



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

17 mei 2017*

„Prejudiciële verwijzing — Vrijheid van vestiging — Moeder-dochterrichtlijn — Belastingwetgeving — Belasting over de winst van vennootschappen — Uitkering van dividenden — Bronbelasting — Dubbele belastingheffing — „Fairness tax””

In zaak C-68/15,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Grondwettelijk Hof (België) bij beslissing van 28 januari 2015, ingekomen bij het Hof op 13 februari 2015, in de procedure

X

tegen

Ministerraad,

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: R. Silva de Lapuerta, kamerpresident, E. Regan, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev en C. G. Fernlund (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 22 juni 2016,

gelet op de opmerkingen van:

- X, vertegenwoordigd door T. Engelen, L. Ketels en P. Renier, advocaten,
- de Belgische regering, vertegenwoordigd door J.-C. Halleux, D. Delvaux, M. Jacobs en C. Pochet als gemachtigden,
- de Franse regering, vertegenwoordigd door D. Colas, J.-S. Pilczer en S. Ghiandoni als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door W. Roels en C. Soulay als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 17 november 2016,

* Procestaal: Nederlands.

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 49 VWEU en van artikel 4, lid 3, en artikel 5 van richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 2011, L 345, blz. 8; hierna: „moeder-dochterrichtlijn”).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen X en de Ministerraad (België), betreffende een beroep tot vernietiging van de nationaalrechtelijke bepalingen houdende instelling van een „fairness tax”, te weten een van de vennootschapsbelasting en de belasting van niet-inwoners onderscheiden belasting die zowel ingezetenen als niet-ingezetenen vennootschappen moeten betalen wanneer zij dividenden uitkeren die niet in hun uiteindelijke fiscale resultaat zijn opgenomen omdat zij gebruikmaken van bepaalde belastingvoordelen waarin de nationale belastingregeling voorziet.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 3 Volgens overweging 3 van de moeder-dochterrichtlijn strekt deze richtlijn ertoe dividenden en andere winstuitkeringen van dochterondernemingen aan hun moedermaatschappijen vrij te stellen van bronbelasting en dubbele belasting over die inkomsten op het niveau van de moedermaatschappij uit te sluiten.
- 4 De overwegingen 7 en 9 van deze richtlijn luiden:

„(7) Wanneer een moedermaatschappij als deelgerechtigde van haar dochteronderneming uitgekeerde winst ontvangt, moet de lidstaat van de moedermaatschappij zich onthouden van het belasten van deze winst, of die winst wel belasten, maar de moedermaatschappij dan toestaan het gedeelte van de belasting van de dochteronderneming dat op deze winst betrekking heeft, van haar eigen belasting af te trekken.

[...]

(9) De betaling van uitkeringen van winst aan, en de ontvangst ervan door een vaste inrichting van een moedermaatschappij moet op dezelfde wijze worden behandeld als betalingen tussen een dochteronderneming en een moedermaatschappij. [...]”
- 5 In artikel 4, leden 1 en 3, van deze richtlijn wordt bepaald:

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

 - a) ofwel zich onthouden van het belasten van deze winst;
 - b) ofwel de winst belasten, maar in dat geval de moedermaatschappij en de vaste inrichting toestaan van de verschuldigde belasting af te trekken het gedeelte van de belasting dat betrekking heeft op die winst en betaald is door de dochteronderneming en enigerlei kleindochteronderneming, op

voorwaarde dat bij iedere schakel een vennootschap en haar kleindochteronderneming onder de in artikel 2 vastgestelde definities vallen en aan de in de artikel 3 gestelde eisen voldoen, tot het bedrag van de overeenstemmende verschuldigde belasting.

[...]

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

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

6 Artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn luidt:

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

Belgisch recht

7 Bij de wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen (*Belgisch Staatsblad*, 1 augustus 2013) is het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 gewijzigd (hierna: „WIB 92”). Hoofdstuk 15 van deze wet van 30 juli 2013 bevat een afdeling 2, waarvan de eerste onderafdeling het opschrift „Fairness Tax” draagt. Deze onderafdeling omvat de artikelen 43 tot en met 51 van die wet, waarbij de artikelen 198, 207, 218, 219 ter, 233, 246, 275 en 463 bis WIB 92 worden gewijzigd.

8 Artikel 198, § 1, 1°, WIB 92 luidt:

„Als beroepskosten worden niet aangemerkt:

1° de vennootschapsbelasting, met inbegrip van de ingevolge artikel 219 bis tot 219 quater verschuldigde afzonderlijke aanslagen, de in mindering van de vennootschapsbelasting gestorte sommen, en de roerende voorheffing die de schuldenaar van het inkomen met miskennis van artikel 261 tot ontlasting van de verkrijger heeft gedragen, doch met uitzondering van de ingevolge artikel 219 verschuldigde afzonderlijke aanslag”.

9 Artikel 207, tweede lid, van dit wetboek bepaalt:

„Geen van deze aftrekken noch compensatie met het verlies van het belastbare tijdperk mag worden verricht op het gedeelte van het resultaat dat voortkomt van abnormale of goedgunstige voordelen vermeld in artikel 79, noch op verkregen financiële voordelen of voordelen van alle aard vermeld in artikel 53, 24°, noch op de grondslag van de bijzondere afzonderlijke aanslag op niet-verantwoorde kosten of voordelen van alle aard ingevolge artikel 219, noch op het gedeelte van de winst dat bestemd is voor de uitgaven bedoeld in artikel 198, § 1, 9° en 12°, noch op het gedeelte van de winst uit de niet-naleving van artikel 194 quater, § 2, vierde lid, en de toepassing van artikel 194 quater, § 4, noch op de meerwaarden bedoeld in artikel 217, 3°, noch op de dividenden als bedoeld in artikel 219 ter.”

10 Artikel 218, eerste lid, WIB 92 luidt als volgt:

„De belasting berekend overeenkomstig de artikelen 215 tot 217 en de afzonderlijke aanslag bedoeld in artikel 219 ter worden eventueel vermeerderd zoals vermeld in de artikelen 157 tot 168, ingeval geen of ontoereikende voorafbetalingen zijn gedaan.

