaanmerkingneming van de Nederlandse dividenden ontvangen door een niet-ingezetene in de loop van het referentietijdvak *als geheel*, met inbegrip van alle aandelen die de belanghebbende houdt in Nederlandse vennootschappen, of *afzonderlijk* voor elke Nederlandse vennootschap die hem tijdens dit tijdvak dividenden heeft uitgekeerd.

82. Met de Nederlandse regering en de Commissie meen ik dat de eerste benadering om de effectieve belastingdruk te vergelijken de meest correcte is, aangezien ingezetenen worden belast naar een forfaitair rendement dat kan worden toegeschreven aan het geheel van in Nederlandse vennootschappen aangehouden aandelen.

83. De vierde vergelijkingsfactor tot slot, die enkel in zaak C-14/14 aan de orde komt, betreft het voordeel van het *heffingvrije vermogen* dat enkel aan ingezetenen belastingplichtigen toevalt.⁵² Aangezien de heffingsgrondslag van de door ingezetenen ontvangen inkomsten en dus de uiteindelijke belastingdruk door een dergelijke vrijstelling van een deel van het vermogen wordt gewijzigd, moet er volgens mij in de onderhavige vergelijking rekening mee worden gehouden, zoals ook bepleit door X en de Commissie, die terecht steunt op het doel dat met deze regel wordt beoogd.⁵³

84. In feite geeft het heffingvrije vermogen, zoals de Commissie onderstreept, aan de forfaitaire belasting een progressief karakter, waarvan ingezetenen aandeelhouders profiteren.⁵⁴ Mijns inziens kan de inaanmerkingneming van dit heffingvrije vermogen inderdaad naar analogie worden onderbouwd met het arrest Welte, waarnaar in de prejudiciële vraag uitdrukkelijk wordt verwezen. Het Hof heeft daarin immers erkend dat rekening moest worden gehouden met een belastingvrije som die een andere invloed had op de heffingsgrondslag naargelang de betrokken personen ingezetenen of niet-ingezetenen waren.⁵⁵

50 — Deze vraag is gebaseerd op de vaststelling door de verwijzende rechter dat „op jaarbasis bezien de verhouding tussen het feitelijke dividendinkomen en de forfaitaire heffingsgrondslag sterk kan fluctueren”.

51 — Zie de artikelen 5.2 en 7.1 van de Wet IB 2001.

52 — Volgens de artikelen 5.2 en 5.5 van de Wet IB 2001 is het forfaitaire gemiddelde dat de heffingsgrondslag vormt slechts belastbaar „voor zover die rendementsgrondslag meer bedraagt dan het heffingvrije vermogen”. „Het heffingvrije vermogen bedraagt € 20 014.”

53 — De Commissie merkt op dat uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wet IB 2001 blijkt dat de doelstelling van het heffingvrije vermogen is om de box 3-heffing (een forfaitaire heffing ter zake van inkomsten uit sparen en beleggen voor ingezetenen) efficiënter te maken, aangezien het ervoor zorgt dat belastingplichtigen met kleine waarden de belasting niet hoeven te betalen. Zij betoogt terecht dat deze doelstelling evenzeer voor niet-ingezetenen moet gelden.

54 — De schriftelijke opmerkingen van de Commissie bevatten een voorbeeld hoe een belastingvrije schijf de effectieve belastingdruk kan beïnvloeden.

55 — In het arrest Welte (C-181/12, EU:C:2013:662), gewezen in de context van een nalatenschap van een onroerende zaak die een handeling in het kader van het vrije verkeer van kapitaal vormde, heeft het Hof geoordeeld dat een regeling van een lidstaat waarbij een hogere belastingvrije som wordt toegekend wanneer de erfster of de verkrijger van de nalatenschap in die staat woont, een beperking van die vrijheid vormde (punten 21 e.v.). Bovendien heeft het Hof, met het oog op de eventuele rechtvaardiging van die beperking, de vergelijkbaarheid van de betrokken situaties onderzocht aan de hand van de criteria voor de toekenning van die belastingvrije som (punten 45 e.v.).

85. Ik zie niet in welke zin het arrest Schumacker⁵⁶, dat voorwerp is van een debat in de onderhavige zaken⁵⁷, in casu nuttige elementen bijdraagt, nu dat betrekking heeft op discriminatie van een niet-ingezetene werknemer van wie de persoonlijke en gezinssituatie voor de belasting noch in de woonstaat noch in de werkstaat in aanmerking werd genomen.⁵⁸ De Wet IB 2001 bepaalt in casu dat de vrijstelling van een deel van het belastbaar vermogen niet is gebaseerd op de persoonlijke situatie van de belastingplichtige of op zijn draagkracht, maar enkel op de omvang van zijn vermogen.⁵⁹

86. Volgens mij moeten voor een vergelijking met de effectieve belastingdruk van de dividendbelasting op een niet-ingezetene ter zake van een aandelenportefeuille in Nederland om te beginnen alle aftrekbare schulden⁶⁰, belastingvrije sommen of vrijstellingen van welke soort dan ook waarvan ingezetenen in het kader van de inkomstenbelasting kunnen profiteren, worden afgetrokken, vervolgens moet het op 4 % gestelde forfaitaire rendement van de nettovermogenswaarde worden berekend, en tot slot moet het tarief van 30 % op de inkomsten uit het vermogen worden toegepast. Zodoende verkrijgen we de effectieve belastingdruk die uiteindelijk drukt op een ingezetene ter zake van een vergelijkbare aandelenportefeuille.

