



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
G. HOGAN
van 28 november 2019¹

Zaak C-565/18

Société Générale S.A.
tegen
Agenzia delle Entrate – Direzione Regionale Lombardia Ufficio Contenzioso

[verzoek van de Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia (belastingrechter in tweede aanleg Lombardije, Italië)
om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Vrij verkeer van kapitaal – Belasting op financiële transacties – Aandelen of andere financiële instrumenten die zijn uitgegeven door in Italië gevestigde ondernemingen”

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing heeft voornamelijk betrekking op de uitlegging van artikel 63 VWEU, maar stelt ook de fundamentele vraag aan de orde of de vier fundamentele vrijheden van de interne markt (vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal) het recht van een lidstaat beperken om een belasting over bepaalde transacties te heffen op basis van andere criteria dan standaardcriteria, zoals territorialiteit. Het geschil heeft de volgende achtergrond.
2. Het verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Société Générale S.A. en de Agenzia delle Entrate – Direzione Regionale Lombardia (belastingdienst – regionale directie Lombardije, Italië) (hierna: „belastingdienst”) in verband met een vordering tot teruggaaf van de door Société Générale betaalde belasting op financiële transacties met afgeleide financiële instrumenten.
3. Meer bepaald gaat de belangrijkste vraag in deze zaak over de te verrichten toets teneinde te bepalen of deze fundamentele vrijheden al dan niet in de weg staan aan de vaststelling van een belasting die verschuldigd is over alle transacties met afgeleide financiële instrumenten waarvan de onderliggende waarden een of meer financiële instrumenten naar Italiaans recht zijn, ongeacht de plaats van de transactie en de staat waar de contractpartijen woonplaats hebben.

¹ Oorspronkelijke taal: Engels.

I. Nationaal recht

4. Artikel 1 van Legge n. 228 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2013) [wet nr. 228 houdende bepalingen tot opstelling van de jaar- en meerjarenbegroting van de staat (stabiliteitswet 2013)] van 24 december 2012 (GURI nr. 302 van 29 december 2012, gewoon supplement nr. 212, blz. 1) (hierna: „wet nr. 228/2012”), bepaalt in de leden 491, 492, 494 en 495 het volgende:

„491. De overdracht van de eigendom van aandelen en andere winstdelende financiële instrumenten, als bedoeld in artikel 2346, lid 6, van het Italiaans Burgerlijk Wetboek, die zijn uitgegeven door vennootschappen die hun woonplaats hebben op het grondgebied van de staat, evenals bewijzen van deelgerechtigdheid, ongeacht de staat waar de emittent zijn woonplaats heeft, is onderworpen aan een belasting op financiële transacties tegen het tarief van 0,2 procent van de transactiewaarde. De overdracht van de eigendom van aandelen als gevolg van de omzetting van obligaties is ook aan deze belasting onderworpen. [...] Onder de transactiewaarde wordt verstaan het nettosaldo van de dagelijkse transacties met hetzelfde financiële instrument die door één enkele entiteit op dezelfde werkdag worden afgesloten, ofwel de verkregen vergoeding. De belasting is verschuldigd ongeacht de plaats waar de transactie wordt afgesloten en de staat waar de contractpartijen woonplaats hebben. Het belastingtarief wordt gehalveerd voor overdrachten die plaatsvinden op gereguleerde markten en via multilaterale handelsfaciliteiten. Van de belasting zijn uitgesloten de uitgifte en intrekking van de bovengenoemde aandelen en financiële instrumenten, evenals de omzetting in nieuw uitgegeven aandelen en de transacties voor tijdelijke verkrijging van effecten als bedoeld in artikel 2, punt 10, van verordening (EG) nr. 1287/2006 van de Commissie van 10 augustus 2006. De belasting geldt evenmin voor overdrachten van de eigendom van op gereguleerde markten of via multilaterale handelsfaciliteiten verhandelde aandelen die zijn uitgegeven door vennootschappen wier gemiddelde marktkapitalisatie in november van het jaar voorafgaand aan het jaar waarin de eigendomsoverdracht plaatsvindt minder is dan 500 miljoen EUR.

492. Transacties met afgeleide financiële instrumenten als bedoeld in artikel 1, lid 3, van wetsbesluit nr. 58 van 24 februari 1998, zoals laatstelijk gewijzigd, die hoofdzakelijk een of meer van de in lid 491 genoemde financiële instrumenten als onderliggend instrument hebben, of waarvan de waarde hoofdzakelijk afhangt van een of meer van de in dat lid bedoelde financiële instrumenten, en effectentransacties als bedoeld in artikel 1, lid 1-bis, onder c) en d), van dat wetsbesluit, waardoor voornamelijk een of meer van de in lid 491 bedoelde financiële instrumenten kunnen worden gekocht of verkocht, of die een afwikkeling in contanten met zich brengen waarbij hoofdzakelijk wordt verwezen naar een of meer van de in het vorige lid bedoelde financiële instrumenten, waaronder warrants, gedekte warrants en certificaten, zijn, ten tijde van het afsluiten daarvan, onderworpen aan een vaste belasting die wordt bepaald aan de hand van het type instrument en de waarde van de overeenkomst overeenkomstig de bij deze wet gevoegde tabel 3. De belasting is verschuldigd ongeacht de plaats waar de transactie wordt afgesloten en de staat waar de contractpartijen woonplaats hebben. In het geval dat de in de eerste zin bedoelde transacties ook als afwikkelingsmethode voorzien in de overdracht van aandelen of andere winstdelende financiële instrumenten, is de eigendomsoverdracht van die financiële instrumenten, die ten tijde van de afwikkeling plaatsvindt, onderworpen aan belasting onder de voorwaarden en in de mate als bepaald in lid 491.