In afwijking van de artikelen 160 en 165, vinden de beperking van de vermeerdering tot 90 pct en de verhoging van de berekeningsgrondslag tot 106 pct van de Rijksbelasting evenwel geen toepassing.”

11 Artikel 219 ter van hetzelfde wetboek luidt:

„§ 1. Voor het belastbare tijdperk waarvoor dividenden worden uitgekeerd in de zin van artikel 18, eerste lid, 1° tot 2° bis, wordt een afzonderlijke aanslag gevestigd die berekend wordt overeenkomstig de bepalingen van de hierna volgende paragrafen.

Deze afzonderlijke aanslag staat los van, en komt in voorkomend geval bovenop de andere aanslag of aanslagen die overeenkomstig andere bepalingen van dit Wetboek of in voorkomend geval in uitvoering van bijzondere wetsbepalingen verschuldigd zijn.

§ 2. De grondslag van deze afzonderlijke aanslag wordt gevormd door het positieve verschil tussen enerzijds de voor het belastbare tijdperk bruto uitgekeerde dividenden, en anderzijds het uiteindelijk fiscaal resultaat dat daadwerkelijk onderworpen wordt aan het tarief van de vennootschapsbelasting zoals bedoeld in de artikelen 215 en 216.

§ 3. De aldus vastgestelde belastbare grondslag wordt verminderd met het gedeelte van de uitgekeerde dividenden dat afkomstig is van voorheen, en uiterlijk voor het aanslagjaar 2014, belaste reserves. De opname van voorheen belaste reserves wordt voor de toepassing van deze vermindering bij voorrang aangerekend op de laatst aangelegde reserves.

Voor het aanslagjaar 2014 kunnen de voor datzelfde aanslagjaar uitgekeerde dividenden nooit geacht worden afkomstig te zijn van de voor datzelfde aanslagjaar belaste reserves.

§ 4. Het bekomen saldo wordt daarna beperkt overeenkomstig een percentage dat de verhouding uitdrukt tussen,

- enerzijds, in de teller, de voor het belastbare tijdperk werkelijk toegepaste aftrek van overgedragen verliezen en de voor hetzelfde belastbare tijdperk werkelijk toegepaste aftrek voor risicokapitaal, en,
- anderzijds, in de noemer, het fiscaal resultaat van het belastbaar tijdperk exclusief de vrijgestelde waardeverminderingen, voorzieningen en meerwaarden.

§ 5. De overeenkomstig de vorige paragrafen vastgestelde grondslag kan op geen enkele andere manier worden beperkt of verminderd.

§ 6. De afzonderlijke aanslag is gelijk aan 5 pct. van de aldus berekende grondslag.

§ 7. Vennootschappen die op grond van artikel 15 van het Wetboek van vennootschappen als kleine vennootschappen worden aangemerkt voor het aanslagjaar dat verbonden is aan het belastbare tijdperk waarvoor de dividenden worden uitgekeerd, zijn niet aan de voormelde aanslag onderworpen.”

12 Artikel 233, derde lid, WIB 92 bepaalt:

„Bovendien wordt een afzonderlijke aanslag gevestigd volgens de regels bepaald in artikel 219 ter. Wat de Belgische inrichtingen betreft, wordt voor de toepassing van deze regeling onder ‚uitgekeerde dividenden’ verstaan, het gedeelte van de bruto door de vennootschap uitgekeerde dividenden, dat verhoudingsgewijs overeenstemt met het positieve aandeel van het boekhoudkundig resultaat van de Belgische inrichting in het globaal boekhoudkundig resultaat van de vennootschap.”

13 Artikel 246, eerste lid, 3°, van hetzelfde wetboek luidt als volgt:

„onverminderd de toepassing van artikel 218, wordt de afzonderlijke aanslag vermeld in artikel 233, derde lid, berekend tegen 5 pct.”.

14 Artikel 463 bis, § 1, 1°, van het wetboek luidt:

„Als aanvullende crisisbijdrage worden uitsluitend in het voordeel van de Staat, 3 opcentiemen gevestigd:

1° op de vennootschapsbelasting, op de rechtspersonenbelasting voor rechtspersonen vermeld in artikel 220, 2° en 3°, en, voor de in artikel 227, 2° en 3°, beoogde belastingplichtigen met uitzondering van de vreemde Staten en hun staatkundige onderdelen en plaatselijke gemeenschappen, op de belasting van niet-inwoners met inbegrip van de afzonderlijke aanslagen vermeld in de artikelen 219 bis, 219 ter en 246, eerste lid, 2° en 3°; de aanvullende crisisbijdragen worden berekend op die belastingen vastgesteld:

- vóór verrekening van de voorafbetalingen vermeld in de artikelen 218, 226 en 246, eerste lid, 1°, en tweede lid, van de voorheffingen, van het forfaitair gedeelte van buitenlandse belasting en van het belastingkrediet vermeld in de artikelen 277 tot 296;
- vóór toepassing van de vermeerdering ingeval geen of ontoereikende voorafbetalingen als vermeld in het eerste streepje zijn gedaan”.

15 Artikel 275⁷, vierde lid, WIB 92 bepaalt:

„De Koning kan het in het derde lid bepaalde percentage bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, verhogen voor de in dit artikel bedoelde werkgevers die, hetzij als kleine vennootschappen worden aangemerkt op grond van artikel 15 van het Wetboek van vennootschappen, hetzij natuurlijke personen zijn die mutatis mutandis beantwoorden aan de criteria voorzien in dit artikel 15. De Koning zal bij de Wetgevende Kamers, onmiddellijk indien ze in zitting zijn, zo niet bij de opening van de eerstvolgende zitting, een ontwerp van wet indienen tot bekrachtiging van de ter uitvoering van dit lid genomen besluiten.”

16 Artikel 51 van de wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen luidt:

„De artikelen 43 tot 49 treden in werking met ingang van het aanslagjaar 2014.

Elke wijziging die vanaf 28 juni 2013 aangebracht werd of wordt aan de afsluitdatum van het boekjaar blijft zonder uitwerking voor de toepassing van de maatregelen in deze onderafdeling.

Artikel 50 is van toepassing op de bezoldigingen die worden betaald of toegekend vanaf 1 januari 2014.”

