



Datum van  
inontvangstneming

:

16/06/2021

**Zaak C-295/21**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

10 mei 2021

**Verwijzende rechter:**

Cour d'appel de Bruxelles (België)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

29 april 2021

**Verzoekende partijen:**

Allianz Benelux SA

**Verwerende partij:**

Belgische Staat, FOD Financiën

---

**Cour d'appel**

**Brussel**

[OMISSIS]

[Or. 2]

**Allianz BENELUX S.A.**, met hoofdkantoor te Lakensestraat 35, 1000 BRUSSEL,

appellante,

[OMISSIS]

**TEGEN:**

**BELGISCHE Staat**, Federale Overheidsdienst Financiën, vertegenwoordigd door de minister van Financiën, vertegenwoordigd door de adviseur-generaal, directeur

van het Centrum Grote Ondernemingen Beheer en Gespecialiseerde Controles, waarvan de kantoren zijn gevestigd te Kruidtuinlaan 50, bus 3351, 1000 Brussel,

geïntimeerde,

[OMISSIS]

Na beraadslaging wijst de cour d'appel in openbare terechtzitting het volgende arrest:

## **PROCEDURE**

Gezien het op tegenspraak gewezen vonnis van 20 mei 2016 van de tribunal de première instance francophone de Bruxelles (Franstalige rechtbank van eerste aanleg, Brussel, België), [OMISSIS], en het op 19 oktober 2016 ter griffie van de cour d'appel neergelegde verzoekschrift in hoger beroep. **[Or. 3]**

## **FEITEN EN BESTREDEN VONNIS**

- 1 Op 16 november 1995 zijn de vennootschappen UNION FENIX en COMPAGNIE D'ASSURANCE DE L'ESCAUT overgenomen door de vennootschap AGF L'ESCAUT.

Op 15 september 1999 heeft de vennootschap ASSUBEL-VIE SA de vennootschappen AGEFIMMO SA, AFILIFE SA, ASSUBEL-IMMO SA, ASSUBEL-ACCIDENTS SA, ASSUBEL-ETUDES SA en AGF L'ESCAUT SA overgenomen.

De door AGF L'ESCAUT en ASSUBEL-VIE SA overgenomen vennootschappen, thans verenigd onder de handelsnaam ALLIANZ BENELUX SA (hierna: „appelante”), beschikten over een overschot aan definitief belaste inkomsten (hierna ook: „DBI”), die overdraagbaar waren naar de volgende boekjaren.

- 2 De belastingambtenaar heeft de algehele overdracht van de definitief belaste inkomsten van de vennootschappen die appelante in 1999 heeft overgenomen, geweigerd [OMISSIS].

[OMISSIS] [nationale procedure]

- 3 In zijn besluit van 19 december 2012 heeft de gewestelijk directeur gemeend dat bij gebreke van een wettelijke bepaling in de Belgische wetgeving die voorziet in de overdracht van de overschotten van de definitief belaste inkomsten van de overgenomen vennootschap naar de overnemende vennootschap, er geen rechtsgrondslag was voor de overdracht van de overschotten van definitief belaste inkomsten van de overgenomen vennootschappen, waar appellante om had verzocht. **[Or. 4]**

Hij is evenwel van mening dat „het gerechtvaardigd kan zijn de situatie rechtstreeks aan het Europese recht en de Europese rechtspraak te toetsen, meer in het bijzonder in het licht van de doelstellingen van richtlijn 90/435/EEG en van de lering uit het arrest Cobelfret en uit beschikking nr. C-439/07 van 4 juni 2009, „KBC Bank NV”. Uit de gecombineerde toepassing van de in artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435/EEG erkende rechtstreekse werking en de bovengenoemde rechtspraak kan worden afgeleid dat, aangezien de Belgische staat voor de vrijstellingsmethode heeft gekozen, hij aan de overdracht van DBI-overschotten een behandeling moet toekennen die ten minste gelijkwaardig is aan die welke geldt voor de overdracht van verliezen. Derhalve kan de overdracht van DBI-overschotten in het kader van de in artikel 211 WIB 92 [wetboek van inkomstenbelasting] bedoelde herstructureringsverrichtingen worden toegestaan, volgens de in artikel 206, § 2 WIB 92 genoemde verhouding waarin verliezen aftrekbaar zijn”.

