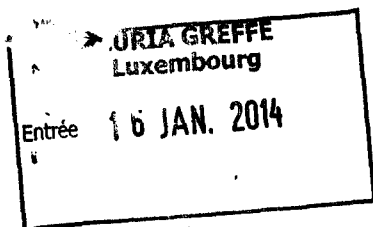




Datum van
inontvangstneming

:

08/04/2014



C-17/14-1

105

Hoge Raad der Nederlanden

Derde Kamer

Nr. 12/03235

20 december 2013

Ingeschreven in het register van het	
Hof van Justitie onder nr.	954.355
Luxemburg,	17-01-2014
Fax / E-mail:	De Griffier, voor deze
Neergelegd op:	16.01.14 Maria Manuela Ferreira Hoofdadministrateur

Arrest

gewezen op het beroep in cassatie van Société Générale S.A. te Parijs, Frankrijk, (hierna: belanghebbende) tegen de uitspraak van het Gerechtshof te Amsterdam van 24 mei 2012, nrs. 10/00608, 10/00617, 10/00618, 10/00619 en 10/00620, betreffende beschikkingen inzake verrekening van dividendbelasting.

1. Het geding in feitelijke instanties

1.1. De Inspecteur heeft bij beschikking van 10 december 2007 onder meer het verzoek van belanghebbende om verrekening van in de jaren 2000 tot en met 2006 te haren laste ingehouden dividendbelasting afgewezen. Het daartegen door belanghebbende gemaakte bezwaar is door de Inspecteur niet-ontvankelijk verklaard.

De Rechtbank te Haarlem (nr. AWB 08/5180) heeft het tegen deze uitspraak ingestelde beroep gegrond verklaard,

de uitspraak van de Inspecteur vernietigd, het bezwaar, naar de Hoge Raad verstaat, betreffende de jaren 2003 tot en met 2006 alsnog ontvankelijk verklaard en de afwijzing van het verzoek om een beschikking tot verrekening voor de jaren 2000 tot en met 2006 gehandhaafd.

1.2. Op aan belanghebbende in de periode 15 april 2008 tot en met 19 mei 2008 ter beschikking gestelde dividenden is te haren laste dividendbelasting ingehouden. Bij uitspraak van de Inspecteur is belanghebbendes bezwaar tegen deze inhouding afgewezen.

De Rechtbank te Haarlem (nr. AWB 09/2310) heeft het tegen die uitspraak ingestelde beroep ongegrond verklaard.

1.3. De Inspecteur heeft voorts bij beschikkingen van 30 juni 2009 het verzoek van belanghebbende om verrekening dan wel teruggaaf van in het jaar 2007 respectievelijk het jaar 2008 te haren laste ingehouden dividendbelasting afgewezen.

De Rechtbank te Haarlem (nrs. AWB 09/3860 en AWB 09/3861) heeft de tegen deze beschikkingen ingestelde beroepen ongegrond verklaard.

1.4. Belanghebbende heeft in alle zaken tegen de uitspraak van de Rechtbank hoger beroep ingesteld bij het Hof.

De Inspecteur heeft tegen de uitspraak van de Rechtbank in de zaak met nr. AWB 08/5180 hoger beroep ingesteld bij het Hof.

Het Hof heeft de uitspraak van de Rechtbank in de zaken met nrs. AWB 09/2310, AWB 09/3860 en AWB 09/3861 bevestigd.

In de zaak met nr. AWB 08/5180 heeft het Hof de uitspraak van de Rechtbank vernietigd voor zover die betreft het verzoek om een beschikking tot verrekening voor de jaren 2000 tot en met 2006, het tegen de uitspraak op bezwaar van de Inspecteur betreffende dat verzoek ingestelde beroep gegrond verklaard, de uitspraak op bezwaar van de Inspecteur voor zover deze op dat verzoek betrekking heeft vernietigd, het bezwaar tegen de afwijzing van dat verzoek alsnog ontvankelijk verklaard, het verzoek alsnog niet-ontvankelijk verklaard voor zover het betrekking heeft op de jaren 2000 tot en met 2003, en het verzoek afgewezen voor zover het betrekking heeft op de jaren 2004 tot en met 2006. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

2. Geding in cassatie

Belanghebbende heeft tegen 's Hof's uitspraak beroep in cassatie ingesteld. Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staatssecretaris van Financiën heeft een verweerschrift ingediend.