[...]

494. De in lid 491 bedoelde belasting is verschuldigd door de verkrijger; de in lid 492 bedoelde belasting is verschuldigd door ieder van de tegenpartijen bij de transacties in de aldaar bepaalde mate. De in de leden 491 en 492 bedoelde belasting is niet van toepassing op entiteiten die bemiddelen bij dezelfde transacties. In het geval van een overdracht van de eigendom van aandelen en financiële instrumenten als bedoeld in lid 491, en bij transacties in financiële instrumenten als bedoeld in lid 492, wordt de belasting betaald door banken, trustmaatschappijen en beleggingsinstellingen die een vergunning hebben om op professionele basis aan en voor het publiek beleggingsdiensten en

-activiteiten te verrichten [...] en door andere entiteiten die betrokken zijn bij de uitvoering van de bovengenoemde transacties, met inbegrip van niet-ingezeten tussenpersonen. Indien bij de uitvoering van de transactie meerdere van de in de derde zin genoemde entiteiten betrokken zijn, wordt de belasting betaald door de entiteit die de order rechtstreeks van de koper of van de uiteindelijke wederpartij ontvangt. In andere gevallen wordt de belasting door de belastingplichtige betaald. Niet-ingezeten tussenpersonen en andere entiteiten die bij de transactie betrokken zijn, mogen een fiscaal vertegenwoordiger benoemen [...] die onder dezelfde voorwaarden en met dezelfde verantwoordelijkheden als de niet-ingezeten entiteit verantwoordelijk is voor de verplichtingen in verband met de in de vorige leden bedoelde transacties. [...]

495. Op de Italiaanse financiële markt verrichte transacties zijn onderworpen aan een belasting op flitshandel in de financiële instrumenten waarin de leden 491 en 492 voorzien [...].”

5. Onderstaande tabel 3, als bedoeld in artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012, met het opschrift „Tabel: belasting over financiële transacties met financiële instrumenten (waarde in euro’s voor iedere tegenpartij)”, luidt als volgt:

Financieel instrument	Nationale waarde van het contract (× 1 000 EUR)							> 1 000
	0-2,5	2,5-5	5-10	10-50	50-100	100-500	500-1 000	
Futurescontracten, certificaten, gedekte warrants en optiecontracten op rendementen, maatstaven of indexen met betrekking tot aandelen	0,018-75	0,0375	0,075	0,375	0,75	3,75	7,5	15
Futurescontracten, warrants, certificaten, gedekte warrants en optiecontracten op aandelen	0,125	0,25	0,5	2,5	5	25	50	100
Swaps op aandelen en gerelateerde rendementen, indexen of maatstaven Termijncontracten op aandelen en gerelateerde rendementen, indexen of maatstaven Financiële contracten ter verrekening van verschillen in verband met de aandelen en de gerelateerde rendementen, indexen of maatstaven Alle andere effecten met afwikkeling in contanten bepaald op basis van de aandelen en de gerelateerde rendementen, indexen of maatstaven Combinaties van de bovengenoemde contracten of effecten	0,25	0,5	1	5	10	50	100	200

6. Artikel 2, lid 1, van het decreto del 21 febbraio 2013 del Ministro dell'Economia e delle Finanze (besluit van 21 februari 2013 van de minister van Economische Zaken en Financiën, GURI nr. 50 van 28 februari 2013) (hierna: „besluit van 21 februari 2013”), vastgesteld op grond van de leden 491 tot en met 499 van artikel 1 van wet nr. 228/2012, bepaalt het volgende:

„De in lid 491 bedoelde belasting is van toepassing op de overdracht van de eigendom van aandelen en winstdelende financiële instrumenten die zijn uitgegeven door vennootschappen die hun vestigingsplaats hebben op het grondgebied van de staat. Hiertoe wordt de vestigingsplaats bepaald op basis van de statutaire zetel. Voorts wordt de belasting geheven over de overdracht van de eigendom van de bewijzen van deelgerechtigdheid, ongeacht de woonplaats van de emittent van het certificaat en de plaats waar de overeenkomst is gesloten.”

II. Hoofddeding en prejudiciële vragen

7. Op 28 maart 2014 heeft het Italiaanse bijkantoor van Société Générale, een in Frankrijk gevestigde vennootschap, bij de Italiaanse belastingdienst een aangifte ingediend voor de belasting op financiële transacties die geregeld is in wet nr. 228/2012. Deze aangifte ten bedrage van 55 207 EUR heeft betrekking op in het belastingjaar 2013 door de Franse moederonderneming verrichte transacties met afgeleide financiële instrumenten als bedoeld in artikel 1, lid 492, van deze wet.

8. Op 1 augustus 2014 heeft Société Générale de belastingdienst verzocht om een teruggaaf van het in dit kader betaalde bedrag, waarbij zij heeft aangevoerd dat deze nationale regeling, voor zover deze voorziet in belastingheffing op financiële transacties met derivatencontracten waarbij de emittent van het aan het contract onderliggende effect woonplaats heeft in Italië, ongeacht de staat van de woonplaats van de financiëlemarktdeelnemers en van de tussenpersoon, niet alleen in strijd is met de Italiaanse grondwet, maar ook met het Unierecht, in het bijzonder met de artikelen 18, 56 en 63 VWEU.