De gewestelijk directeur heeft dus zijn fiat gegeven aan de overdracht van de overschotten van de definitief belaste inkomsten van de overgenomen vennootschappen, ter hoogte van de in artikel 206, § 2, WIB (1992) bepaalde waarde.

Artikel 206, § 2, WIB (1992) bepaalt dat in geval van een belastingneutrale fusie de beroepsverliezen die de overgenomen vennootschap vóór die fusie heeft geleden, bij de overnemende vennootschap bij voortduur aftrekbaar zijn naar verhouding tot het evenredige aandeel van de fiscale nettowaarde van de overgenomen bestanddelen van de overgenomen vennootschap vóór de fusie in het totaal van de fiscale nettowaarden, eveneens vóór de fusie, van de overnemende vennootschap en van de overgenomen bestanddelen.

De gedeeltelijke afwijzing op deze grondslag van de overdracht van de overschotten van de definitief belaste inkomsten leidt tot een verhoging van de belastinggrondslag van appellante met in totaal 13 581 536,03 EUR voor de aanslagjaren 2004, 2005, 2006 en 2007.

- 4 [OMISSIS] [nationale procedure]
- 5 Daarop is de gewestelijk directeur na de correctieprocedure gedeeltelijk tegemoetgekomen aan de bezwaren van appellante tegen de aanslagen vennootschapsbelasting over de aanslagjaren 2004 tot en met 2007 [OMISSIS] [Or. 5] [OMISSIS], met uitzondering van de op basis van de aangifte ingehouden aanslag voor het aanslagjaar 2007.
- 6 De eerste rechter heeft het verzoek om volledige overdracht van de litigieuze DBI-overschotten en van de litigieuze interest ontvankelijk maar ongegrond verklaard [OMISSIS] [nationale procedure].

## GRIEVEN

- 7 Appellante verzoekt om herziening van het bestreden vonnis.

Primair verzoekt appellante om voor recht te verklaren dat zij het bedrag van 13 581 536,03 EUR aan definitief belaste inkomsten voor de aanslagjaren 2004, 2006, 2005 en 2007 naar latere aanslagjaren mag overdragen [OMISSIS] [nationale procedure].

Subsidiair verzoekt appellante, met betrekking tot de overdracht van het bedrag van 13 581 536,03 EUR als overschotten aan definitief belaste inkomsten met betrekking tot de aanslagjaren 2004, 2005, 2006 en 2007, het Hof van Justitie van de Europese Unie [OMISSIS] [een] prejudiciële vraag [OMISSIS] voor te leggen [die vergelijkbaar is met de prejudiciële vraag] [**Or. 6**]

[OMISSIS]

- 8 [OMISSIS] [nationale procedure]

De FOD Financiën verzoekt het hoger beroep [OMISSIS] ontvankelijk doch ongegrond te verklaren wat de overdracht van de definitief belaste inkomsten van de overgenomen vennootschappen betreft, en bijgevolg het bestreden vonnis te bevestigen voor zover dit de overdracht van de definitief belaste inkomsten van de overnemende vennootschappen betreft.

De FOD Financiën meent primair dat het niet nuttig is om het Hof van Justitie van de Europese Unie een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid van de artikelen 206, § 2 en 212 WIB (1992) met artikel 4, lid 1, van de moederdochterrichtlijn.