Belanghebbende heeft de zaak doen toelichten door mr. L.F. van Kalmthout, advocaat te Rotterdam.

De Advocaat-Generaal P.J. Wattel heeft op 12 februari 2013 geconcludeerd tot ongegrondverklaring van het beroep in cassatie. De conclusie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Belanghebbende heeft schriftelijk op de conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van de middelen

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

3.1.1. Belanghebbende is een in Frankrijk gevestigde en naar Frans recht opgerichte vennootschap. Zij heeft in de jaren 2000 tot en met 2008 in het kader van haar in Frankrijk uitgeoefende effectenbedrijf aandelenpakketten gehouden van minder dan 5 percent in Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen, waarop in genoemde jaren dividenden zijn uitgekeerd.

3.1.2. Op voormelde dividenden is op de voet van het bepaalde in artikel 5 van de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: de Wet DB) in verbinding met artikel 10 van het Belastingverdrag Nederland-Frankrijk van 16 maart 1973 (hierna: het Verdrag) 15 percent dividendbelasting ingehouden.

3.1.3. Belanghebbende heeft de in de jaren 2000 tot en met 2007 in Nederland ingehouden dividendbelasting in Frankrijk volledig verrekend gekregen met Franse vennootschapsbelasting. De dividendbelasting van het jaar 2008 is niet verrekend met Franse vennootschapsbelasting, aangezien belanghebbende in dat jaar verliezen heeft geleden.

3.1.4. Belanghebbende heeft verzoeken op de voet van het bepaalde in artikel 15 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: de AWR) gedaan in december 2007, betreffende de in de jaren 2000 tot en met 2006 ingehouden dividendbelasting, en in juni 2009 betreffende de in de jaren 2007 en 2008 ingehouden dividendbelasting.

3.2.1. Voor het Hof was - voor zover in cassatie van belang - met betrekking tot alle onderhavige jaren in

geschil of de Inspecteur in strijd met het recht van de Europese Unie heeft geweigerd de ten laste van belanghebbende ingehouden dividendbelasting te verrekenen dan wel terug te geven.

3.2.2. Het Hof heeft de hiervoor in 3.1.4 vermelde verzoeken betreffende de jaren 2004 tot en met 2008 ontvankelijk en de verzoeken betreffende de jaren 2000 tot en met 2003 niet-ontvankelijk geacht, aangezien een verzoek om een beschikking inzake verrekening als bedoeld in artikel 15 van de AWR naar het oordeel van het Hof dient te worden gedaan binnen een termijn van drie jaren na afloop van het kalenderjaar waarin het dividend ter beschikking is gesteld. Een termijn van drie jaren komt overeen met de termijn waarbinnen een (in de regeling van artikel 15 van de AWR veronderstelde) aanslag kan worden opgelegd (artikel 11 van de AWR) en met de termijn die geldt voor verzoeken om teruggaaf van dividendbelasting (artikel 21c van de Uitvoeringsregeling Algemene wet inzake rijksbelastingen in verbinding met artikel 10, lid 1, van de Wet DB). Die termijnen moeten volgens het Hof in zoverre van overeenkomstige toepassing worden geacht. Het Hof heeft een dergelijke regeling adequaat geacht, aangezien zij niet ongunstiger is dan die welke voor soortgelijke Nederlandse vorderingen geldt en zij de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt.

3.2.3. Het Hof heeft voorts geoordeeld dat in het geval van belanghebbende geen sprake is van een ingevolge het recht van de Europese Unie verboden discriminatie, zodat de inhouding, althans de weigering van

verrekening/teruggaaf van dividendbelasting niet in strijd is met de vrijheid van kapitaalverkeer bedoeld in artikel 56 EG (thans: artikel 63 VWEU), dan wel het algemene unierechtelijke discriminatieverbod.