9. Bij gebreke van een reactie van de belastingdienst heeft Société Générale op 28 januari 2015 bij de Commissione Tributaria provinciale di Milano (belastingrechter in eerste aanleg Milaan, Italië) op basis van deze gronden beroep ingesteld tegen het stilzwijgend besluit tot afwijzing van de teruggaaf. Bij beslissing van 18 mei 2016 heeft die rechter het beroep verworpen op grond dat de belasting op financiële transacties noch ongrondwettig noch in strijd met het Unierecht was.

10. Société Générale heeft bij de Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia (belastingrechter in tweede aanleg Lombardije, Italië) hoger beroep tegen deze beslissing ingesteld en op grond van hetzelfde argument verzocht om teruggaaf van de betaalde belasting en, subsidiair, om verwijzing van de zaak naar de Corte Costituzionale (grondwettelijk hof, Italië) of naar het Hof van Justitie voor een prejudiciële beslissing.

11. De verwijzende rechter merkt op dat met artikel 1, leden 491 tot en met 500, van wet nr. 228/2012 een belasting op financiële transacties is ingevoerd om te garanderen dat entiteiten die transacties verrichten met financiële instrumenten die een band met het Italiaanse grondgebied hebben, bijdragen aan de overheidsuitgaven. Anders dan verzoeker stelt met betrekking tot de Italiaanse grondwet, is de verwijzende rechter van oordeel dat er sprake is van een werkelijke en objectieve territoriale band tussen de in artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012 geregelde belasting en de Italiaanse rechtsorde, daar een handelaar in derivatencontracten profiteert van de waarde van die onderliggende waarden, die weer gebaseerd is op de Italiaanse rechtsorde.

12. Deze rechter vraagt zich echter af of artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012 in overeenstemming is met de beginselen van het Unierecht. Zoals Société Générale heeft opgemerkt, wordt immers geopperd dat artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012 om twee redenen in strijd zou zijn met de artikelen 18, 56 en 63 VWEU. Ten eerste worden ingezet en niet-ingezet belastingplichtigen door de bij deze

bepaling ingevoerde belasting gelijk behandeld, hetgeen discriminatie zou kunnen opleveren. Ten tweede zou deze belasting financiële bemiddelingsactiviteiten minder aantrekkelijk voor niet-ingezetenen vennootschappen maken, zowel vanwege de belastingheffing zelf als vanwege de administratieve en rapportagelasten die voortvloeien uit de invoering van deze belasting. Als gevolg van deze belasting zou voor deze producten de toegang tot de markt worden belemmerd doordat zowel het aanbod als de vraag wordt ontmoedigd.

13. Derhalve heeft de Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Staan de artikelen 18, 56 en 63 VWEU in de weg aan een nationale regeling die voorziet in de heffing van een belasting op financiële transacties, ongeacht de staat van woonplaats van de financiëlemarktdeelnemers en van de tussenpersoon, die door de bij de transactie betrokken partijen moet worden voldaan, bestaat in een vast bedrag dat stijgt naarmate de waarde van de transacties toeneemt en afhankelijk is van het type instrument dat wordt verhandeld en van de waarde van de overeenkomst, en verschuldigd is op grond van het feit dat de belastbare handelstransacties betrekking hebben op een derivaat dat is gebaseerd op een effect dat is uitgegeven door een vennootschap die is gevestigd in de staat die deze belasting heeft ingevoerd?”

III. Analyse

14. Voor zover de vraag van de verwijzende rechter betrekking heeft op meerdere bepalingen van het VWEU, is het allereerst noodzakelijk om vast te stellen welke bepalingen feitelijk relevant zijn.

A. Vaststelling van relevante bepalingen van het VWEU

15. Ten eerste heeft de nationale rechter verwezen naar zowel artikel 56 als artikel 63 van het VWEU.

16. Volgens artikel 56 VWEU „zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht”. Artikel 63, lid 1, VWEU bepaalt dat „alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden [zijn]”.

17. In de onderhavige zaak betwist verzoeker de geldigheid van de bij artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012 ingevoerde belasting op afgeleide financiële instrumenten waarvan de onderliggende waarden financiële instrumenten naar Italiaans recht zijn.

18. In dit verband moet worden opgemerkt dat afgeleide financiële instrumenten overeenkomsten zijn waarbij de partijen overeenstemming bereiken over toekomstige kasstromen op basis van de waarde van een onderliggende waarde.

19. Derivaten kunnen derhalve in de praktijk worden gebruikt voor het beheersen van economische of financiële risico's in verband met negatieve prijswijzigingen van de onderliggende waarde (functie van hedging) of voor beleggingsdoeleinden, door ofwel te speculeren op een prijswijziging van die onderliggende waarde (functie van speculatie) ofwel, indien er sprake is van een mismatch tussen de waarde van een onderliggende waarde en het betreffende derivaat, de tegengestelde positie te kopen (functie van arbitrage).²

² Het lijkt erop dat het toepassingsgebied van de belasting die in het hoofdgeding aan de orde is, niet beperkt is tot derivaten die aanleiding kunnen geven tot een overdracht van de eigendom van de onderliggende waarden. In tabel 3, als bedoeld in artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012, worden immers onder meer derivaten vermeld op basis van indexen waarvan de oorspronkelijkheid juist ligt in het feit dat de onderliggende waarden niet worden geleverd.