3. Beoordeling van de effectieve belastingdruk voor vennootschappen onderworpen aan de Nederlandse dividendbelasting [tweede vraag, onder a) en b), in zaak C-17/14]

87. Met zijn tweede vraag in zaak C-17/14, die is verdeeld in twee onderdelen, verzoekt de verwijzende rechter het Hof de relevante criteria te bepalen voor de beoordeling of de effectieve druk van de vennootschapsbelasting op de dividenden in de hypothetische binnenlandse situatie⁶¹ voor de vergelijking lager zou zijn dan de bronbelasting die in het onderhavige geval drukt op de dividenden. Hij vraagt met name of bij die vergelijking rekening moet worden gehouden „met alle kosten die in economische zin verband houden met de aandelen waaruit het dividend voortvloeit” [tweede vraag, onder a)] en, zo nee, of „dan wel rekening [dient] te worden gehouden met een eventuele afboeking van meegekocht dividend” of „met een eventueel door het houden van de desbetreffende aandelen opgeroepen financieringslast” [tweede vraag, onder b)].

88. In het licht van het verwijzingsarrest wordt deze vraag in die termen opgeworpen omdat Société Générale zich op het standpunt heeft gesteld dat gezien haar commerciële activiteiten bij de vergelijking met de belastingdruk voor een vergelijkbare ingezetene vennootschap niet alleen de rechtstreeks aan de dividenden toerekenbare kosten in aanmerking moeten worden genomen, zoals de Rechtbank te Haarlem heeft erkend, maar ook negatieve koers- en transactieresultaten op andere aandelenbelangen en posities dan die waaruit de dividenden voortkomen, maar daarmee wel samenhangen. Voor het Hof beroept Société Générale zich erop dat het dividend onlosmakelijk verbonden is met andere elementen van het transactieresultaat, zoals „de rentelast, de koopsom en de verkoopopbrengst van de aandelen”.⁶²

56 — C-279/93, EU:C:1995:31, punt 38.

57 — Het verwijzingsarrest in zaak C-14/14 vermeldt in punt 3.6.1 dat het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch in hoger beroep „geen rekening [heeft] gehouden met heffingsvrij vermogen en heffingskortingen, omdat gesteld noch gebleken is dat wordt voldaan aan de norm uit het arrest [...] Schumacker, C-279/93”.

58 — In deze zaak bestond de kwestie die aan het Hof was voorgelegd erin te bepalen welke lidstaat, de woonstaat van de betrokken persoon of de staat waar hij werkte en bijna zijn gehele inkomen verwierf, de persoonlijke situatie van de belanghebbende voor de belasting in aanmerking moest nemen.

59 — Zie de artikelen 5.1 en 5.2 van de Wet IB 2001.

60 — Mits de niet-ingezetene belastingplichtige in voorkomend geval kan bewijzen dat hij zijn aandelenportefeuille heeft gefinancierd met geleend vermogen.

61 — Uit de conclusie van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad over het hoofdgeding van zaak C-17/14 blijkt dat Société Générale zowel in eerste aanleg als in hoger beroep diverse „binnenlandse situaties” heeft beschreven die volgens haar met de hare vergelijkbaar zijn en waarin volgens haar minder Nederlandse belasting wordt geheven dan in haar geval (punt 2.7).

62 — Société Générale voert aan dat haar stelling dat financiële instrumenten die een sterke functionele samenhang vertonen, als één geheel moeten worden behandeld, gesteund wordt door artikel 28 van het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB) [COM(2011) 121 definitief] en door de rechtspraak van de Hoge Raad op het terrein van het nationale belastingrecht.

89. Tegen deze ruime uitlegging brengt de verwijzende rechter in dat het op tal van complicaties stuit indien alle bijzonderheden van het geval in aanmerking genomen zouden moeten worden om te beoordelen in hoeverre de belastingdruk voor een niet-ingezeten vennootschap hoger is dan in een zuiver binnenlandse situatie. Als voorbeeld noemt hij „de financieringskosten van het aandelenbezit, evenals de transactiekosten en een eventueel meegekocht dividend” en hij werkt zijn analyse uit met behulp van de nationale rechtspraak op dit punt.⁶³

90. In het voetspoor van de Nederlandse, de Duitse en de Zweedse regering en de Commissie, en anders dan de verwijzende rechter (die twijfelt)⁶⁴, ben ik van mening dat de rechtspraak van het Hof antwoordelementen bevat die naar de onderhavige casus kunnen worden getransponeerd.

91. Uit vaste rechtspraak vloeit namelijk voort dat ingezetenen en niet-ingezetenen van een lidstaat met betrekking tot uitgaven die rechtstreeks verband houden met een activiteit waardoor in die lidstaat belastbare inkomsten zijn verworven, zoals beroepskosten⁶⁵, in een vergelijkbare situatie verkeren, zodat zij gelijk moeten worden behandeld wat betreft de toekenning van een aftrek van dergelijke uitgaven bij de belastingheffing.

92. Daaruit volgt dat de litigieuze nationale regeling in strijd zou kunnen zijn met artikel 63 VWEU als kosten zoals die genoemd door Société Générale moesten worden beschouwd als uitgaven die rechtstreeks verband houden met een activiteit van die aard, en enkel ingezeten vennootschappen in aanmerking kwamen voor aftrek van deze kosten.⁶⁶

93. Het Hof heeft gepreciseerd dat een rechtstreeks verband in de zin van deze rechtspraak volgt uit het feit dat de uitgave onlosmakelijk verbonden is met de activiteit waardoor de betrokken belastbare inkomsten worden verkregen, zoals het geval is met uitgaven die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de activiteit waardoor deze worden verkregen.⁶⁷ Het heeft inzonderheid al geoordeeld dat een dergelijk verband kan bestaan bij inkomsten in de vorm van dividenden⁶⁸, en met name dat de betrokken kosten in voorkomend geval rechtstreeks verband kunnen houden met een bedrag betaald ter gelegenheid van een transactie in waardepapieren, maar zij niettemin rechtstreeks verbonden moeten zijn met de ontvangst van dividend⁶⁹.

94. Société Générale is een handelaar in financiële instrumenten, met name derivaten. De transacties in deze waardepapieren worden uitgevoerd in Frankrijk, waar de winsten uit deze handelstransacties worden belast. De band met het grondgebied van het Koninkrijk der Nederlanden is dat Société Générale, doordat zij aandelen houdt in Nederlandse vennootschappen, die zij heeft verworven om de risico's van deze waardepapieren en transacties af te dekken, dividend ontvangt waarover aan de bron een Nederlandse belasting tegen een tarief van 15 % wordt ingehouden.