Hoofdeding en prejudiciële vragen

- 17 X heeft bij het Grondwettelijk Hof (België) een beroep tot vernietiging van de nationaalrechtelijke bepalingen houdende invoering van de „fairness tax” ingesteld.
- 18 De verwijzende rechter zet uiteen dat de „fairness tax” een van de vennootschapsbelasting en de belasting van niet-inwoners onderscheiden heffing is, die wordt geregeld door de artikelen 43 tot en met 51 van de wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen. Zij is van toepassing indien in hetzelfde belastbare tijdperk dividenden worden uitgekeerd en het fiscale resultaat van de onderneming geheel of gedeeltelijk wordt verminderd doordat gebruikgemaakt wordt van de verschillende aftrekmogelijkheden waarin de nationale belastingregeling voorziet.
- 19 X betoogt in het kader van haar beroep tot vernietiging van de genoemde artikelen 43 tot en met 51 ten eerste dat de „fairness tax” een beperking van de vrijheid van vestiging vormt, in die zin dat zij de mogelijkheid voor niet-ingezeten vennootschappen beperkt om vrij te kiezen onder welke rechtsvorm zij hun economische activiteiten in België uitoefenen.
- 20 Een niet-ingezeten vennootschap die in België een economische activiteit verricht door middel van een dochteronderneming, is volgens haar immers slechts indirect aan de „fairness tax” onderworpen indien deze dochteronderneming uit haar winst een dividend uitkeert aan haar niet-ingezeten moedermaatschappij, en dit ongeacht of deze laatste ook zelf een dividend uitkeert.
- 21 Wanneer een niet-ingezeten vennootschap daarentegen in België een economische activiteit verricht door middel van een vaste inrichting, is zij aan de „fairness tax” onderworpen wanneer zij zelf dividenden uitkeert, ongeacht of de winst van de vaste inrichting naar die vennootschap is gevloeid dan wel werd gereserveerd of geherinvesteerd in België. In dat geval is het mogelijk dat de betrokken vennootschap, enkel omdat zij een vaste inrichting in België bezit, ook belasting moet betalen over winst die zij buiten België heeft gerealiseerd.
- 22 Voorts levert de „fairness tax” volgens X ook een op nationaliteit gebaseerde discriminatie op tussen enerzijds niet-ingezeten vennootschappen die in België een economische activiteit verrichten door middel van een vaste inrichting, en anderzijds ingezeten vennootschappen, aangezien niet-ingezeten vennootschappen ook aan deze belasting kunnen worden onderworpen indien de volledige winst van hun Belgische vaste inrichting werd gereserveerd of geherinvesteerd in België, terwijl dit niet het geval is bij ingezeten vennootschappen die hun volledige winst in die lidstaat reserveren of herinvesteren.
- 23 De Ministerraad is van mening dat het aangevoerde verschil in behandeling voortvloeit uit de specifieke kenmerken van een vaste inrichting, die namelijk – anders dan een dochteronderneming – zelf geen dividenden kan uitkeren.
- 24 Wat het gestelde verschil in behandeling betreft tussen enerzijds niet-ingezeten vennootschappen die in België een economische activiteit verrichten door middel van een vaste inrichting, en anderzijds ingezeten vennootschappen, merkt de Ministerraad op dat de betrokken wettelijke regeling – ter voorkoming van discriminatie – bepaalt dat een fictief dividend moet worden berekend met het oog op de vaststelling van de belastbare grondslag van de „fairness tax” van de niet-ingezeten vennootschap. Deze regeling roept dus geen verschil in behandeling in het leven, maar is aangepast aan de omstandigheden.
- 25 X voert ten tweede aan dat de „fairness tax” moet worden aangemerkt als een bronbelasting, aangezien zij wordt geheven over de winst die de dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitkeert, en dat zij derhalve in strijd is met artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn, volgens hetwelk de door een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitgekeerde winst moet worden vrijgesteld van bronbelasting.

- 26 De Ministerraad stelt zich op het standpunt dat de „fairness tax” geen verdoken bronbelasting is maar een afzonderlijke heffing die wordt berekend op basis van de uitgekeerde dividenden die zich niet in het belastbare resultaat van de dochteronderneming bevinden omdat gebruikgemaakt is van de aftrek voor risicokapitaal en/of van vroegere verliezen.
- 27 Ten derde betoogt X dat de regeling van de „fairness tax” ertoe kan leiden dat binnen de werkingssfeer van de moeder-dochterrichtlijn vallende winst voor méér dan 5 % – het in artikel 4, lid 3, van die richtlijn bepaalde plafond – wordt onderworpen aan belastingheffing.
- 28 Zij voert aan dat de vrijstelling van 95 % van de winst enkel geldt indien de ontvangen winst onmiddellijk in het desbetreffende jaar wordt uitgekeerd. Indien deze winst echter in een later jaar wordt uitgekeerd, wordt een groter deel dan 5 % ervan onderworpen aan de „fairness tax”, aangezien de proportionaliteitsfactor enkel rekening houdt met de winst van het desbetreffende jaar en de daarop toegepaste aftrek voor risicokapitaal en/of van overgedragen verliezen in dat jaar.
- 29 Volgens de Ministerraad is het een beleidskeuze van de moedermaatschappij om al dan niet winst uit te keren. Voor eenzelfde moedermaatschappij verschilt de „fairness tax” dus van belastingjaar tot belastingjaar, naargelang van het bedrag aan uitgekeerde dividenden, de vraag of gebruikgemaakt is van een aftrek voor risicokapitaal, en de omvang van het fiscale resultaat. De regeling heeft dus niet tot gevolg dat een groter deel dan 5 % van de dividenden aan de belasting wordt onderworpen.
- 30 In deze omstandigheden heeft het Grondwettelijk Hof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
- „1) Moet artikel 49 [VWEU] aldus worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen een nationale regeling waarbij:
- a) vennootschappen gevestigd in een andere lidstaat met een Belgische vaste inrichting, onderworpen zijn aan een belasting wanneer zij beslissen tot een uitkering van winsten die niet in het uiteindelijk belastbaar resultaat van de vennootschap zijn opgenomen, ongeacht of er winst van de Belgische vaste inrichting naar het hoofdhuis is gevloeid, terwijl vennootschappen gevestigd in een andere lidstaat met een Belgische dochteronderneming niet onderworpen zijn aan een dergelijke belasting wanneer zij beslissen tot een uitkering van winsten die niet in het uiteindelijk belastbaar resultaat van de vennootschap zijn opgenomen, ongeacht of de dochteronderneming al dan niet een dividend heeft uitgekeerd;
 - b) vennootschappen gevestigd in een andere lidstaat met een Belgische vaste inrichting, bij een volledige reservering van de Belgische winst, onderworpen zijn aan een belasting wanneer zij beslissen tot een uitkering van winsten die niet in het uiteindelijk belastbaar resultaat van de vennootschap zijn opgenomen, terwijl Belgische vennootschappen bij een volledige reservering van de winst niet aan een dergelijke belasting zijn onderworpen?
- 2) Moet artikel 5[...] van de [moeder-dochterrichtlijn] aldus worden geïnterpreteerd dat er sprake is van een bronbelasting wanneer een bepaling van nationaal recht voorschrijft dat bij een winstuitkering van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij een belasting wordt opgelegd doordat in hetzelfde belastbare tijdperk dividenden worden uitgekeerd en het fiscale resultaat geheel of gedeeltelijk wordt verminderd met de aftrek voor risicokapitaal en/of overgedragen fiscale verliezen, terwijl de winst op basis van de nationale wetgeving niet belastbaar zou zijn wanneer zij bij de dochteronderneming bleef en niet aan de moedermaatschappij werd uitgekeerd?
- 3) Moet artikel 4, lid 3, van de [moeder-dochterrichtlijn] aldus worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen een nationale regeling waarbij een belasting wordt geheven op de uitkering van dividenden, indien die regeling tot gevolg heeft dat indien een vennootschap een ontvangen dividend in een later jaar uitkeert dan het jaar waarin ze het zelf heeft ontvangen, ze belast wordt