3.3.1. Middel I keert zich met een beroep op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 28 januari 2010, Uniplex, C-406/08, Jurispr. blz. I-817, punt 39, tegen 's Hofs hiervoor in 3.2.2 weergegeven oordeel. Het betoogt dat in artikel 15 van de AWR geen nauwkeurige, duidelijke en voorzienbare termijn is opgenomen waarbinnen om verrekening op de voet van deze bepaling moet worden verzocht en dat onder deze omstandigheden op grond van het gemeenschapsrecht geen enkele termijn aan belanghebbende kan worden tegengeworpen.

3.3.2. Bij de beoordeling van dit middel wordt vooropgesteld dat het recht van de Unie meebrengt dat een vennootschap die in een andere lidstaat is onderworpen aan de heffing van belasting over de winst, gelijke aanspraak heeft op teruggaaf van de ten laste van haar ingehouden dividendbelasting als een in Nederland gevestigde aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen vennootschap zou hebben in geval over een aan die vennootschap uitgekeerd dividend dividendbelasting zou zijn ingehouden. Voorts dient de mogelijkheid om die aanspraak in rechte geldend te maken gelijkwaardig te zijn aan de daartoe ten dienste van een ingezeten vennootschap staande mogelijkheid (vgl. HR 28 september 2012, nr. 11/00672, ECLI:NL:HR:2012:BV1420, BNB 2013/37).

3.3.3. Een in Nederland gevestigde, aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen vennootschap zou

haar aanspraak op verrekening van ingehouden dividendbelasting kunnen doen steunen op artikel 25 of 25a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: de Wet Vpb 1969). Die vennootschap zou niet in plaats daarvan of daarnaast artikel 15 van de AWR kunnen invoeren om te ontkomen aan de driejaarstermijn voor het geldend maken van een aanspraak op verrekening op grond van de Wet Vpb 1969. Dit een en ander brengt mee dat aan belanghebbende geen langere termijn dan evenbedoelde driejaarstermijn behoeft te worden gegund om haar recht op teruggaaf van dividendbelasting geldend te maken. Het middel faalt derhalve.

3.4.1. Middel II keert zich met een beroep op de artikelen 18 en 63 VWEU tegen 's Hofs hiervoor in 3.2.3 weergegeven oordeel.

3.4.2. Op de voet van het bepaalde in artikel 5 van de Wet DB wordt zowel ten laste van in Nederland gevestigde als niet in Nederland gevestigde vennootschappen die portfoliaoandelen houden 15 percent dividendbelasting ingehouden op aan hen uitgekeerd portfoliodividend. Het door belanghebbende gestelde verschil in behandeling wordt veroorzaakt doordat in de binnenlandse situatie de aandeelhouders de dividendbelasting als voorheffing kunnen verrekenen met de door hen verschuldigde vennootschapsbelasting, terwijl de dividendbelasting in buitenlandse situaties als die van belanghebbende niet als voorheffing kan worden verrekend.

Volgens het Hof is in gevallen als het onderhavige geen sprake van een ingevolge het recht van de Europese Unie verboden discriminatie van gelijke of objectief

vergelijkbare gevallen, aangezien belanghebbende op het punt van de heffing van dividendbelasting niet minder gunstig wordt behandeld dan een vergelijkbare binnenlandse aandeelhouder die soortgelijke dividenden ontvangt, en het volgens de internationale beginselen ter verdeling van de heffingsbevoegdheid ter zake van portfoliodividenden niet aan de bronstaat is om ter voorkoming van juridische dubbele belasting verrekening te verlenen van door deze bronstaat zelf ingehouden dividendbelasting.