63 — Zie punt 3.4.3.2 van het verwijzingsarrest in zaak C-17/14.

64 — Onder verwijzing naar het arrest Commissie/Finland (C-342/10, EU:C:2012:688) op dat punt begint de verwijzende rechter door de onderhavige casus tegenover het arrest Schröder (C-450/09, EU:C:2011:198, punt 40) te stellen op grond dat „*portfoliodividenden te onderscheiden [zijn] van inkomsten uit werkzaamheden, zodat verdedigbaar is dat, anders dan met betrekking tot uitgaven zoals beroepskosten, zelfs kosten die rechtstreeks aan de dividenden toerekenbaar zijn niet in aanmerking hoeven te worden genomen bij de beoordeling of sprake is van een (indirecte) discriminatie*” (cursivering van mij).

65 — De uitdrukking „zoals” in deze beslissing toont volgens mij aan dat het Hof de strekking van zijn analyse niet heeft willen beperken tot het bijzondere geval van de beroepskosten, anders dan de verwijzende rechter in de onderhavige zaak kennelijk meent (zie de vorige voetnoot van deze conclusie).

66 — Zie met name arresten Schröder (C-450/09, EU:C:2011:198, punten 40 e.v.) en Grünewald (C-559/13, EU:C:2015:109, punten 29 en 30).

67 — Ibidem. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Schröder (C-450/09, EU:C:2010:761, punt 60). Volgens hem moet een uitgave „worden beschouwd als rechtstreeks met deze inkomsten verbonden kosten wanneer het belastbare feit ervan de activiteit is waardoor deze inkomsten konden worden verworven, en niet de persoonlijke situatie van de belastingplichtige”.

68 — Zie arrest Commissie/Finland (C-342/10, EU:C:2012:688, punten 37 e.v.), waarin is geoordeeld dat een lidstaat, door een belastingregeling vast te stellen en te handhaven waarbij enkel ingezeten pensioenfondsen het recht hebben ontvangen dividenden die zij aan een voorziening toevoegen om aan hun pensioenverplichtingen te voldoen, als aftrekbare uitgaven te behandelen, zijn verplichtingen die voortvloeien uit artikel 63 VWEU niet nakomt.

69 — Arrest Commissie/Duitsland (C-600/10, EU:C:2012:737, punten 20, 22 en 24).

95. In het geval van een aandeelhoudende vennootschap die in Nederland is gevestigd, dragen beide bovengenoemde inkomstenbronnen tegelijkertijd bij aan de belastbare winst in die lidstaat. Het is dus niet nodig een strikt onderscheid te maken tussen de kosten die rechtstreeks verband houden met de ontvangst van dividend en de kosten verbonden met de transacties als geheel. In een grensoverschrijdende situatie zoals die van Société Générale daarentegen moet de hypothetische binnenlandse situatie worden gevonden die objectief vergelijkbaar is.

96. In dat verband merk ik op, met de advocaat-generaal bij de Hoge Raad in zijn conclusie in het hoofdgeding, dat Société Générale enkel voor het bedrag van de ontvangen dividenden in de heffingsjurisdictie van het Koninkrijk der Nederlanden wordt betrokken en niet voor enig ander onderdeel van haar winst of enig ander effect van haar nering.⁷⁰ Volgens mij kan de situatie van belanghebbende enkel voor deze dividenden met die van een ingezetene worden vergeleken en niet voor andere activiteiten die economisch verband houden met het houden van aandelen, die niet onder deze heffingsjurisdictie vallen.

97. Volgens mij moet het nettobedrag van de dividenden worden bepaald, dat als enige relevant is voor een geldige vergelijking, rekening houdend met de financieringskosten van het tijdelijk houden van aandelen en met de transactie- en aanhoudingskosten van deze aandelen, voor zover een ingezeten aandeelhouder deze kan aftrekken van het brutodividend, zonder de winsten uit de aan- en verkoop van de betrokken aandelen in aanmerking te nemen.

98. In het licht van deze elementen is het aan de aangezochte rechter in het hoofdgeding om vast te stellen, krachtens de nationale belastingregeling⁷¹, of kosten als waarop Société Générale zich beroept, kunnen worden beschouwd als kosten die rechtstreeks verband houden – en niet enkel economisch – met het houden van de aandelen die de litigieuze dividenden hebben opgeleverd en of deze kosten daadwerkelijk in aanmerking zouden zijn genomen bij de toepassing van de Wet Vpb 1969 in verband met de belasting op dividenden uitgekeerd aan een ingezeten vennootschap.

D – Neutralisatie van de gevolgen van het verschil in fiscale behandeling krachtens een verdrag met een andere lidstaat ter voorkoming van dubbele belasting (derde vraag in de zaken C-14/14 en C-17/14)

1. Voorwerp van de derde prejudiciële vraag

99. De derde vraag in de zaken C-14/14 en C-17/14 is voorwaardelijk gesteld. De verwijzende rechter legt deze enkel voor aan het Hof ingeval de eerste vraag in deze zaken bevestigend wordt beantwoord⁷², hetgeen volgens mij het geval zou moeten zijn.

100. In wezen ondervraagt deze rechterlijke instantie het Hof over de impact die een verdrag tussen de lidstaat waar de dividenden worden ontvangen („bronstaat”) en de lidstaat waar de benadeelde aandeelhouder woonplaats heeft („woonstaat”) met het oog op het voorkomen van juridische internationale dubbele belasting kan hebben dankzij een verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen deze twee staten. Meer bepaald vraagt zij onder welke omstandigheden kan worden aangenomen dat een dergelijk verdrag het mogelijke verschil in fiscale behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen en de mogelijke onverenigbaarheid van dit verschil met het recht van de Unie afdoende tegengaat.

70 — Zie de punten 7.2 e.v. van deze conclusie, die aan het verwijzingsarrest in zaak C-17/14 is gehecht.