op een deel van het dividend dat de drempel bepaald in het vermelde artikel 4, lid 3, van de richtlijn overschrijdt, terwijl dat niet het geval is wanneer die vennootschap een dividend opnieuw uitkeert in het jaar waarin ze het ontvangt?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

- 31 Om te beginnen zij opgemerkt dat de verwijzende rechter met zijn vragen wenst te vernemen of een belastingregeling van een lidstaat als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die van toepassing is in een situatie waarin een vennootschap – ongeacht of het gaat om een ingezeten vennootschap, met inbegrip van de ingezeten dochteronderneming van een niet-ingezeten vennootschap, dan wel om een niet-ingezeten vennootschap die in die lidstaat actief is door middel van een vaste inrichting – door gebruik te maken van bepaalde belastingvoordelen waarin de belastingwetgeving van die lidstaat voorziet, een winstbedrag uitkeert dat hoger is dan haar uiteindelijke fiscale resultaat in die lidstaat, verenigbaar is met het Unierecht.
- 32 Uit het bij het Hof ingediende dossier blijkt dat de litigieuze belastingregeling tot doel heeft om belasting te heffen over de onder de fiscale bevoegdheid van de betrokken lidstaat vallende inkomsten die – doordat gebruikgemaakt is van de voornoemde belastingvoordelen – zijn uitgekeerd zonder dat daarover in die lidstaat vennootschapsbelasting (wat ingezeten vennootschappen betreft) of belasting van niet-inwoners (wat niet-ingezeten vennootschappen betreft) is betaald.
- 33 Tevens blijkt uit dat dossier dat bij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingregeling een van de vennootschapsbelasting en de belasting van niet-inwoners onderscheiden heffing met een tarief van 5,15 % is ingevoerd. De grondslag van deze heffing wordt gevormd door het positieve verschil tussen enerzijds de voor het belastbare tijdvak uitgekeerde brutodividenden en anderzijds het uiteindelijke fiscale resultaat dat daadwerkelijk onderworpen is aan het gewone tarief van de vennootschapsbelasting. De aldus vastgestelde belastbare grondslag wordt verminderd met het gedeelte van de uitgekeerde dividenden dat afkomstig is van voorheen – en uiterlijk voor het aanslagjaar 2014 – belaste reserves. Het verkregen saldo wordt daarna beperkt door toepassing van een coëfficiënt die in de vorm van een breukgetal de verhouding uitdrukt tussen – in de teller – de voor het belastbare tijdperk toegepaste aftrek voor risicokapitaal en/of van overgedragen verliezen, en – in de noemer – het fiscale resultaat van het belastbare tijdperk.
- 34 Met het oog op de berekening van de belastbare grondslag van niet-ingezeten vennootschappen voorziet diezelfde belastingregeling in de bepaling van een „fictief dividend”. In dat geval wordt onder „uitgekeerde dividenden” het gedeelte van de door de niet-ingezeten vennootschap uitgekeerde dividenden verstaan dat overeenkomt met het positieve aandeel van het boekhoudkundige resultaat van de Belgische vaste inrichting in het totale boekhoudkundige resultaat van deze vennootschap.

Eerste vraag

- 35 Met het oog op het onderzoek van deze vraag, zoals deze is gesteld, zij vooraf eraan herinnerd dat de zetel van een vennootschap – net als de nationaliteit van een natuurlijke persoon – dient om haar binding aan de rechtsorde van een staat te bepalen (zie onder meer arresten van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk, 270/83, EU:C:1986:37, punt 18, en 14 december 2000, AMID, C-141/99, EU:C:2000:696, punt 20).
- 36 Hieruit volgt dat het bij de toepassing van een nationale belastingregeling als die van het hoofdgeding op enerzijds een ingezeten dochteronderneming van een niet-ingezeten vennootschap en anderzijds een ingezeten vaste inrichting van een dergelijke vennootschap gaat om de fiscale behandeling van een ingezeten respectievelijk niet-ingezeten vennootschap.