De juistheid van dit standpunt kan in twijfel worden getrokken op grond van het argument dat, hoewel in het algemeen de situatie van ingezetenen en die van niet-ingezetenen voor de directe belastingen niet vergelijkbaar zijn (zie HvJ 14 februari 1995, Schumacker, C-279/93, BNB 1995/187, punt 31), ingezetenen en niet-ingezetenen wel vergelijkbaar zijn indien beiden voor hetzelfde inkomen in de belastingheffing van de bronstaat worden betrokken (vgl. HvJ 20 oktober 2011, Commissie/Duitsland, C-284/09, V-N 2011/53.22.1, punten 56 t/m 58). Hieraan zou de gevolgtrekking kunnen worden verbonden dat de vergelijking van een niet-ingezetene als belanghebbende met een ingezetene zich mede dient uit te strekken tot de belasting over dividendinkomsten, waarmee de dividendbelasting bij ingezetenen wordt verrekend. Een verschil in behandeling van niet-ingezetenen tegenover ingezetenen mag voor eerstbedoelden niet leiden tot een hogere effectieve belasting(druk) (vgl. HvJ 18 oktober 2012, Voetbalclub X NV, C-498/10, BNB 2013/23, punt 26, HvJ 22 december 2008, Truck Center, C-282/07, V-N 2009/7.23, punt 49, HvJ 19 januari 2006, Bouanich,

C-265/04, V-N 2006/7.5, punt 56, en HvJ 12 juni 2003, Gerritse, C-234/01, BNB 2003/284, punt 55). Hierbij moet worden aangetekend dat, anders dan in het hiervoor vermelde arrest Commissie/Duitsland, het in het onderhavige geval niet gaat om deelnemingsdividenden, maar om portfoliodividenden.

3.4.3.1. Indien veronderstellenderwijs ervan wordt uitgegaan dat de vergelijking met een ingezetene zich mede moet uitstrekken tot de eindheffing waarmee de dividendbelasting bij ingezetenen wordt verrekend, rijst de vraag of hierdoor de effectieve belastingdruk op de dividenden in dit geval hoger is dan in een binnenlandse situatie het geval zou zijn geweest. Aan beantwoording van deze vraag is het Hof niet toegekomen, maar de Rechtbank wel. De Rechtbank heeft hieromtrent geoordeeld dat niet aannemelijk is geworden dat sprake is van een concreet nadeel. Zij heeft dit oordeel doen steunen op een vergelijking van het tarief van de dividendbelasting waaraan belanghebbende is onderworpen, en het tarief van de Nederlandse vennootschapsbelasting, en voorts op de overweging dat (slechts) de rechtstreeks aan de dividenden toerekenbare kosten in aanmerking moeten worden genomen voor de beoordeling of in de hypothetische binnenlandse situatie de effectieve vennootschapsbelastingdruk op de dividenden lager zou zijn dan de bronbelasting van 15 percent die in het onderhavige geval drukt op de dividenden. De vraag rijst of dit oordeel omtrent de aan te leggen maatstaf, juist is.

3.4.3.2. Belanghebbende heeft zich in dit verband voor de Rechtbank op het standpunt gesteld dat in geval

van hedging niet alleen de rechtstreeks aan de dividenden toerekenbare kosten in aanmerking moeten worden genomen, maar ook negatieve koers- en transactieresultaten op andere aandelenbelangen en posities dan die waaruit de dividenden voortkomen, maar daarmee wel samenhangen.

De door belanghebbende voorgestane ruime maatstaf zou niet stroken met het uitgangspunt dat in het algemeen de situatie van ingezetenen en die van niet-ingezetenen voor de directe belastingen niet vergelijkbaar zijn. Bovendien zijn portfoliodividenden te onderscheiden van inkomsten uit werkzaamheden, zodat verdedigbaar is dat, anders dan met betrekking tot uitgaven zoals beroepskosten, zelfs kosten die rechtstreeks aan de dividenden toerekenbaar zijn niet in aanmerking hoeven te worden genomen bij de beoordeling of sprake is van een (indirecte) discriminatie (vgl. HvJ 31 maart 2011, Schröder, C-450/09, V-N 2011/19.27, punt 40). Dit zou meebrengen dat bijvoorbeeld de financieringskosten van het aandelenbezit, evenals de transactiekosten en een eventueel meegekocht dividend - belanghebbende heeft voor de feitenrechters gesteld dat in feite sprake is van meegekocht dividend - niet in aanmerking moeten worden genomen. Hiervoor pleit tevens dat indien bij de aan te leggen vergelijkingsmaatstaf alle bijzonderheden van het geval zouden moeten worden getransponeerd naar de hypothetische binnenlandse situatie, men op tal van complicaties stuit. Aan de hand van welke criteria dient bijvoorbeeld te worden bepaald of de door belanghebbende voor de Rechtbank gestelde omstandigheden al dan niet relevant zijn bij de te maken vergelijking; en welke lasten dienen aan de desbetreffende dividenden te worden