20. Tegen de achtergrond van deze mogelijk verschillende toepassingen van derivaten kan een nationale regeling die van toepassing is op afgeleide financiële instrumenten of voorziet in belastingheffing daarover, onder zowel artikel 56 als artikel 63 VWEU vallen.

21. Voor zover derivaten kunnen worden gebruikt voor het afdekken van risico's, kan er immers enerzijds van worden uitgegaan dat zij onder het vrije verkeer van diensten vallen. Anderzijds wordt in de nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag (PB 1988, L 178, blz. 5), die volgens de rechtspraak van het Hof in dit soort zaken als leidraad kan worden gebruikt, het begrip „kapitaalverkeer” gedefinieerd als „de toegang tot alle financiële technieken die beschikbaar zijn op de markt [...] [zoals] termijnverrichtingen, verrichtingen met opties of warrants, ruil tegen andere activa enz.”³ Daar opties, warrants en ruilcontracten allemaal overeenkomsten zijn waarbij de partijen overeenstemming bereiken over toekomstige kasstromen die gebaseerd zijn op de waarde van een onderliggende waarde en derhalve de derivaten ervan, lijkt het erop dat afgeleide financiële instrumenten, op basis van de gegevens in richtlijn 88/361, ook moeten worden geacht te vallen onder het vrije verkeer van kapitaal.⁴

22. Hierbij zij er echter aan herinnerd dat wanneer een nationale maatregel zowel verband houdt met het vrij verrichten van diensten als met het vrije verkeer van kapitaal, de betrokken maatregel slechts uit het oogpunt van een van deze twee vrijheden moet worden onderzocht indien blijkt dat in de omstandigheden van het hoofdgeding een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden.⁵

23. In het hoofdgeding blijkt uit de door de verwijzende rechter aan het Hof verstrekte documenten niet om welke redenen Société Générale de betreffende derivaten heeft uitgegeven, verkocht of gekocht⁶, en in het bijzonder of die transacties al dan niet tot doel hadden een risico af te dekken.

24. Afgeleide financiële instrumenten vormen echter altijd een belegging voor de houders ervan en vormen slechts in bepaalde specifieke omstandigheden hedgingdiensten. Hieruit volgt dus dat de beginselen inzake het vrij verrichten van diensten in dit verband ondergeschikt moeten worden geacht aan die inzake het vrije verkeer van kapitaal wanneer het gaat om een maatregel die van toepassing is op afgeleide financiële instrumenten of voorziet in belastingheffing daarop.⁷

25. Elk van de fundamentele vrijheden van de interne markt is echter pas van toepassing wanneer aan twee voorwaarden is voldaan: ten eerste moet het in het hoofdgeding niet gaan om een zuiver interne situatie binnen de betreffende lidstaat⁸; ten tweede moet er nog geen sprake zijn van volledige harmonisatie met betrekking tot het terrein dat onder de nationale maatregel valt waarvan de verenigbaarheid met het Unierecht wordt betwist.⁹

3 Hoewel richtlijn 88/361 is ingetrokken en als instrument van secundair recht niet de juiste uitlegging van het primaire recht kan bepalen, blijkt uit de vaste rechtspraak van het Hof dat deze bijlage indicatieve waarde heeft. Zie bijvoorbeeld arrest van 26 april 2012, Van Putten (gevoegde zaken C-578/10–C-580/10, EU:C:2012:246, punt 28).

4 Het feit dat afgeleide financiële instrumenten onder het vrije verkeer van kapitaal vallen, sluit echter niet de mogelijkheid uit dat zij ook onder het vrije verkeer van diensten vallen. Zie bijvoorbeeld arrest van 9 juli 1997, Parodi (C-222/95, EU:C:1997:345, punt 17).

5 Zie arrest van 26 mei 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Door het Hof worden echter soms verschillende vrijheden cumulatief toegepast. Zie bijvoorbeeld arrest van 11 juni 2009, X en Passenheim-van Schoot (gevoegde zaken C-155/08 en C-157/08, EU:C:2009:368, punt 40).

6 Volgens artikel 1, lid 494, van wet nr. 228/2012 is de belasting verschuldigd door ieder van de wederpartijen bij de transacties in de mate zoals bepaald.

7 Zoals ik hierna zal toelichten, leidt de bovengenoemde belasting niet tot discriminatie zodat de vaststelling of deze onder een specifieke fundamentele vrijheid valt geen bijzondere gevolgen heeft. Wanneer immers wordt vastgesteld welke fundamentele vrijheid van toepassing is, heeft dit vooral gevolgen voor de rechtvaardiging die kan worden aangevoerd met betrekking tot de relevante nationale regeling.

8 Arrest van 15 november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punt 47).

9 Zie bijvoorbeeld arrest van 16 oktober 2014, Commissie/Duitsland (C-100/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2293, punt 62).

26. Wat het vereiste betreft dat alle aspecten van de situatie in het hoofdgeding zich niet binnen één lidstaat mogen afspelen, staat het voor mij buiten kijf dat aan deze voorwaarde volledig is voldaan. Het geschil in het hoofdgeding wordt immers gekenmerkt door grensoverschrijdende aspecten: verzoeker is een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap en de betwiste belasting is niet alleen verschuldigd over in Italië verrichte transacties met de betreffende derivaten, maar ook in de rest van de wereld.