- 37 In casu staat evenwel vast dat de litigieuze Belgische belastingregeling ingezeten vennootschappen – met inbegrip van ingezeten dochterondernemingen van niet-ingezeten vennootschappen – op dezelfde manier behandelt als niet-ingezeten vennootschappen. Al deze vennootschappen zijn immers aan de „fairness tax” onderworpen wanneer zij dividenden uitkeren in de omstandigheden die in de punten 31 en 32 hierboven zijn omschreven.
- 38 Bijgevolg moet de gestelde vraag in die zin worden opgevat dat de verwijzende rechter hiermee wenst te vernemen of de vrijheid van vestiging aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een belastingregeling van een lidstaat als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, volgens welke zowel niet-ingezeten vennootschappen die in die lidstaat een economische activiteit verrichten door middel van een vaste inrichting, als ingezeten vennootschappen – met inbegrip van ingezeten dochterondernemingen van niet-ingezeten vennootschappen – onderworpen zijn aan een belasting als de „fairness tax” wanneer zij dividenden uitkeren die niet in hun uiteindelijke fiscale resultaat zijn opgenomen omdat zij hebben gebruikgemaakt van bepaalde belastingvoordelen waarin de nationale belastingwetgeving voorziet.
- 39 De door artikel 49 VWEU aan de onderdanen van de Europese Unie toegekende vrijheid van vestiging omvat voor hen de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het bestuur van ondernemingen onder dezelfde voorwaarden als in de wetgeving van de lidstaat van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld. Overeenkomstig artikel 54 VWEU brengt zij voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, het recht mee om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap (arrest van 17 juli 2014, *Nordea Bank Danmark*, C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 40 Wat de behandeling in de lidstaat van ontvangst betreft, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat artikel 49, eerste alinea, tweede volzin, VWEU aan de marktdeelnemers uitdrukkelijk de mogelijkheid biedt om vrijelijk de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat past, en dat die vrije keuze dus niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen (beschikking van 4 juni 2009, *KBC Bank en Beleggen, Risicokapitaal, Beheer*, C-439/07 en C-499/07, EU:C:2009:339, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 41 Met betrekking tot de fiscale bepalingen volgt uit de rechtspraak van het Hof dat elke lidstaat zelf zijn eigen fiscale stelsel inzake de belasting van winsten mag inrichten, voor zover hij daarbij het Unierecht in acht neemt en voor zover deze winsten onder de fiscale bevoegdheid van de betrokken lidstaat vallen. De lidstaat van ontvangst kan dus vrijelijk het belastbare feit, de belastbare grondslag en het belastingtarief vaststellen die van toepassing zijn op de verschillende vestigingsvormen van de vennootschappen die actief zijn in die lidstaat, op voorwaarde dat hij niet-ingezeten vennootschappen niet discrimineert ten opzichte van vergelijkbare nationale vestigingen (zie in die zin arresten van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, punt 47, en 26 juni 2008, *Burda*, C-284/06, EU:C:2008:365, punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 42 Van discriminatie kan slechts sprake zijn indien verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of dezelfde regels op verschillende situaties (arresten van 14 februari 1995, *Schumacker*, C-279/93, EU:C:1995:31, punt 30, en 1 december 2011, *Commissie/Hongarije*, C-253/09, EU:C:2011:795, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 43 In casu staat vast dat een niet-ingezeten vennootschap die in België een economische activiteit verricht door middel van een vaste inrichting, en een ingezeten vennootschap, daaronder begrepen een dochteronderneming van een niet-ingezeten vennootschap, in beginsel dezelfde fiscale behandeling genieten, aangezien zij beide onderworpen zijn aan de „fairness tax” wanneer zij dividenden uitkeren die – omdat zij hebben gebruikgemaakt van bepaalde belastingvoordelen waarin de nationale belastingregeling voorziet – niet in hun uiteindelijke belastbare resultaat zijn opgenomen.