71 — Zo heeft het Hof in het arrest Commissie/Finland (C-342/10, EU:C:2012:688, punt 42) overwogen dat een rechtstreeks verband tussen uitgave en belastbaar inkomen voortvloeide uit de techniek van gelijkstelling die de Finse wetgever had gekozen.

72 — De hypothese van de verwijzende rechter houdt concreet in dat de vergelijking tussen de fiscale situatie van een niet-ingezetene en van een ingezetene die beiden dividenden hebben ontvangen waarover in Nederland belasting wordt geheven, zich moet uitstrekken tot de uiteindelijke belasting – inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting – waarop de dividendbelasting voor ingezetenen stelselmatig in mindering kan worden gebracht, om vast te stellen of een niet-ingezetene door de nationale regeling daadwerkelijk wordt benadeeld.

101. Ondanks dat de aldus geformuleerde problematiek gemeenschappelijk is aan de derde vraag in de zaken C-14/14 en C-17/14, verschillen de relevante gegevens om de vraag te beantwoorden deels, omdat de bepalingen van de verdragen die van toepassing zijn in de twee hoofdgedingen, tussen het Koninkrijk der Nederlanden en respectievelijk het Koninkrijk België en de Franse Republiek, verschillen. Bovendien bestaat de vraag in de zaak C-17/14 in werkelijkheid uit twee onderdelen, zoals blijkt uit de structuur ervan.

2. Rechtspraak

102. Zoals de verwijzende rechter vooraf opmerkt, blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat een eventuele onverenigbaarheid tussen de fiscale wetgeving van een lidstaat en het recht van de Unie niet kan worden gecorrigeerd door de enkele toepassing van bepalingen die een andere lidstaat eenzijdig heeft vastgesteld.⁷³ Inzonderheid de aantasting van het vrije verkeer van kapitaal veroorzaakt door het feit dat de bronstaat een ingezeten belastingplichtige gunstiger behandelt dan een niet-ingezeten belastingplichtige kan niet rechtsgeldig worden gecompenseerd door de enkele omstandigheid dat de andere lidstaat waar deze belastingplichtige woont, interne maatregelen heeft getroffen die hem een voordeel verlenen.⁷⁴

103. Het Hof heeft herhaalde malen erkend dat niet valt uit te sluiten dat een lidstaat erin slaagt de eerbiediging van zijn uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen te verzekeren door met een andere lidstaat een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting te sluiten⁷⁵, mits de negatieve gevolgen van het uit de wettelijke regeling van de eerste lidstaat voortvloeiende verschil in behandeling door de uitvoering van de bepalingen ervan, voor zover zij deel uitmaken van het rechtskader dat in het hoofdgeding van toepassing is⁷⁶, volledig worden gecompenseerd.

104. Volgens de rechtspraak *verdwijnt het verschil in behandeling* tussen dividenden die worden uitgekeerd aan in andere lidstaten gevestigde belastingplichtigen, en dividenden die worden uitgekeerd aan ingezeten belastingplichtigen, *pas wanneer de bronbelasting in afdoende mate kan worden verrekend* met de in de andere lidstaat geheven belasting, dat wil zeggen *ten belope van dit verschil in behandeling*. Om die neutralisatie te verwezenlijken moet de toepassing van een aftrekmethode of verrekeningsmethode waarin in een dergelijk verdrag is voorzien, het dus mogelijk maken om de door de bronstaat geheven dividendbelasting volledig in mindering te brengen op of te verrekenen met de belasting die verschuldigd is in de woonstaat van de dividendontvangende aandeelhouder.⁷⁷

105. Ik onderstreep dat internationale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting gewoonlijk bepalen dat de woonstaat een „ordinary credit” en niet een „full credit” voor de in de bronstaat verschuldigde belasting verleent.⁷⁸ Aangezien dergelijke verdragen bepalen dat het bedrag van die belasting dat kan worden afgetrokken van of verrekend met de in de woonstaat verschuldigde belasting, niet hoger kan zijn dan de belasting die in die staat zou moeten worden voldaan,

73 — Volgens het arrest Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655, punt 78) kan een lidstaat „zich niet beroepen op het bestaan van een *voordeel dat unilateraal wordt verleend door een andere lidstaat*, teneinde te ontsnappen aan de ingevolge het Verdrag op hem rustende verplichtingen” (cursivering van mij).

74 — Zie naar analogie arrest Arens-Sikken (C-43/07, EU:C:2008:490, punten 66 en 67).

75 — Arrest Commissie/Duitsland (C-284/09, EU:C:2011:670, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

76 — Arrest Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, punt 51).

77 — Zie met name arresten Commissie/Spanje (C-487/08, EU:C:2010:310, punten 59 en 60), Commissie/Duitsland (C-284/09, EU:C:2011:670, punten 63 en 67) en Commissie/België (C-387/11, EU:C:2012:670, punt 55), en beschikking Tate & Lyle Investments (C-384/11, EU:C:2012:463, punt 37).

78 — Zoals de advocaat-generaal bij de Hoge Raad uiteenzet in zijn conclusie in het hoofdgeding van zaak C-17/14, impliceert de „ordinary credit” dat in de woonstaat niet meer wordt verrekend dan de woonstaat zelf over het dividend heft in zijn eindheffing, terwijl een „full credit” zou meebrengen dat de woonstaat, indien de woonstaatheffing lager is dan de bronstaatheffing, desondanks (dus uit andere belastingopbrengst) restitutie van resterende bronstaatheffing zou moeten verlenen, hetgeen niet toelaatbaar is (punt 6.10). Zie over deze twee varianten van de verrekening, naast de vrijstelling een van de methoden voor het neutraliseren van juridische dubbele belasting, de toelichting bij de artikelen 23A en 23B van het bovengenoemde (punten 1, 13 en 16) OESO-modelverdrag inzake dubbele belasting naar het inkomen en naar het vermogen.