27. Wat het gebied betreft waarop de belasting in het hoofdgeding van toepassing is, is het noodzakelijk om de aard van de betrokken maatregel in het hoofdgeding te onderzoeken teneinde vast te stellen of dat gebied op het niveau van de Unie volledig is geharmoniseerd.

28. Daar de in artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012 bedoelde belasting los van de draagkracht van de betrokkenen wordt geheven en slechts verschuldigd is wanneer een specifieke transactie is verricht, moet die belasting worden beschouwd als een indirecte belasting in de zin van het Unierecht. Twee harmonisatierichtlijnen komen dan naar voren.

29. De eerste is richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (PB 2006, L 347, blz. 1).¹⁰ Volgens vaste rechtspraak belet de harmonisatie ingevolge deze richtlijn een lidstaat echter niet om indirecte belastingen te handhaven of in te voeren indien deze één van de wezenlijke kenmerken van de btw niet bezitten.¹¹

30. Een van de wezenlijke kenmerken van de btw, waaraan de belasting haar naam ontleent en die mijns inziens voor een belasting dus van essentieel belang is om binnen de werkingssfeer van de harmonisatie krachtens richtlijn 2006/112 te kunnen vallen, is dat deze in een gefaseerd proces wordt geïnd. Iedere onderneming in de toeleveringsketen speelt een rol in het proces van controle en inning van de belasting en draagt de belasting af die in verhouding staat tot haar marge.¹² Daar de in artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012 bedoelde belasting niet in een gefaseerd proces wordt geïnd, volgt hieruit dat richtlijn 2006/112 niet op deze belasting van toepassing is.

31. De tweede wetgevende maatregel van de Unie is richtlijn 2008/7/EG van de Raad van 12 februari 2008 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal (PB 2008, L 46, blz. 11). Artikel 5 van deze richtlijn bepaalt dat lidstaten geen enkele indirecte belasting, in welke vorm ook, mogen heffen ter zake van „het opmaken, de uitgifte, de toelating ter beurze, het in omloop brengen of het verhandelen van aandelen, deelbewijzen of andere soortgelijke effecten, alsmede van certificaten van deze stukken, onverschillig door wie zij worden uitgegeven”. Artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012 is echter niet van toepassing op een van die transacties¹³, zodat de aldaar bedoelde belasting niet onder dit verbod valt.

32. Derhalve blijkt dat er geen sprake is van harmonisatie op het gebied waarop de belasting in het hoofdgeding van toepassing is. Deze belasting kan dan ook aan de hand van artikel 63 VWEU worden onderzocht.

10 Zie overwegingen 2 tot en met 7 en artikel 401.

11 Zie bijvoorbeeld arresten van 20 maart 2014, *Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona* (C-139/12, EU:C:2014:174, punt 28), en 3 oktober 2006, *Banca popolare di Cremona* (C-475/03, EU:C:2006:629, punten 27 en 28).

12 Zie OESO, „*International VAT/GST Guidelines*”, OECD Publishing, Parijs, 2017, <https://doi.org/10.1787/9789264271401-en>. Zie ook arrest van 3 oktober 2006, *Banca popolare di Cremona* (C-475/03, EU:C:2006:629, punten 28 en 30).

13 Aandelen of andere soortgelijke effecten of certificaten zijn niet onderworpen aan de belasting als bedoeld in artikel 1, lid 492, maar wel aan die als bedoeld in artikel 1, lid 491, van wet nr. 228/2012, dat de uitgifte van die soorten financiële instrumenten uitdrukkelijk van zijn toepassingsgebied uitsluit.

33. Daar ten minste een van de fundamentele vrijheden van toepassing is, hoeft de betreffende belasting ook niet in het licht van artikel 18 VWEU te worden onderzocht. Artikel 18 VWEU, waarin het algemene verbod van discriminatie op grond van nationaliteit is neergelegd, kan slechts toepassing vinden in gevallen waarin het recht van de Unie wel geldt, maar waarvoor het Verdrag zelf niet in bijzondere discriminatieverboden voorziet.¹⁴ Daar het non-discriminatiebeginsel op het gebied van het vrije verkeer van kapitaal door artikel 63 VWEU ten uitvoer is gelegd, zal de vraag van de verwijzende rechter slechts in het licht van artikel 63 VWEU worden behandeld.

B. Te verrichten toets

34. Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de toepassing van fundamentele vrijheden op het gebied van belastingheffing enkele specifieke kenmerken heeft. Op andere gebieden dan de belasting blijkt uit de rechtspraak van het Hof immers dat een maatregel die de uitoefening van een fundamentele vrijheid kan verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken, voldoende is om het bestaan van een beperking aan te tonen.¹⁵ Een beperking kan derhalve de vorm aannemen van een maatregel die zonder onderscheid van toepassing is.¹⁶

35. In het kader van belastingheffing daarentegen wordt het concept „beperking” beperkter toegepast. Dit heeft te maken met de aard van de belastingheffing zelf, daar het enkele feit dat over een activiteit of transactie belasting wordt geheven, die activiteit noodzakelijkerwijs minder aantrekkelijk maakt wanneer deze wordt onderzocht in het licht van de uitoefening van een van de vier vrijheden van de interne markt. Om niet onnodig afbreuk te doen aan het vermogen van de lidstaten om belastingen te verhogen¹⁷, vormen alleen discriminerende belastingmaatregelen beperkingen voor de toepassing van die vrijheden.¹⁸ Gelet op dit bestaansrecht van de specifieke wettelijke regeling voor belastingmaatregelen, is het mijns inziens niet relevant of de betreffende belasting een directe of indirecte belasting is.