- 44 Voor zover uit het aan het Hof overgelegde dossier blijkt dat een niet-ingezeten vennootschap die in België een economische activiteit verricht door middel van een vaste inrichting – anders dan een ingezeten vennootschap, waarvan het wereldwijde inkomen onderworpen is aan de vennootschapsbelasting – in die lidstaat slechts belasting verschuldigd is over de winst die deze vaste inrichting genereert, zou de situatie er evenwel anders kunnen uitzien – en zou de in casu aan de orde zijnde regeling dus een beperking van de vrijheid van vestiging kunnen vormen – indien de wijze waarop de belastbare grondslag van de „fairness tax” wordt vastgesteld de facto met zich meebrengt dat deze niet-ingezeten vennootschap ongunstiger wordt behandeld dan een ingezeten vennootschap.
- 45 Volgens de Belgische regering bepaalt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingregeling dat bij dergelijke niet-ingezeten vennootschappen een fictief dividend wordt berekend met het oog op de vaststelling van de belastbare grondslag van de „fairness tax”, zodat in deze regeling rekening wordt gehouden met dit verschil in berekeningswijze van de belastbare grondslag. Daardoor wordt volgens haar discriminatie voorkomen.
- 46 X en de Europese Commissie stellen zich daarentegen op het standpunt dat de gehanteerde berekeningswijze ertoe kan leiden dat niet-ingezeten vennootschappen zwaarder worden belast. In dit verband voert X aan dat deze berekeningswijze in bepaalde situaties tot gevolg heeft dat die niet-ingezeten vennootschappen ook „fairness tax” moeten betalen over niet door Belgische vaste inrichtingen gegenereerde winsten. Voorts wijst de Commissie erop dat ingezeten vennootschappen, daaronder begrepen ingezeten dochterondernemingen van niet-ingezeten vennootschappen, slechts aan de „fairness tax” onderworpen zijn wanneer zij daadwerkelijk dividenden uitkeren, terwijl niet-ingezeten vennootschappen die in de betrokken lidstaat een economische activiteit verrichten door middel van een vaste inrichting, aan deze belasting zijn onderworpen wanneer zij dividenden uitkeren, ook al maken de winsten van deze vaste inrichting geen deel uit van de door deze niet-ingezeten vennootschap uitgekeerde dividenden.
- 47 In casu staat het aan de verwijzende rechter, die bij uitsluiting bevoegd is om het nationale recht uit te leggen, om – rekening houdend met alle elementen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingregeling en met de nationale belastingwetgeving in haar geheel – na te gaan of de berekeningswijze van de belastbare grondslag ervoor zorgt dat niet-ingezeten vennootschappen die in België actief zijn door middel van een vaste inrichting, in geen enkele situatie fiscaal minder gunstig worden behandeld dan ingezeten vennootschappen (zie in die zin arrest van 17 september 2015, *Miljoen e.a.*, C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, punt 48).
- 48 In het kader van dat onderzoek zal de verwijzende rechter er rekening mee moeten houden dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling tot doel heeft om onder de Belgische fiscale bevoegdheid vallende winsten te belasten die zijn uitgekeerd maar ten aanzien waarvan België zijn fiscale bevoegdheid niet heeft uitgeoefend omdat gebruikgemaakt is van bepaalde belastingvoordelen waarin de nationale belastingwetgeving voorziet. Wanneer de berekeningswijze van de belastbare grondslag van een niet-ingezeten vennootschap ertoe leidt dat deze vennootschap de belasting ook dient te betalen ter zake van winst die niet onder de fiscale bevoegdheid van die lidstaat valt, wordt die niet-ingezeten vennootschap dus ongunstiger behandeld dan een ingezeten vennootschap.
- 49 Indien uit dit onderzoek blijkt dat sprake is van een dergelijke behandeling, moet worden aangenomen dat een belastingregeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, een beperking van de vrijheid van vestiging oplevert.
- 50 Een dergelijke beperking kan enkel worden aanvaard indien zij betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn of indien zij wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang (zie arrest van 17 juli 2014, *Nordea Bank Danmark*, C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 51 In herinnering zij gebracht dat bij het onderzoek of een grensoverschrijdende situatie vergelijkbaar is met een interne situatie, rekening moet worden gehouden met de doelstelling van de betrokken nationale belastingregeling (zie in die zin arresten van 8 november 2012, Commissie/Finland, C-342/10, EU:C:2012:688, punt 36, en 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, punt 48).
- 52 In het licht van een belastingregeling van de lidstaat van ontvangst die beoogt te voorkomen dat de in deze staat gemaakte winsten worden uitgekeerd terwijl de belastingplichtige er geen belastingen over heeft betaald omdat hij heeft gebruikgemaakt van bepaalde belastingvoordelen waarin de nationale belastingwetgeving voorziet, is de situatie van een niet-ingezeten belastingplichtige die in deze lidstaat een economische activiteit verricht door middel van een vaste inrichting, vergelijkbaar met die van een ingezeten belastingplichtige. In beide gevallen heeft die belastingregeling immers tot doel de betrokken lidstaat in staat te stellen zijn heffingsbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot de winsten die onder zijn fiscale bevoegdheid vallen (zie in die zin arresten van 14 november 2006, Kerckhaert en Morres, C-513/04, EU:C:2006:713, punt 19, en 3 september 2014, Commissie/Spanje, C-127/12, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2130, punten 77 en 78).
- 53 In het licht van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling is de situatie van een niet-ingezeten vennootschap die in België een economische activiteit verricht door middel van een vaste inrichting, dus vergelijkbaar met die van een ingezeten vennootschap, daaronder begrepen een ingezeten dochteronderneming van een niet-ingezeten vennootschap.
- 54 De beperking kan dus enkel worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. In dat geval moet de beperking bovendien geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en mag zij niet verder gaan dan nodig is voor de verwezenlijking van dat doel (arrest van 17 juli 2014, Nordea Bank Danmark, C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 55 De Belgische regering heeft betoogd dat een eventuele beperking van de in het geding zijnde vrijheid wordt gerechtvaardigd door twee redenen van algemeen belang, te weten de doelstelling een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te garanderen en de doelstelling misbruik te bestrijden.
- 56 In dit verband hoeft enkel te worden geconstateerd dat deze twee doelstellingen weliswaar dwingende redenen van algemeen belang vormen die een beperking van de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden van verkeer kunnen rechtvaardigen (zie arrest van 5 juli 2012, SIAT, C-318/10, EU:C:2012:415, punten 36 en 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak), maar dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling niet geschikt is om de verwezenlijking van die doelstellingen te garanderen, zodat zij – in een geval als dat van het hoofdgeding – een eventuele beperking van de vrijheid van vestiging niet kunnen rechtvaardigen.
- 57 In de eerste plaats strekt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingregeling er immers toe belasting te heffen over de onder de Belgische fiscale bevoegdheid vallende winsten die zijn uitgekeerd zonder door die lidstaat te zijn belast, zodat zij geenszins beoogt de heffingsbevoegdheid tussen het Koninkrijk België en een andere lidstaat te verdelen.
- 58 In de tweede plaats heeft zij tot doel de effecten te beperken van de toepassing van de belastingvoordelen waarin de nationale belastingregeling voorziet, zodat zij er op zich niet toe strekt misbruik te vermijden.
- 59 Voorts kan een eventuele beperking van de vrijheid van vestiging evenmin worden gerechtvaardigd met het argument dat de litigieuze regeling in bepaalde situaties tot gevolg kan hebben dat een niet-ingezeten vennootschap die in België een economische activiteit verricht door middel van een vaste inrichting, fiscaal gunstiger wordt behandeld dan een ingezeten vennootschap.

- 60 De omstandigheid dat een nationale belastingregeling niet-ingezetenen vennootschappen benadeelt, kan immers niet worden gecompenseerd door het feit dat zij in andere situaties kan leiden tot een gunstige behandeling van dergelijke vennootschappen (zie in die zin arrest van 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, punten 38 en 39).
- 61 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat de vrijheid van vestiging aldus moet worden uitgelegd dat zij zich niet verzet tegen een belastingregeling van een lidstaat als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, volgens welke zowel niet-ingezetenen vennootschappen die in die lidstaat een economische activiteit verrichten door middel van een vaste inrichting, als ingezetenen vennootschappen – daaronder begrepen ingezetenen dochterondernemingen van niet-ingezetenen vennootschappen – aan een belasting als de „fairness tax” onderworpen zijn wanneer zij dividenden uitkeren die niet in hun uiteindelijke belastbare resultaat zijn opgenomen omdat zij hebben gebruikgemaakt van bepaalde belastingvoordelen waarin de nationale belastingwetgeving voorziet. Dit geldt evenwel enkel indien de wijze waarop de belastbare grondslag van deze belasting wordt bepaald in de praktijk niet tot gevolg heeft dat niet-ingezetenen vennootschappen ongunstiger worden behandeld dan ingezetenen vennootschappen. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of dit het geval is.