[OMISSIS] [nationale procedure] [**Or. 7**]

## BESPREKING

- 9 [OMISSIS] [**Or. 8**] [OMISSIS] [grief betreffende de interestaftrek, waarover de nationale rechter uitspraak heeft gedaan]
- 10 De Belgische regeling inzake definitief belaste inkomsten, zoals van toepassing op de aanslagjaren in kwestie, voorzag eerst in de opneming van de dividenden in de belastinggrondslag en vervolgens in de aftrek van de dividenden van deze belastinggrondslag, uitsluitend voor zover er sprake was van belastbare winst [artikelen 202, 204 en 205 WIB (1992) in de op het geding toepasselijke versie, dat wil zeggen die welke voortvloeit uit de wet van 23 oktober 1991 tot omzetting in Belgisch recht van de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen].

Het gevolg van deze regeling was dat een moedermaatschappij in een later belastbaar tijdperk zou worden belast over de ontvangen dividenden wanneer zij tijdens het belastbare tijdperk waarin zij de dividenden had ontvangen, geen of onvoldoende belastbare winst had.

In het arrest Cobelfret heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie geoordeeld dat de Belgische regeling in strijd was met richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (hierna: moeder-dochterrichtlijn (HvJEU, 12 februari 2009, zaak C-138/07, Cobelfret).

De richtlijn beoogt te voorkomen dat de door een dochteronderneming in een lidstaat uitgekeerde winst economisch gezien dubbel wordt belast, of met andere woorden te voorkomen dat de uitgekeerde winst een eerste keer wordt belast bij de dochteronderneming en een tweede keer bij de moedermaatschappij (punt 29 van het arrest Cobelfret).

In feite voegde België als voorwaarde voor vrijstelling een vereiste aan de richtlijn toe dat de communautaire regeling niet toestaat, namelijk dat er bij de moedermaatschappij over het boekjaar in kwestie belastbare winsten zijn (punt 35 van het arrest Cobelfret). **[Or. 9]**

Het Hof heeft geoordeeld dat „[a]rtikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, [...] aldus [moet] worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat zoals die aan de orde in het hoofdgeding, die bepaalt dat de door een moedermaatschappij ontvangen dividenden in de belastbare basis van deze vennootschap worden opgenomen en daarna ten belope van 95 % daarvan worden afgetrokken voor zover er voor het betrokken belastbare tijdperk na aftrek van de andere vrijgestelde winsten een positief winstsaldo overblijft. Artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 is onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig om voor de nationale rechterlijke instanties te kunnen worden ingeroepen”.

Artikel 4, lid 1, van de richtlijn liet de lidstaten de keuze tussen de toepassing van twee methodes: ofwel de lidstaat van de moedermaatschappij moest zich onthouden van het belasten van de door de dochteronderneming uitgekeerde winst (eerste streepje), ofwel deze lidstaat kon de winst belasten en de moedermaatschappij toestaan het gedeelte van de belasting dat betrekking heeft op de uitgekeerde winst, van de verschuldigde belasting af te trekken (tweede streepje).

België heeft gekozen voor het stelsel van vrijstelling.

Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de vrijstellingsbepaling (artikel 4, lid 1, eerste streepje) voldoende duidelijk en nauwkeurig is om rechtstreekse werking te kunnen hebben (punten 58 en 61 van het arrest Cobelfret).

België heeft bij circulaire uitvoering gegeven aan het arrest Cobelfret [Circ. nr. Ci.RH.421/597.150 (AOIF nr. 32/2009) van 23 juni 2009, gewijzigd bij circulaires van 12 oktober 2009/1 en 19 mei 2010/1].

In de circulaire wordt vastgesteld dat door het arrest niet het dividendstelsel als zodanig ter discussie wordt gesteld, maar dat enkel de beperking van de aftrek tot het winstsaldo zonder dat het niet afgetrokken gedeelte naar de volgende aanslagjaren kan worden overgedragen, aan de kaak wordt gesteld.

De wet van 21 december 2009 houdende fiscale en diverse bepalingen heeft de tekst van artikel 205 WIB (1992) aangevuld.