36. Om in dit verband dus vast te stellen dat er sprake is van een beperking van de fundamentele vrijheid van verkeer, is het noodzakelijk dezelfde toets te verrichten als de toets die geldt voor het beginsel van gelijke behandeling: de betrokken nationale maatregel mag twee situaties die vergelijkbaar zijn met betrekking tot de inhoud¹⁹ of de nagestreefde doeleinden²⁰ – mits deze doeleinden zelf niet discriminerend zijn – of met betrekking tot de algemene beginselen die op het betreffende terrein van toepassing zijn²¹, niet verschillend behandelen, met als gevolg dat grensoverschrijdende transacties worden benadeeld.²² Omgekeerd vormen maatregelen die feitelijk identieke situaties verschillend behandelen waardoor grensoverschrijdende transacties worden benadeeld, ook beperkingen.²³

14 Arrest van 31 maart 2011, Schröder (C-450/09, EU:C:2011:198, punt 28).

15 Zie bijvoorbeeld arresten van 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, EU:C:1993:125, punt 32); 25 januari 2007, Festersen (C-370/05, EU:C:2007:59, punt 24); 22 januari 2015, Stanley International Betting en Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, punt 45), en 22 juni 2017, Bechtel (C-20/16, EU:C:2017:488, punt 37).

16 Zie in die zin arrest van 21 december 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, punt 49).

17 Zie daarvoor arresten van 6 december 2007, Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, punt 53), en 26 mei 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, punt 47). Ten aanzien van het vrije verkeer van kapitaal moet worden opgemerkt dat in artikel 65 VWEU uitdrukkelijk het volgende is bepaald: „Het bepaalde in artikel 63 doet niets af aan het recht van de lidstaten [...] de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd.” Deze afwijking wordt echter op haar beurt beperkt door lid 3 van hetzelfde artikel, dat bepaalt dat „[d]e in de leden 1 en 2 bedoelde maatregelen en procedures [...] geen middel tot willekeurige discriminatie [mogen] vormen, noch een verkapt beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer als omschreven in artikel 63”.

18 Zie bijvoorbeeld arrest van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punt 24).

19 Zie bijvoorbeeld arrest van 17 december 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punt 28).

20 Zie bijvoorbeeld arrest van 1 december 2011, Commissie/Hongarije (C-253/09, EU:C:2011:795, punt 61).

21 Zie in die zin arrest van 9 februari 2017, X (C-283/15, EU:C:2017:102, punt 37).

22 Zie in die zin arrest van 14 april 2016, Sparkasse Allgäu (C-522/14, EU:C:2016:253, punt 29).

23 Hierbij moet worden opgemerkt dat in belastingkwesties het merendeel van de knelpunten in de rechtspraak indirect is, daar deze verband houden met een woonplaats en niet met een nationaliteit.

37. Hoewel niet in alle arresten van het Hof wordt verwezen naar de term „discriminatie”, kan deze benadering niettemin als vaste rechtspraak worden beschouwd, in ieder geval na het arrest van 17 juli 2014, *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087). In die zaak heeft het Hof (in Grote kamer) immers benadrukt dat de vergelijkbaarheid van situaties in aanmerking moest worden genomen om een maatregel als beperkend aan te merken.²⁴

38. Tot slot wordt een belastingmaatregel, ook als deze een discriminerend karakter heeft, niet geacht in strijd te zijn met het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal voor zover hij gerechtvaardigd is door dwingende redenen van algemeen belang en het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt. In dit kader vereist het evenredigheidsbeginsel dat de maatregel geschikt is om de verwezenlijking van het rechtmatig nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel.²⁵

39. In casu hebben partijen de vraag opgeworpen of er een werkelijke en objectieve territoriale band bestaat tussen de in artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012 geregelde belasting en de Italiaanse rechtsorde. Hoewel deze kwestie primair aan de orde was in het kader van de verenigbaarheid van de belasting met de Italiaanse grondwet, stel ik voor om, voor zover deze vraag in de loop van deze procedure van enig belang kan zijn, in een Unierechtelijke context de vraag te onderzoeken of internationaal recht al dan niet in aanmerking moet worden genomen.

40. In dit verband ben ik van mening dat de beginselen van internationaal recht als zodanig niet direct relevant zijn om te bepalen of een maatregel binnen het toepassingsgebied van de heffingsbevoegdheden valt – en dus welke toets moet worden toegepast – of dat deze moet worden beschouwd als een beperking van het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 63 VWEU.

41. Het is natuurlijk waar dat de lidstaten en de Unie op grond van artikel 113 VWEU bevoegdheid hebben op het gebied van indirecte belastingen. Bij gebreke van harmonisatie van afgeleide financiële instrumenten, zoals in het hoofdgeding aan de orde²⁶, blijven zij echter tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren. Hieruit volgt dus dat het Hof niet bevoegd is zich uit te spreken over de vraag of lidstaten zich bij de vaststelling van dergelijke belastingmaatregelen houden aan het volkenrecht. Zoals duidelijk uit de rechtspraak van het Hof blijkt, moet de Unie zelf zich uiteraard houden aan het volkenrecht wanneer zij besluit haar bevoegdheden uit te oefenen.²⁷ Maar dat betekent niet dat het Unierecht ook vereist dat de lidstaten hun eigen soevereine bevoegdheden uitoefenen in overeenstemming met de beginselen van internationaal recht. Hieruit volgt evenmin noodzakelijkerwijs dat het bestaan van een beperking in de zin van artikel 63 VWEU eenvoudigweg kan worden afgeleid uit het feit dat een lidstaat zijn bevoegdheid op grond van internationaal recht heeft overschreden.