toegerekend; dient te worden vergeleken per ontvangen dividend of dient dit voor alle in een belastingjaar ontvangen dividenden gezamenlijk te geschieden?

Een punt dat in dit verband mogelijk afzonderlijk aandacht verdient betreft de wijze waarop in de binnenlandse situatie wordt omgegaan met 'meegekocht' dividend. Goed koopmansgebruik gebiedt bij uitkering van meegekocht dividend afboeking op de kostprijs van de aandelen, aangezien in feite een deel van de kostprijs van de aandelen wordt terugontvangen (HR 5 december 1984, nr. 22486, ECLI:NL:HR:1984:AW8394, BNB 1986/351). Betoogd kan worden dat voor zover een ontvangen dividend moet worden afgeboekt van de kostprijs van de desbetreffende aandelen, sprake is van aan de dividenden toerekenbare kosten welke in aanmerking moeten worden genomen voor de beoordeling of in de hypothetische binnenlandse situatie de effectieve belastingdruk op de dividenden lager zou zijn dan de bronbelasting die in het onderhavige geval drukt op de dividenden. In dit verband wordt gewezen op het arrest Commissie/Finland (HvJ 8 november 2012, C-342/10, ECLI:NL:XX:2012:BY3582).

3.4.4. Indien veronderstellenderwijs ervan wordt uitgegaan dat de vergelijking met een ingezetene zich mede moet uitstrekken tot de eindheffing waarmee de dividendbelasting bij ingezetenen wordt verrekend, rijst voorts de vraag of een eventuele discriminatie rechtsgeldig wordt geneutraliseerd door middel van een belastingvermindering in de woonstaat.

In artikel 24, letter B, onderdeel b, van het Belastingverdrag Nederland-Frankrijk van 16 maart 1973 (hierna: het Belastingverdrag) is erin voorzien dat de in

Nederland ingehouden bronbelasting wordt verrekend met in Frankrijk geheven belasting. Het Hof heeft, in cassatie onbestreden, vastgesteld dat ten aanzien van de jaren 2000 tot en met 2007 volledige verrekening heeft plaatsgevonden van de onderhavige dividendbelasting met de Franse vennootschapsbelasting.

In zoverre kan derhalve, de door Nederland in het Belastingverdrag zekergestelde verrekening door Frankrijk in aanmerking nemend, niet worden gezegd dat belanghebbende als niet-ingezetene ongunstiger wordt behandeld dan een ingezetene (vgl. HvJ 8 november 2007, Amurta, C-379/05, V-N 2005/54.17, punt 83). Verdedigd zou kunnen worden dat uit het hiervoor overwogene reeds volgt dat de weigering aan Nederlandse zijde om teruggaaf of verrekening van de in de jaren 2000 tot en met 2007 ingehouden dividendbelasting te verlenen, geen door de artikelen 18 en 63 VWEU verboden discriminatie oplevert, zodat het middel in zoverre zou falen.

Anderzijds moet worden geconstateerd dat het Belastingverdrag niet voorziet in een ongeclausuleerde 'full credit', zodat volledige verrekening niet in alle gevallen is gewaarborgd (vgl. HvJ 25 oktober 2012, Europese Commissie/Koninkrijk België, C-387/11, ECLI:NL:XX:2012:BY2181, punten 55 t/m 57). Het is de vraag welke gevolgen deze omstandigheid moet hebben voor de beoordeling van een geval als het onderhavige, waarin een niet-ingezetene de dividendbelasting dankzij de werking van het Belastingverdrag volledig heeft kunnen verrekenen in zijn woonstaat.