Artikel 205, § 3, bepaalt thans dat de inkomsten, tot 95 % van hun bedrag, verleend of toegekend door een in de moeder-dochterrichtlijn bedoelde dochteronderneming gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie, die niet kunnen worden afgetrokken, naar volgende belastbare tijdperken mogen worden overgedragen. Deze wet is in werking getreden op 1 januari 2010. **[Or. 10]**

- 11 Appellante vordert volledige overdracht van de overschotten van definitief belaste inkomsten van de door haar overgenomen vennootschappen.

Zij komt op tegen de bij wege van de in artikel 206, § 2, WIB (1992) genoemde verhouding toegepaste beperking van de overdracht van de overschotten aan definitief belaste inkomsten van de overgenomen vennootschappen (zie punt 3 hierboven).

Appellante baseert haar recht op volledige overdracht van de overschotten van definitief belaste inkomsten van de vennootschappen die zij heeft overgenomen, bij gebreke van een duidelijke Belgische bepaling die in een dergelijke overdracht voorziet, om te beginnen op de rechtstreekse werking van artikel 4, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn, dat de lidstaten ertoe verplicht ervoor te zorgen dat de in die richtlijn bedoelde dividenden niet worden belast, vervolgens op de Derde en de Zesde richtlijn vennootschapsrecht, die voorzien in een automatische overgang van de rechten en verplichtingen van de overgenomen vennootschap naar de overnemende vennootschap, alsmede op artikel 682 van het Belgische wetboek van vennootschappen, op het beginsel van fiscale neutraliteit dat – volgens de richtlijn betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten – voor grensoverschrijdende fusies dient te gelden, alsook op de bedoeling van de Belgische wetgever dat fusies belastingneutrale transacties behoren te zijn.

- 12 De FOD Financiën is van mening dat de in artikel 206, § 2, WIB (1992) genoemde verhouding waarin de aftrek van toepassing is op beroepsverliezen van

de overgenomen vennootschap in gelijke mate geldt voor de overschotten van definitief belaste inkomsten (zie punt 3 hierboven).

Geïntimeerde ontkent dat zij de overschotten van definitief belaste inkomsten met verliezen wil gelijkstellen, maar is van mening dat „voor de overdracht van de DBI dezelfde regeling moet gelden als voor de overdracht van verliezen, aangezien in de Europese rechtspraak is geoordeeld dat de DBI volledig overdraagbaar moeten zijn, gelet op het feit dat de verliezen volgens de Belgische wettelijke regeling volledig overdraagbaar zijn. Indien in het kader van een fusie de overdracht van verliezen van overgenomen vennootschappen wordt beperkt, moet de overdracht van DBI van dezelfde vennootschappen in dezelfde mate worden beperkt. Dit komt doordat de richtlijn voorziet in de overdracht van verliezen en doordat de Belgische bepalingen betreffende de DBI-regeling wat de mate van deze overdracht betreft niet stroken met het bepaalde in artikel 4, lid 1, van de richtlijn” [OMISSIS].

Zij voegt hieraan toe dat artikel 206, § 2, WIB (1992) nooit in strijd met het Europees recht is verklaard, in het bijzonder met richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (hierna: „richtlijn grensoverschrijdende fusies”). [Or. 11]

- 13 Appellante bekritiseert terecht de lezing die geïntimeerde aan het arrest Cobelfret geeft. Het Hof van Justitie heeft geenszins geoordeeld dat de overdracht van overschotten van definitief belaste inkomsten in dezelfde mate en binnen dezelfde grenzen kan plaatsvinden als de overdracht van fiscale verliezen.

Het arrest Cobelfret verwijst namelijk niet naar artikel 206, § 2, WIB (1992), maar slechts impliciet naar artikel 206, § 1, WIB (1992), te weten in punt 39 waarin wordt opgemerkt dat de Belgische wettelijke regeling de overdracht van verliezen naar latere belastingjaren toestaat, en in punt 37 waarin wordt vastgesteld dat de Belgische DBI-regeling tot gevolg heeft dat wanneer de moedermaatschappij voor het betrokken belastbare tijdperk geen andere belastbare winsten boekt, haar verliezen ten belope van de ontvangen dividenden worden verminderd.