42. Voorts kan worden opgemerkt dat de in de Verdragen neergelegde fundamentele vrijheden tot doel hebben ervoor te zorgen dat de werking van de interne markt niet wordt aangetast door de wijze waarop de lidstaten hun bevoegdheden uitoefenen. Derhalve staan zij slechts in de weg aan de vaststelling van nationale maatregelen indien die maatregelen de interne markt kunnen aantasten. Het feit dat een lidstaat zijn wetgevende bevoegdheden heeft uitgeoefend op een wijze die in strijd is met de bepalingen van internationaal recht, houdt niet in dat de vastgestelde maatregel de interne markt kan

²⁴ Punt 23.

²⁵ Arrest van 21 mei 2019, *Commissie/Hongarije (Vruchtgebruik op landbouwgrond)* (C-235/17, EU:C:2019:432, punt 59). Indien sprake was van rechtstreekse discriminatie, zou de maatregel slechts op een van de in het Verdrag genoemde gronden kunnen worden gerechtvaardigd. Zie bijvoorbeeld arrest van 22 oktober 2014, *Blanco en Fabretti* (C-344/13 en C-367/13, EU:C:2014:2311, punt 38).

²⁶ Zie punt 32 van deze conclusie.

²⁷ Zie in die zin arrest van 20 november 2018, *Commissie/Raad (BMZ in Antarctische wateren)* (gevoegde zaken C-626/15 en C-659/16, EU:C:2018:925, punt 127).

aantasten. Dientengevolge lijkt het feit dat een lidstaat zich bevoegd heeft verklaard op een wijze die in strijd was met de normen van internationaal recht, op zich niet rechtstreeks van belang voor een beoordeling van de vraag of kan worden gesteld dat de nationale maatregel in strijd is met de bepalingen van artikel 63 VWEU.²⁸

43. Als internationaal recht al een rol speelt, is dat mijns inziens alleen als een rechtvaardiging voor een bepaalde nationale belastingmaatregel. Daar de Unie zelf zich bij de uitoefening van haar bevoegdheden moet houden aan het internationale recht, kunnen lidstaten zich beroepen op hun internationale verplichtingen – met inachtneming van artikel 344 VWEU – ter rechtvaardiging van de vaststelling van een beperking in de zin van artikel 63 VWEU.²⁹ Wanneer zij echter *buiten* de werkingssfeer van het Unierecht handelen, behoort de vraag of lidstaten verplicht zijn tot naleving van het internationale recht en derhalve de vraag of zij dat al dan niet doen, niet tot de bevoegdheid van het Hof.

44. Anders kan dit betekenen dat staten met een dualistisch stelsel – of een stelsel dat verband houdt met dualisme – daarvan moeten afzien en vaststellen dat internationaal recht rechtstreeks in hun eigen rechtsorde toepasselijk is – zelfs voor gebieden die – op grond van de werking van de fundamentele vrijheden – onder hun exclusieve soevereiniteit vallen.

45. Terzijde kan nog worden opgemerkt dat het Hof in elk geval nooit eerder een dergelijke toetsing heeft verricht. Zo heeft het Hof in zijn arrest van 26 mei 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356) betreffende de belastingheffing op jaarlijks in België geplaatste rechten van deelneming in collectieve beleggingsinstellingen (icb's), ongeacht de woonplaats van de emittenten van die rechten van deelneming of de plaats van bemiddeling, onderzocht of deze belasting verenigbaar is met de fundamentele vrijheden zonder stil te staan bij de vraag of de betreffende lidstaat op grond van internationaal recht daartoe bevoegd was.

46. Derhalve ben ik, ook als de betreffende belasting eventueel de vraag opwerpt of Italië op grond van internationaal recht bevoegd is tot heffing van deze belasting – daar de belasting ongeacht de plaats van de transactie wordt geheven – van mening dat het niet nodig is daarop in te gaan voor het beantwoorden van de vraag van de Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia.

C. Bestaan van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 63 VWEU

47. Volgens Société Générale leidt artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012 tot een tweeledige beperking. Het is immers mogelijk dat de in dat artikel geregelde belasting buitenlandse beleggers ervan weerhoudt te beleggen in afgeleide financiële instrumenten die gebaseerd zijn op activa naar Italiaans recht, ten eerste aangezien deze instrumenten worden belast. Ten tweede zorgt de invoering van deze belasting, naast de reeds bestaande verplichtingen in de staat waar partijen woonplaats hebben, voor enkele nieuwe rapportageverplichtingen.