neutraliseren zij niet stelselmatig alle verschillen in behandeling in de bronstaat die verboden belemmeringen van het vrije verkeer van kapitaal in het leven kunnen roepen. Mijns inziens is dat een van de lessen die uit de rechtspraak op de verschillende beroepen wegens niet-nakoming over deze problematiek kunnen worden getrokken.⁷⁹

106. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat sprake is van niet-nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 63 VWEU door een bronstaat als vast komt te staan dat een niet-ingezeten belastingplichtige in bepaalde gevallen minder gunstig wordt behandeld dan een ingezeten belastingplichtige. Niettemin dunkt me dat deze rechtspraak niet impliceert dat de bronstaat gehouden is het bedrag dat als gevolg van zijn discriminerende regeling te veel is betaald, terug te geven, indien de negatieve gevolgen van deze regeling door toepassing van een dergelijk belastingverdrag, dankzij een belastingkrediet of verrekening met de in de woonstaat geheven heffing in concreto al zijn geneutraliseerd.⁸⁰ In dat geval verplicht het recht van de Unie de betrokken lidstaten niet de verdeling van de heffingsbevoegdheid die zij onderling zijn overeengekomen, als gevolg van een discriminerende factor in de bronstaat buiten toepassing te laten. Anders zou het vereiste van volledige neutralisatie in de woonstaat die uit de rechtspraak van het Hof naar voren komt, volgens mij zinloos zijn.

3. Neutraliserend effect van een bilateraal verdrag als het Belgisch-Nederlandse verdrag (derde vraag in zaak C-14/14)

107. Artikel 23, lid 1, onder b), van het Belgisch-Nederlandse verdrag, dat in zaak C-14/14 van toepassing is, bepaalt dat indien een inwoner van België dividenden verkrijgt die niet van Belgische belasting zijn vrijgesteld, zoals X, de op die inkomsten aan de bron geheven Nederlandse belasting⁸¹ in mindering wordt gebracht van de Belgische belasting op die inkomsten „[o]nder voorbehoud van de bepalingen van de Belgische wetgeving betreffende de verrekening van in het buitenland betaalde belastingen met de Belgische belasting”.

108. Zoals het verwijzingsarrest aangeeft, blijkt uit de officiële toelichting bij dit verdrag⁸² dat deze formule verwijst naar de verrekeningsmethode die in de artikelen 285 en verder van het Belgische Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 is neergelegd. Deze artikelen staan toe dat een „forfaitaire gedeelte van buitenlandse belasting” wordt verrekend met de in België verschuldigde belasting maar, wat dividenden betreft, enkel als aan bepaalde limitatieve voorwaarden is voldaan.⁸³

79 — Zie arresten Commissie/Italië (C-540/07, EU:C:2009:717, punt 39), Commissie/Spanje (C-487/08, EU:C:2010:310, punt 64), Commissie/Duitsland (C-284/09, EU:C:2011:670, punt 70), Commissie/België (C-387/11, EU:C:2012:670, punt 57) en Commissie/Finland (C-342/10, EU:C:2012:688, punt 34).

80 — Zie in dat verband, a contrario, arrest Commissie/Duitsland (C-284/09, EU:C:2011:670, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak), waarin het Hof heeft opgemerkt dat het verschil in behandeling in casu *niet was geneutraliseerd* door de toepassing van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, *omdat*, wanneer „dividenden [in de woonstaat van de belastingplichtige] niet of niet zwaar genoeg [worden] belast, [...] de in [de bronstaat van de dividenden] geheven belasting of een gedeelte daarvan niet [kan] worden verrekend” (cursivering van mij).

81 — In overeenstemming met de uitzondering in artikel 10, lid 2, van dit verdrag.

82 — Zie de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting van de twee verdragsluitende staten die als bijlage is gevoegd bij zowel de memorie van toelichting bij het voorstel van de Nederlandse wet tot goedkeuring van het Belgisch-Nederlandse verdrag [de verwijzende rechter haalt hiervoor de kamerstukken aan (Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 259, nr. 3, blz. 54)] als de Belgische wet houdende instemming met dat verdrag (zie documenten van de Belgische Senaat, zitting 2001-2002, 2-1293/2, blz. 56).

83 — De verwijzende rechter benadrukt dat „[i]n rechtsoverweging 4.13 van de [bestreden] uitspraak van het Hof [...] besloten [ligt] het in cassatie niet bestreden oordeel dat in het geval van belanghebbende artikel 285 noch een van de daarna volgende bepalingen van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 recht geeft op verrekening met de Belgische belasting van in Nederland ter zake van de dividenden geheven belasting”.

109. Ter onderbouwing van de ontbrekende neutralisering in casu voert X aan dat de verrekening van de Nederlandse dividendbelasting met de Belgische personenbelasting onmogelijk is in omstandigheden als in het hoofdgeding, hetgeen niet is betwist.⁸⁴ Zij voert aan dat deze belasting op grond van de Belgische wet enkel als kosten van de heffingsgrondslag van deze inkomsten kan worden afgetrokken, waarna het aldus verkregen bedrag aan nettodividend naar een tarief van 25 % wordt belast⁸⁵, en dat een dergelijke aftrek geen compensatie is voor het discriminerende deel van de Nederlandse belasting.

110. De Nederlandse regering bepleit de tegenovergestelde stelling en betoogt dat het prima-facie-nadeel dat een niet in Nederland ingezeten belastingplichtige lijdt, rechtsgeldig wordt geneutraliseerd ingeval een dubbelbelastingverdrag voorziet in een geclausuleerde mogelijkheid van verrekening, zoals de kostenaftrek in de woonstaat van de belastingplichtige, en die mogelijkheid er in het concrete geval toe leidt dat de niet-ingezeten aandeelhouder volledig of zelfs meer dan volledig wordt gecompenseerd voor het geleden nadeel.⁸⁶

111. Ik meen dat het voor de volledige neutralisering van de gevolgen van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal in de bronstaat niet volstaat dat een dergelijk verdrag kan leiden, in voorkomend geval door middel van een verwijzing naar het interne recht van de woonstaat, tot een belastingkorting in die laatste staat die in feite slechts in bepaalde gevallen beschikbaar is. Zoals de verwijzende rechter vaststelt, voorziet „het [Belgisch-Nederlandse verdrag] niet [...] in een ongeclausuleerde ‚full credit‘, zodat volledige verrekening niet in alle gevallen is gewaarborgd”⁸⁷, wat meebrengt dat het nadeel geleden door belastingplichtigen die geen ingezetenen van Nederland zijn, niet onder alle omstandigheden wordt gecompenseerd.