Het Hof van Justitie leidt hieruit in respectievelijk punt 40 en 41 van het arrest Cobelfret af dat „[h]ieruit volgt dat ook indien de door de moedermaatschappij ontvangen dividenden niet aan vennootschapsbelasting worden onderworpen in het belastingjaar waarin deze dividenden zijn uitgekeerd, bovenbedoelde vermindering van de verliezen van de moedermaatschappij ertoe kan leiden dat deze moedermaatschappij op deze dividenden indirect wordt belast in latere belastingjaren, wanneer haar resultaat positief is [...] en [dat] [d]it gevolg van de beperking van de DBI-aftrek [...] noch met de bewoordingen, noch met de doelstellingen en de opzet van richtlijn 90/435 verenigbaar [is]”.



In de beschikking van 4 juni 2009 in de gevoegde zaken C-439/07 en C-499/07 heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat wanneer een lidstaat voor de vrijstellingsmethode heeft gekozen en volgens de regeling van deze lidstaat verlies in beginsel overdraagbaar is naar latere aanslagjaren, artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die ertoe leidt dat het verlies van de moedervennootschap dat voor een dergelijke overdracht in aanmerking komt, vermindert ten belope van de ontvangen dividenden (HvJEU, 4 juni 2009, gevoegde zaken C-439/07 en C-499/7, KBC en BRB, punt 54). De beschikking verwijst dus evenmin naar artikel 206, § 2, WIB (1992).

- 14 Krachtens artikel 6 van de richtlijn grensoverschrijdende fusies, waarnaar geïntimeerde speciaal verwijst, moet voor zover de lidstaat van de overgenomen vennootschap een nationale overnemende vennootschap toestaat eerdere verliezen van de overgenomen vennootschap af te trekken (hetgeen in België het geval is), dezelfde regel worden toegepast in geval van fusie van een nationale vennootschap met een vennootschap uit een andere lidstaat. **[Or. 12]**

Het Hof van Justitie heeft in het arrest Cobelfret vastgesteld dat artikel 6 van de richtlijn grensoverschrijdende fusies een andere materiële inhoud heeft dan artikel 4, lid 1, eerste streepje, van de moeder-dochterrichtlijn en dat het bovendien geenszins naar deze laatste bepaling verwijst (punt 53 van het arrest).

Het feit dat artikel 206, § 2, WIB (1992) nooit in strijd met het Europees recht is verklaard, is in casu dus volstrekt irrelevant.

- 15 Geïntimeerde tracht aan te tonen dat „indien de ontvangen dividenden eenvoudigweg van de belastinggrondslag [zouden moeten worden] uitgesloten om ze niet overeenkomstig het voorschrift van de moeder-dochterrichtlijn te belasten, de toepassing van dit stelsel [...] voor de overbrenging van de DBI en van de verliezen van de overgenomen vennootschap naar de overnemende vennootschap tot hetzelfde resultaat zou leiden als de toepassing van het Belgische stelsel om de dividenden eerst in het fiscale resultaat op te nemen om ze vervolgens tot 95 % af te trekken en daarna artikel 206, § 2, van het WIB 92 toe te passen op de DBI die van de overgenomen vennootschap naar de overnemende vennootschap zijn overgebracht” [OMISSIS].

Zij maakt daaruit de gevolgtrekking dat „[g]elet op deze elementen [...] de FOD Financiën dus terecht de beperking van artikel 206, § 2, WIB 92 op de overdraagbare DBI van de overnemende vennootschappen [heeft] toegepast” [OMISSIS].

Indien de vrijstellingsmethode *ab initio* zou zijn toegepast, dat wil zeggen bij de eerste aangifte via een verhoging van de begintoestand van de reserves, in plaats van de methode in twee fasen, dat wil zeggen eerst heffing en vervolgens aftrek, zou de situatie heel anders zijn geweest, aangezien er in dat geval geen overschot van definitief belaste inkomsten zou zijn geweest (een concept dat niet meer

bestaat), maar in plaats daarvan overdraagbare verliezen voor een vergelijkbaar bedrag [OMISSIS] [verwijzing naar de nationale doctrine].