48. In dit kader moet erop worden gewezen dat Société Générale, door te stellen dat artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012 een tweeledige beperking oplevert, zich in haar opmerkingen in wezen baseert op arresten van het Hof in andere dan belastingzaken. Zoals ik hierboven al heb aangegeven, wordt in de rechtspraak van het Hof op het gebied van belastingen echter een engere definitie van het concept „beperking” gehanteerd dan op andere gebieden. Wil er op belastinggebied sprake zijn van een

²⁸ Ten aanzien van de mogelijkheid om een beperking van de fundamentele vrijheid af te leiden uit een onbevoegdheid van de lidstaat, in de zin van internationaal recht, wil ik nog benadrukken dat, zoals hiervoor uiteengezet, een maatregel op fiscaal gebied, wil deze een beperking vormen, vergelijkbare situaties verschillend moet behandelen. Gelet op deze toets, lijkt de werkingssfeer van de bevoegdheid van een lidstaat irrelevant. Ofschoon het juist is dat voor de beoordeling of twee situaties vergelijkbaar zijn, rekening moet worden gehouden met de algemene beginselen die op het betreffende terrein van toepassing zijn, is dit slechts om na te gaan of de behandeling van die twee situaties in overeenstemming is met alle nationale wetgeving.

²⁹ Zie beschikking van 5 september 2019, Caisse pour l'avenir des enfants (C-801/18, EU:C:2019:684, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

beperking, dan is het op zich niet voldoende dat de betreffende maatregel niet-ingezetenen ervan weerhoudt te beleggen in nationale financiële instrumenten: in plaats daarvan moet de maatregel rechtstreekse of indirecte discriminatie opleveren specifiek ten koste van grensoverschrijdende transacties.

49. Gelet op het feit dat de belasting die in het hoofdgeding aan de orde is, verschuldigd is ongeacht de woonplaats van de partijen bij de transactie of van mogelijke tussenpersonen, leidt deze belasting niet tot het type discriminatie dat op grond van artikel 63 VWEU verboden is.

50. Ten eerste vormt deze belasting, vanuit het perspectief van beleggers, geen discriminatie daar deze los van hun nationaliteit of woonplaats wordt geheven.³⁰

51. Ten tweede leidt deze belasting, ten aanzien van derivaten, weliswaar tot een verschil in behandeling tussen degenen die als onderliggende waarden financiële instrumenten naar Italiaans recht hebben die zijn uitgegeven door Italiaanse vennootschappen enerzijds en instrumenten die zijn uitgegeven door in een ander land gevestigde vennootschappen anderzijds.

52. Maar er zij aan herinnerd dat artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012 tot doel heeft een belasting te heffen op derivaten die financiële instrumenten naar Italiaans recht als onderliggende waarden hebben, hetgeen op zich geen rechtstreekse discriminatie oplevert. Gelet op dit doel moeten derivaten waarvan de onderliggende waarden door Italiaans recht worden beheerst, dan ook worden aangemerkt als niet vergelijkbaar met derivaten waarvan de onderliggende waarden niet door dat recht worden beheerst. Dit verschil in behandeling valt dus buiten het Unierechtelijke begrip „discriminatie”. Derhalve vormt deze maatregel volgens de rechtspraak van het Hof geen beperking in de zin van artikel 63 VWEU.

53. Met betrekking tot de rapportageverplichtingen waartoe deze belasting leidt naast de reeds bestaande verplichtingen in de woonstaat, merk ik op dat deze verplichtingen beperkt lijken tot hetgeen noodzakelijk is om de tijdige en effectieve belastinginning te waarborgen. Meer bepaald, er is geen aanwijzing dat voor niet-ingezetenen andere verplichtingen gelden dan voor Italiaanse onderdanen of zelfs voor ingezetenen van Italië. Die accumulatie van verplichtingen moet dan ook worden geacht het simpele gevolg te zijn van de parallelle uitoefening door twee lidstaten van hun bevoegdheid ter zake van hun fiscale controles.³¹

54. Aangezien deze verplichtingen, die voortvloeien uit de in artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012 voorziene belasting, slechts een ondergeschikt karakter hebben in het kader van de controle op die belasting, kunnen zij zelf niet in strijd zijn met het Unierecht indien de onderliggende belasting dat niet is (zoals ik reeds heb geconcludeerd).³²

55. Hieruit volgt mijns inziens dat de in artikel 1, lid 492, van wet nr. 228/2012 geregelde belasting niet in strijd is met de bepalingen van artikel 63 VWEU inzake het vrije verkeer van kapitaal.

30 Anders dan Société Générale stelt, kan discriminatie evenmin worden afgeleid uit het feit dat deze belasting ingezetenen en niet-ingezetenen op gelijke wijze behandelt, aangezien ervan moet worden uitgegaan dat deze verschillende categorieën personen, gelet op het doel van die belasting, zich in dezelfde situatie bevinden.

31 Zie in die zin arrest van 14 april 2016, Sparkasse Allgäu (C-522/14, EU:C:2016:253, punt 25).

32 De verwijzende rechter heeft slechts verwezen naar de verplichtingen om de betreffende transactie te identificeren, om een register bij te houden en om een aangifte in te dienen, wat allemaal inherent lijkt te zijn aan de belasting zelf.

IV. Conclusie

56. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de door de Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia gestelde vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 63 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een nationale regeling die voorziet in de heffing van een belasting op financiële transacties, ongeacht de staat van woonplaats van de financiëlemarktdeelnemers en van de tussenpersoon, die door de bij de transactie betrokken partijen moet worden voldaan, bestaat in een vast bedrag dat stijgt naarmate de waarde van de transacties toeneemt en afhankelijk is van het type instrument dat wordt verhandeld en van de waarde van de overeenkomst, en verschuldigd is op grond van het feit dat de belastbare handelstransacties betrekking hebben op een derivaat dat is gebaseerd op een effect dat is uitgegeven door een vennootschap die is gevestigd in de staat die deze belasting heeft ingevoerd.”