112. In het voetspoor van de Commissie ben ik van mening dat een dergelijke configuratie niet voldoet aan de vereisten van het VWEU zoals zij in het verleden door het Hof zijn omschreven. Uit de rechtspraak blijkt namelijk dat het verschil in behandeling dat voortvloeit uit deze wettelijke regeling voor een geldige correctie ingevolge de dubbelbelastingverdragen *steeds* geneutraliseerd moet kunnen worden door de verrekening van de belasting betaald in de staat waarvan de fiscale regeling het vrije verkeer van kapitaal schaadt met de belasting verschuldigd in de andere verdragsluitende lidstaat.⁸⁸

113. Om te zorgen dat volledige compensatie van het discriminerende deel van de aan de bron geheven belasting dankzij een dergelijk verdrag juridisch gewaarborgd is, moet het verschil in behandeling ongeclausuleerd worden geneutraliseerd door middel van verrekening of aftrek die in alle gevallen toepasselijk is. Mijns inziens brengt de noodzaak om het ontmoedigende effect dat een nationale fiscale regeling kan hebben op het vrije verkeer van kapitaal tegen te gaan, noodzakelijkerwijs mee dat tevoren correctiemechanismen worden opgezet. Als langs verdragsweg weliswaar compensatie wordt verleend, maar zonder de zekerheid dat deze stelselmatig en dus steeds doeltreffend een gunstig corrigerend effect heeft, wordt de belemmering die door de wetgeving van een lidstaat kan ontstaan, niet rechtsgeldig tegengegaan. Het geconstateerde verschil in behandeling ten nadele van personen die in andere lidstaten zijn gevestigd, kan hen dan immers ontmoedigen om in die staat te investeren.

114. Hoewel het aan de nationale rechter staat te beoordelen of een eventueel discriminerend effect van een belasting geheven in de bronstaat volledig wordt geneutraliseerd door een compensatie die krachtens een bilateraal verdrag in de woonstaat wordt verleend, is dat volgens mij niet het geval in de situatie van een belastingplichtige die in België woont en dividendbelasting in Nederland heeft

84 — Zie de vorige voetnoot van deze conclusie.

85 — Volgens het verwijzingsarrest staat vast dat het *netto bedrag* van het dividend in België in aanmerking is genomen om de door X verschuldigde personenbelasting te berekenen, dat wil zeggen na aftrek van de Nederlandse dividendbelasting (zie ook punt 32 van deze conclusie).

86 — Volgens het verwijzingsarrest leidt „de aftrek van de Nederlandse dividendbelasting tegen het Belgische tarief van 25 percent [in het geval van X] tot een hogere belastingbesparing [in België] dan de [...] benadeling ter grootte van € 526,86”.

87 — Punt 4.1.3 van het verwijzingsarrest.

88 — Zie arrest Commissie/België (C-387/11, EU:C:2012:670, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

voldaan. Het Koninkrijk België verleent immers geen daadwerkelijke verrekening van deze Nederlandse belasting met de in België verschuldigde belasting, maar past een heffing toe op het nettobedrag van de ontvangen dividenden, dat wil zeggen het brutobedrag van deze dividenden verminderd met de in Nederland ingehouden dividendbelasting, en dat tegen een tarief van 25 %. In Nederland te veel betaalde belasting wordt dus slechts ten belope van 25 % geneutraliseerd, want de Nederlandse dividendbelasting wordt afgetrokken van de heffingsgrondslag in België en niet van de aldaar te betalen belasting. Een dergelijke methode leidt niet tot volledige neutralisatie, want „25 % (aftrek) is immers altijd lager dan 100 % (verrekening)”, zoals de advocaat-generaal bij de Hoge Raad heeft geconstateerd in zijn conclusie in het hoofdgeding.⁸⁹

115. Derhalve geef ik in overweging op de derde vraag in zaak C-14/14 te antwoorden dat het voor de inachtneming van zijn verplichtingen uit het VWEU door een lidstaat die aan de bron op discriminerende wijze een dividendbelasting heft, door de toepassing van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gesloten met de lidstaat waar de betrokken belastingplichtige woont, niet volstaat dat dit verdrag voorziet in een verlaging van de verschuldigde belasting in de woonstaat door verrekening van de bronbelasting die niet ongeclausuleerd is. Als de discriminerende gevolgen van de in de bronstaat toegepaste regeling daarentegen in het concrete geval dat aan de nationale rechter is voorgelegd, volledig worden gecorrigeerd door de verrekeningsmogelijkheid die uit hoofde van een bilateraal verdrag in de woonstaat van de betrokken belastingplichtige wordt geboden, hoeft in de bronstaat geen teruggaaf van het discriminerende deel van de bronbelasting te worden verleend.

4. Neutraliserend effect van een bilateraal verdrag als het Frans-Nederlandse verdrag (derde vraag in zaak C-17/14)

116. De derde vraag in zaak C-17/14 bestaat uit twee onderdelen. Het *eerste onderdeel* betreft, analoog aan zaak C-14/14, de vraag of, indien bij de vergelijking tussen de fiscale situatie van ingezetenen en van niet-ingezetenen rekening moet worden gehouden met de vennootschapsbelasting en blijkt dat een niet-ingezeten vennootschap een hogere belastingdruk draagt, het Frans-Nederlandse verdrag tot het vermijden van dubbele belasting een dergelijk verschil in behandeling kan neutraliseren.