Tweede vraag

- 62 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een belastingregeling van een lidstaat als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij een belasting als de „fairness tax” wordt ingevoerd waaraan zowel niet-ingezetenen vennootschappen die in die lidstaat een economische activiteit verrichten door middel van een vaste inrichting, als ingezetenen vennootschappen – daaronder begrepen ingezetenen dochterondernemingen van niet-ingezetenen vennootschappen – onderworpen zijn wanneer zij dividenden uitkeren die niet in hun uiteindelijke belastbare resultaat zijn opgenomen omdat zij hebben gebruikgemaakt van bepaalde belastingvoordelen waarin de nationale belastingwetgeving voorziet.
- 63 Uit vaste rechtspraak van het Hof vloeit voort dat een belasting slechts als een bronbelasting in de zin van artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn kan worden aangemerkt indien aan drie cumulatieve criteria is voldaan. Ten eerste moet de belasting worden ingehouden in de staat waar de dividenden worden uitgekeerd en moet het belastbare feit ervan bestaan in de uitkering van dividenden of van elke andere opbrengst van de waardepapieren, ten tweede moet de grondslag van de belasting de opbrengst van de waardepapieren zijn, en ten derde moet de belastingplichtige de houder van die waardepapieren zijn (zie naar analogie arrest van 24 juni 2010, P. Ferrero e C. en General Beverage Europe, C-338/08 en C-339/08, EU:C:2010:364, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 64 Met partijen in het hoofdgeding moet worden vastgesteld dat een belasting als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde „fairness tax” aan de eerste twee voorwaarden voldoet. Het belastbare feit van deze belasting is immers de uitkering van dividenden en de grondslag ervan wordt berekend op basis van het uitgekeerde bedrag.
- 65 Aan de derde voorwaarde is echter niet voldaan. De belastingplichtige van een belasting als de „fairness tax” is immers niet de houder van de waardepapieren, maar de uitkerende vennootschap.
- 66 Aan die conclusie wordt niet afgedaan door het betoog van X en de Commissie dat in casu voorrang moet worden gegeven aan een benadering die gebaseerd is op economische beoordelingen. In dit verband kan er mee worden volstaan in herinnering te brengen dat het Hof een dergelijke benadering reeds van de hand heeft gewezen in het arrest van 26 juni 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, punten 58-62).

- 67 Aangezien niet voldaan is aan de derde voorwaarde om te kunnen spreken van een bronbelasting in de zin van artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn, kan een belasting als die welke in het hoofdgeding aan de orde is geen bronbelasting vormen in de zin van die bepaling.
- 68 Derhalve moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een belastingregeling van een lidstaat als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij een belasting als de „fairness tax” wordt ingevoerd waaraan zowel niet-ingezetene vennootschappen die in die lidstaat een economische activiteit verrichten door middel van een vaste inrichting, als ingezetene vennootschappen – daaronder begrepen ingezetene dochterondernemingen van niet-ingezetene vennootschappen – onderworpen zijn wanneer zij dividenden uitkeren die niet in hun uiteindelijke belastbare resultaat zijn opgenomen omdat zij hebben gebruikgemaakt van bepaalde belastingvoordelen waarin de nationale belastingwetgeving voorziet.

Derde vraag

- 69 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 4, lid 1, onder a), van de moeder-dochterrichtlijn, gelezen in samenhang met lid 3 van dat artikel, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale belastingregeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, voor zover deze regeling in een geval waarin een moedermaatschappij de van haar dochteronderneming ontvangen winsten pas uitkeert na het jaar waarin zij deze heeft ontvangen, tot gevolg heeft dat die winsten voor een groter gedeelte worden belast dan het in die bepaling vastgestelde plafond van 5 %.
- 70 Uit overweging 3 van de moeder-dochterrichtlijn blijkt dat deze richtlijn dubbele belasting over winstuitkeringen door dochterondernemingen aan hun moedermaatschappijen op het niveau van de moedermaatschappij beoogt uit te sluiten.
- 71 Daartoe laat artikel 4, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn de lidstaten de keuze tussen twee stelsels, te weten een stelsel van vrijstelling en een stelsel van verrekening (zie in die zin arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, punt 44). Overeenkomstig de overwegingen 7 en 9 van die richtlijn preciseert die bepaling immers dat wanneer een moedermaatschappij of haar vaste inrichting op grond van de deelgerechtigdheid van de moedermaatschappij in haar dochteronderneming uitgekeerde winst ontvangt buiten het geval waarin de dochteronderneming wordt geliquideerd, de lidstaat van de moedermaatschappij en de lidstaat van haar vaste inrichting zich ofwel moeten onthouden van het belasten van die winst, ofwel de winst moeten belasten maar in dat geval de moedermaatschappij en de vaste inrichting de mogelijkheid moeten bieden om van de verschuldigde belasting het gedeelte van de belasting af te trekken dat betrekking heeft op die winst en betaald is door de dochteronderneming of enigerlei kleindochteronderneming.
- 72 Artikel 4, lid 3, van de moeder-dochterrichtlijn bepaalt evenwel dat iedere lidstaat bevoegd blijft om te bepalen dat lasten die betrekking hebben op de deelneming en waardeverminderingen die voortvloeien uit de uitkering van de winst van de dochteronderneming, niet kunnen worden afgetrokken van de belastbare winst van de moedermaatschappij. Nog volgens die bepaling mogen de aan de deelneming verbonden beheerskosten, indien zij in het bedoelde geval forfaitair worden vastgesteld, niet meer dan 5 % van de door de dochteronderneming uitgekeerde winst bedragen.
- 73 Artikel 4 van de moeder-dochterrichtlijn beoogt dus te vermijden dat de winsten die aan een ingezetene moedermaatschappij worden uitgekeerd door een niet-ingezetene dochteronderneming, eerst worden belast op het niveau van de dochteronderneming in haar vestigingsstaat en daarna nog eens op het niveau van de moedermaatschappij in de vestigingsstaat van deze laatste.