3.4.5.1. Het middel ziet ook op de in het jaar 2008 ingehouden dividendbelasting. Belanghebbende kon deze

dividendbelasting feitelijk niet onmiddellijk verrekenen met Franse vennootschapsbelasting omdat zij in dat jaar in Frankrijk een verlies leed. In zoverre zou derhalve kunnen worden gezegd dat belanghebbende als niet-ingezetene ongunstiger wordt behandeld dan een ingezetene (vgl. het arrest Amurta, punt 83). De Rechtbank heeft echter ook geoordeeld dat niet aannemelijk is geworden dat de effectieve Nederlandse belastingdruk op de dividenden in dit geval hoger is dan in een binnenlandse situatie het geval zou zijn geweest. Zij heeft dit oordeel doen steunen op de hiervoor in 3.4.3.1 genoemde maatstaf.

3.4.5.2. De vraag rijst of een eventuele mogelijkheid van voortwenteling van belanghebbendes verrekeningsrecht in aanmerking moet worden genomen bij de vergelijking van de positie van belanghebbende met die van een in Nederland gevestigde vennootschap. In feitelijke instanties is niet onderzocht of belanghebbendes verrekeningsrecht voor het jaar 2008 in Frankrijk is voortgewenteld en kon worden benut. Indien dit inderdaad het geval is, rijst op de gronden vermeld in onderdeel 6.14 van de conclusie van de Advocaat-Generaal de vraag of een eventuele discriminatie rechtsgeldig is geneutraliseerd door middel van een belastingvermindering in de woonstaat.

3.5. Gelet op het hiervoor in 3.4 overwogene zal de Hoge Raad op de voet van artikel 267 VWEU vragen voorleggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot de uitlegging van het recht van de Europese Unie.

4. Beslissing

De Hoge Raad verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak te doen over de volgende vragen:

1. Dient voor de toepassing van artikel 63 VWEU de vergelijking van een niet-ingezetene met een ingezetene in een geval waarin op een dividenduitkering door de bronstaat dividendbelasting is ingehouden zich mede uit te strekken tot de vennootschapsbelasting, waarmee de dividendbelasting bij ingezetenen wordt verrekend?

2.a. Dient, indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, bij de vergelijking rekening te worden gehouden met alle kosten die in economische zin verband houden met de aandelen waaruit het dividend voortvloeit?

2.b. Indien het antwoord op de vorige vraag ontkennend luidt, dient dan wel rekening te worden gehouden met een eventuele afboeking van meegekocht dividend en met een eventueel door het houden van de desbetreffende aandelen opgeroepen financieringslast?

3. Is, indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, bij de beoordeling of een eventueel discriminerende bronheffing rechtsgeldig wordt geneutraliseerd op grond van een door de bronstaat gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belastingen voldoende dat i) in het desbetreffende belastingverdrag terzake een voorziening is opgenomen, en dat, hoewel deze mogelijkheid niet ongeclausuleerd is, ii) deze in het concrete geval ertoe leidt dat de Nederlandse belastingdruk voor een niet-ingezetene niet hoger is dan die voor een ingezetene? Is, in geval van een tekortschietende compensatie in het jaar waarin de

dividenden worden genoten, bij de beoordeling van de neutralisatie de mogelijkheid relevant dat een tekort kan worden voortgewenteld en de verrekening in latere jaren kan worden benut?

De Hoge Raad houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding totdat het Hof van Justitie naar aanleiding van vorenstaand verzoek uitspraak heeft gedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.A.C.A. Overgaauw als voorzitter, en de raadsheren C.B. Bavinck, P. Lourens, M.A. Fierstra en R.J. Koopman, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier E. Cichowski, en in het openbaar uitgesproken op 20 december 2013.