117. Uit artikel 24, B, onder b), van dit verdrag vloeit voort dat voor dividenden uitgekeerd aan een ingezetene van Frankrijk die aan de Nederlandse belasting onderworpen zijn geweest⁹⁰ in die Staat een belastingkrediet wordt verleend. Het bedrag hiervan is gelijk aan deze belasting, maar mag het bedrag van de over de desbetreffende inkomsten in Frankrijk geheven belasting niet te boven gaan. Dit krediet wordt inzonderheid verrekend met de vennootschapsbelasting in de grondslag waarvan deze dividenden worden opgenomen.

118. Société Générale vordert restitutie van de door de Nederlandse belastingdienst geheven dividendbelasting, die weigerde op grond dat de vennootschap in Frankrijk krachtens artikel 24 profiteert van een belastingkrediet. Société Générale stelt dat het Nederlands recht het vrije verkeer van kapitaal belemmert en dat het Frans-Nederlandse verdrag daarvoor geen remedie biedt, want dat biedt geen voorafgaande garantie dat de Nederlandse dividendbelasting *steeds* recht geeft op verrekening in Frankrijk, zodat de belastingdruk voor een in die Staat gevestigde vennootschap in geen geval hoger is dan die op een vergelijkbare, in Nederland gevestigde vennootschap.⁹¹

89 — Zie de punten 1.5 en 7.10 van deze conclusie, die aan het verwijzingsarrest in zaak C-14/14 is gehecht.

90 — Overeenkomstig de bepalingen van artikel 10, lid 2, van dit verdrag.

91 — Ter terechtzitting heeft Société Générale aangevoerd dat de neutralisatie enkel reëel is wanneer een niet-ingezeten belegger op het moment waarop hij besluit een aandeel in een lidstaat te kopen, de zekerheid heeft dat hij zich ter zake van eventuele dividenden niet in een minder gunstige positie zal bevinden dan een ingezeten belegger.

119. In dat verband moet worden opgemerkt dat onbetwist is dat Société Générale de volledige Nederlandse dividendbelasting die in de jaren 2000 tot en met 2007 is ingehouden, heeft kunnen verrekenen met de Franse vennootschapsbelasting, maar dat de Nederlandse dividendbelasting die voor het jaar 2008 is geheven daarentegen niet met de Franse vennootschapsbelasting verrekend is kunnen worden wegens het verlies dat Société Générale in dat jaar in Frankrijk heeft geleden.

120. De verwijzende rechter vraagt zich af welk belang moet worden gehecht aan de omstandigheid dat het Frans-Nederlandse verdrag niet-ingezetenen niet in alle gevallen volledige verrekening garandeert, maar de betrokken belastingplichtige in casu niettemin, ten minste gedurende meerdere jaren, van deze mogelijkheid heeft geprofiteerd. Zoals ik hierboven⁹² heb aangegeven, vereist het recht van de Unie volgens mij niet dat een eventueel discriminerende heffing in de bronstaat onder dergelijke omstandigheden door die staat wordt gecorrigeerd ten gunste van de belanghebbende.

121. Zowel de Nederlandse als de Zweedse regering – die laatste subsidiair⁹³ – acht het voor rechtsgeldige neutralisering van een eventueel door een niet-ingezeten aandeelhouder geleden nadeel toereikend dat een dubbelbelastingverdrag voorziet in een mogelijkheid van verrekening in de vorm van een belastingkrediet, zelfs als deze mogelijkheid geclausuleerd is, en dat dit nadeel in het concrete geval volledig kan worden gecompenseerd in de woonstaat van die aandeelhouder.

122. In het licht van de aangehaalde rechtspraak⁹⁴ lijkt het me voor overeenstemming met artikel 63 VWEU noodzakelijk dat in het betrokken verdrag een ongeclausuleerde bepaling is opgenomen die volledige verrekening mogelijk maakt, zodat de belastingdruk in een lidstaat nooit hoger is voor een niet-ingezeten vennootschap dan voor een ingezeten vennootschap die zich in een vergelijkbare situatie bevindt. Een dergelijk verdrag zou moeten voorzien in verrekening die ongeacht de omstandigheden van het geval beschikbaar is.

123. Zoals de Commissie opmerkt, verleent artikel 24 van het Frans-Nederlandse verdrag weliswaar een onvoorwaardelijke verrekening, in die zin dat deze niet afhankelijk wordt gesteld van voorwaarden onder Frans intern recht⁹⁵, maar deze bepaling garandeert niet dat de in Nederland geheven dividendbelasting *in alle gevallen* met de in Frankrijk verschuldigde belasting kan worden verrekend *ten belope van het uit de Nederlandse wettelijke regeling voortvloeiende verschil in behandeling*, zoals vereist door de rechtspraak van het Hof⁹⁶. Indien op een niet in Nederland wonende aandeelhouder aldaar een dividendbelasting drukt, maar deze in Frankrijk aan een ontoereikende heffing is onderworpen, kan hij in Frankrijk immers niet profiteren van een belastingkrediet waarmee dat verschil kan worden gecorrigeerd, zodat het niet stelselmatig wordt geneutraliseerd. Toepassing van deze verdragsbepaling bewerkstelligt dus niet dat het Koninkrijk der Nederlanden zijn verplichtingen uit artikel 63 VWEU volledig kan nakomen.

124. Met het *tweede onderdeel* van zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of het, bij de beoordeling of de gevolgen van een eventuele beperking van het vrije verkeer van kapitaal op grond van een bilateraal verdrag toereikend worden geneutraliseerd, relevant is dat een tekort in de woonstaat kan worden voortgewenteld en de door de bronstaat geheven belasting in latere jaren kan worden verrekend, ingeval de compensatie van het nadeel van een niet-ingezetene voor het jaar van ontvangst van de dividenden tekortschiet. De Nederlandse regering stelt dat een dergelijke mogelijkheid hierbij inderdaad een relevant punt is.

92 — Zie punt 106 van deze conclusie.