- 74 In casu volgt uit de verwijzingsbeslissing dat het Koninkrijk België bij de uitvoering van de moeder-dochterrichtlijn heeft gekozen voor het vrijstellingsstelsel. Bovendien heeft deze lidstaat gebruikgemaakt van de in artikel 4, lid 3, van deze richtlijn geboden mogelijkheid. De winsten van niet-ingezeten dochterondernemingen van Belgische moedermaatschappijen worden dus ten belope van 95 % vrijgesteld.
- 75 Voorts staat vast dat de „fairness tax” in het geval waarin een niet-ingezeten dochteronderneming aan een ingezeten moedermaatschappij winst heeft uitgekeerd die pas na het jaar van de ontvangst daarvan door die moedermaatschappij wordt uitgekeerd, tot gevolg heeft dat deze winst voor een groter gedeelte dan het in artikel 4, lid 3, vastgestelde plafond van 5 % wordt belast, en dus aanleiding geeft tot een dubbele belasting over die winst.
- 76 Vervolgens rijst de vraag of een dergelijke dubbele heffing in strijd is met de moeder-dochterrichtlijn.
- 77 De Belgische en de Franse regering stellen zich op het standpunt dat een dooruitdeling van winst door een moedermaatschappij aan haar aandeelhouders niet binnen de werkingssfeer van artikel 4, lid 1, onder a), van de moeder-dochterrichtlijn valt. Deze bepaling is volgens hen immers enkel van toepassing wanneer een moedermaatschappij winsten ontvangt die door haar dochteronderneming zijn uitgekeerd.
- 78 Een dergelijke uitlegging, die niet voortvloeit uit de bewoordingen van die bepaling, noch uit de context of de doelstellingen ervan, kan niet worden aanvaard.
- 79 In de eerste plaats houdt artikel 4, lid 1, onder a), van de moeder-dochterrichtlijn, dat voorschrijft dat de lidstaat van de moedermaatschappij en de lidstaat van de vaste inrichting „zich onthouden van het belasten van deze winst”, voor de lidstaten een verbod in om de winst die een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitkeert, te belasten bij de moedermaatschappij of haar vaste inrichting, zonder evenwel een onderscheid te maken naargelang het belastbare feit van de aan de moedermaatschappij opgelegde belasting de ontvangst van die winst dan wel de uitkering ervan is.
- 80 In de tweede plaats beoogt de moeder-dochterrichtlijn, zoals in de punten 70 en 71 hierboven reeds is vermeld, dubbele belasting over winst die door een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij is uitgekeerd, op het niveau van de moedermaatschappij uit te sluiten. Indien de lidstaat van de moedermaatschappij die winst op het niveau van deze maatschappij evenwel belast bij dooruitdeling en deze belastingheffing de facto tot gevolg heeft dat die winst wordt belast voor een groter gedeelte dan 5 % – het in artikel 4, lid 3, van die richtlijn vastgestelde plafond – vindt op het niveau van de moedermaatschappij een door de richtlijn verboden dubbele belastingheffing plaats.
- 81 Zoals de advocaat-generaal in punt 54 van haar conclusie in wezen heeft opgemerkt, wordt aan deze vaststelling niet afgedaan door punt 105 van het arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774), aangezien het Hof zich in dat punt enkel heeft uitgesproken over de verenigbaarheid met de moeder-dochterrichtlijn van bepaalde regels voor de berekening van het bedrag van de voorheffing op de vennootschapsbelasting in geval van dooruitdeling door een ingezeten moedermaatschappij van dividenden die zij van een niet-ingezeten dochteronderneming heeft ontvangen, en niet over de verenigbaarheid met die richtlijn van de heffing van deze belasting in een dergelijk geval.
- 82 Bijgevolg moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 4, lid 1, onder a), van de moeder-dochterrichtlijn, gelezen in samenhang met lid 3 van dat artikel, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale belastingregeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, voor zover deze regeling in een geval waarin een moedermaatschappij de van haar dochteronderneming ontvangen winsten pas uitkeert na het jaar waarin zij deze heeft ontvangen, tot gevolg heeft dat die winsten voor een groter gedeelte worden belast dan het in die bepaling vastgestelde plafond van 5 %.

Kosten

⁸³ Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart voor recht:

- 1) De vrijheid van vestiging moet aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzet tegen een belastingregeling van een lidstaat als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, volgens welke zowel niet-ingezetene vennootschappen die in die lidstaat een economische activiteit verrichten door middel van een vaste inrichting, als ingezetene vennootschappen – daaronder begrepen ingezetene dochterondernemingen van niet-ingezetene vennootschappen – aan een belasting als de „fairness tax” onderworpen zijn wanneer zij dividenden uitkeren die niet in hun uiteindelijke belastbare resultaat zijn opgenomen omdat zij hebben gebruikgemaakt van bepaalde belastingvoordelen waarin de nationale belastingwetgeving voorziet. Dit geldt evenwel enkel indien de wijze waarop de belastbare grondslag van deze belasting wordt bepaald in de praktijk niet tot gevolg heeft dat niet-ingezetene vennootschappen ongunstiger worden behandeld dan ingezetene vennootschappen. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of dit het geval is.
- 2) Artikel 5 van richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een belastingregeling van een lidstaat als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij een belasting als de „fairness tax” wordt ingevoerd waaraan zowel niet-ingezetene vennootschappen die in die lidstaat een economische activiteit verrichten door middel van een vaste inrichting, als ingezetene vennootschappen – daaronder begrepen ingezetene dochterondernemingen van niet-ingezetene vennootschappen – onderworpen zijn wanneer zij dividenden uitkeren die niet in hun uiteindelijke belastbare resultaat zijn opgenomen omdat zij hebben gebruikgemaakt van bepaalde belastingvoordelen waarin de nationale belastingwetgeving voorziet.
- 3) Artikel 4, lid 1, onder a), van richtlijn 2011/96, gelezen in samenhang met lid 3 van dat artikel, moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale belastingregeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, voor zover deze regeling in een geval waarin een moedermaatschappij de van haar dochteronderneming ontvangen winsten pas uitkeert na het jaar waarin zij deze heeft ontvangen, tot gevolg heeft dat die winsten voor een groter gedeelte worden belast dan het in die bepaling vastgestelde plafond van 5 %.

Silva de Lapuerta

Regan

Bonichot

Arabadjiev

Fernlund

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 17 mei 2017.

De griffier
A. Calot Escobar

De president van de Eerste kamer
R. Silva de Lapuerta