93 — Primair stelt de Zweedse regering dat „de nadere regeling in een belastingverdrag van de wijze waarop de woonstaat de belastingheffing van de bronstaat in aanmerking neemt, [...] irrelevant [is] voor de beoordeling of de belasting door de bronstaat verenigbaar is met het Unierecht”.

94 — Zie inzonderheid de punten 103, 105 en 112 van deze conclusie.

95 — Anders dan artikel 23 van het Belgisch-Nederlandse verdrag.

96 — Zie met name arrest Commissie/Spanje (C-487/08, EU:C:2010:310, punten 59 en 64).

125. Mijns inziens volstaat het vast te stellen dat de mogelijkheid om de verrekening met de in Frankrijk verschuldigde belasting voort te wentelen naar een ander belastingjaar dan het jaar waarin een niet-ingezetene de Nederlandse dividendbelasting heeft voldaan, die door de verwijzende rechter wordt genoemd, in casu geenszins zeker is, afgaande op het verwijzingsarrest en de opmerkingen die bij het Hof zijn ingediend.⁹⁷ Bovenal bevat het hier toepasselijke verdrag geen enkele verplichting voor de Franse Republiek om een dergelijke mogelijkheid in te voeren. Met de Commissie meen ik hoe dan ook dat voor de beoordeling van het neutraliserende effect van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting enkel het resultaat telt dat op grond van dat verdrag door een niet-ingezetene kan worden bereikt wat betreft een al dan niet toereikende compensatie vergeleken met de voordelen die een ingezetene van de bronstaat in dezelfde situatie geniet.⁹⁸

126. Ik geef dus in overweging de derde vraag van de verwijzende rechter in de hierboven uitgewerkte zin ontkennend te beantwoorden.

V – Conclusie

127. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van de Hoge Raad der Nederlanden te beantwoorden als volgt:

„1) Eerste vraag in de zaken C-10/14, C-14/14 en C-17/14

Voor de toepassing van artikel 63 VWEU dient de vergelijking van de fiscale behandeling van een niet-ingezetene en een ingezetene zich, in de situatie waarin op dividend uitgekeerd door vennootschappen in een lidstaat door die lidstaat aan de bron dividendbelasting is ingehouden, mede uit te strekken tot de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting die op door ingezetenen gehouden aandelen drukt en waarvoor de dividendbelasting een voorheffing is.

2) Tweede vraag in de zaken C-10/14 en C-14/14

Bij de beoordeling of de effectieve belastingdruk voor een niet-ingezeten natuurlijke persoon hoger is dan de belastingdruk voor een ingezeten natuurlijke persoon dient een vergelijking te worden gemaakt van de ten laste van de niet-ingezetene ingehouden Nederlandse dividendbelasting met de door een ingezetene verschuldigde Nederlandse inkomstenbelasting berekend over het forfaitaire inkomen dat in het jaar van ontvangst van de dividenden kan worden toegerekend aan het totale bezit aan aandelen in Nederlandse vennootschappen. Bij deze vergelijking dient ook het voor ingezetenen geldende heffingvrije vermogen in aanmerking te worden genomen.

3) Tweede vraag in zaak C-17/14

Bij de beoordeling of de effectieve belastingdruk voor een niet-ingezeten vennootschap hoger is dan voor een ingezeten vennootschap moet rekening worden gehouden met de kosten die rechtstreeks verband houden met het houden van de aandelen waardoor dividenden zijn verworven die aan de bron zijn belast, voor zover deze kosten in aanmerking worden genomen bij de belasting van deze dividenden uitgekeerd aan een ingezeten vennootschap in het kader

97 — Inzonderheid wijst het verwijzingsarrest erop dat „in feitelijke instanties [...] niet [is] onderzocht of belanghebbendes verrekeningsrecht voor het jaar 2008 in Frankrijk is voortgewenteld en kon worden benut” (punt 3.4.5.2). De Nederlandse regering wijst erop dat het „in deze zaak niet feitelijk vast[staat] of het recht op verrekening voor het jaar 2008 is voortgewenteld naar een later jaar waarin het alsnog is benut”.

98 — In dat verband merkt de Commissie terecht op dat een in Nederland wonende aandeelhouder, anders dan een niet-ingezeten aandeelhouder, een volledig belastingkrediet kan genieten, waarbij in een verliessituatie de bronheffing wordt terugbetaald, zonder daarvoor te hoeven wachten tot het ogenblik – per definitie onzeker – dat hij weer winstgevend is.

van de toepassing van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, in de versie die van kracht was ten tijde van de feiten van het hoofdgeding van zaak C-17/14, hetgeen aan de nationale rechter ter beoordeling staat.

4) Derde vraag in zaak C-14/14

Bij de beoordeling of mogelijk discriminerende belastingheffing in de bronstaat van de inkomsten rechtsgeldig wordt geneutraliseerd door de toepassing van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gesloten met de lidstaat waar de betrokken belastingplichtige woont, volstaat niet dat dit verdrag voorziet in een verlaging van de verschuldigde belasting in de woonstaat door verrekening van de bronbelasting die niet in alle gevallen is gegarandeerd ten belope van het verschil in behandeling. Als de discriminerende gevolgen van de in de bronstaat toegepaste regeling daarentegen in het concrete geval in de woonstaat volledig worden gecorrigeerd door verrekening of een belastingkrediet uit hoofde van een dergelijk bilateraal verdrag, hoeft in de bronstaat geen teruggaaf van het discriminerende deel van de bronbelasting te worden verleend.

5) Derde vraag in zaak C-17/14

Bij de beoordeling of mogelijk discriminerende belastingheffing in de bronstaat van de inkomsten rechtsgeldig wordt geneutraliseerd door de toepassing van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gesloten met de lidstaat waar de betrokken belastingplichtige woont, volstaat niet dat dit verdrag voorziet in verrekening van een belastingkrediet gelijk aan de bronbelasting die echter niet in alle gevallen is gegarandeerd ten belope van het verschil in behandeling wanneer is bepaald dat het in de woonstaat verleende belastingkrediet niet hoger mag zijn dan de aldaar verschuldigde belasting.”