Dit neemt niet weg dat zelfs indien de Belgische wetgever voor de methode van uitsluiting zou hebben gekozen, de toepassing van artikel 206, § 2, WIB (1992) op de bij die gelegenheid ontstane verliezen toch op basis van de moeder-dochterrichtlijn zou kunnen worden gekritiseerd wegens de bijzondere oorsprong van deze „verliezen”, dat wil zeggen dividenden. [Or. 13]

- 16 Appellante betoogt dat de huidige Belgische wetgeving – op dezelfde wijze als de vroegere Belgische wetgeving die leidde tot indirecte belasting van dividenden in latere belastbare tijdperken, wanneer het resultaat van de ontvangende vennootschap positief werd – door bij fusies niet te voorzien in de overdracht van alle overschotten van definitief belaste inkomsten van de overgenomen vennootschap naar de overnemende vennootschap, of door slechts een gedeeltelijke overdracht van deze overschotten toe te staan op grond van artikel 206, § 2, WIB (1992), ertoe leidt dat op het tijdstip van de fusie de betrokken dividenden indirect worden belast, hetgeen niet verenigbaar is met de bewoordingen noch met de doelstellingen en de systematiek van de richtlijn.

In casu is de rechtsvraag of de in artikel 4, lid 1, eerste streepje, van de moeder-dochterrichtlijn neergelegde verplichting om af te zien van belastingheffing over de door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst, meebrengt dat moet worden afgezien van indirecte belastingheffing over deze winst in geval van een fusie.

Volgens appellante moet deze vraag op grond van de rechtstreekse werking van artikel 4, lid 1, eerste streepje, van de moeder-dochterrichtlijn bevestigend worden beantwoord. Appellante betoogt dat „[d]e Belgische Staat daartoe vrij is te bepalen op welke wijze hij aan deze verplichting zal voldoen, maar daaraan moet voldoen. In het onderhavige geval zou aan deze verplichting onder meer kunnen worden voldaan door de toepasselijke nationale wettelijke bepalingen inzake fusies aan te passen” [OMISSIS].

Volgens geïntimeerde „[k]omt het toestaan van een onvoorwaardelijke overdracht van de DBI-overschotten van de overgenomen vennootschap naar de overnemende vennootschap neer op het toekennen van een draagwijdte aan de ‚moeder-dochter’-richtlijn, die niet uitdrukkelijk uit de tekst blijkt [...] artikel 4, lid 1, van de richtlijn is niet voldoende onvoorwaardelijk en nauwkeurig om rechtstreeks te kunnen worden toegepast in het kader van een herstructurering als die waarop het verzoekschrift betrekking heeft. De richtlijn strekt zich niet verder uit dan de relatie tussen de moedermaatschappij en haar dochteronderneming” [OMISSIS].

- 17 [H]et Hof van Justitie heeft in het arrest Cobelfret in de volgende bewoordingen rechtstreekse werking aan artikel 4, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn toegekend: „58. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kunnen particulieren zich

*in alle gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, voor de nationale rechterlijke instanties op die bepalingen beroepen tegenover de staat, wanneer deze hetzij heeft verzuimd de richtlijn binnen de gestelde termijn in nationaal recht om te zetten, hetzij dit op onjuiste wijze heeft gedaan (zie onder meer arresten van 19 november 1991, ██████████ e.a., C-36/90 en C-39/90, Jurispr. blz. I- 5357, punt 11; 11 juli 2002, Marks & Spencer, C-362/00, Jurispr. blz. I- 6325, punt 25, en 5 oktober 2004, ██████████ e.a., [Or. 14] C-397/01–C- 403/01, Jurispr. blz. I- 8835, punt 103). [...] 64. De in artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 neergelegde verplichting om zich te onthouden van het belasten van de door een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitgekeerde winsten, is ondubbelzinnig en onvoorwaardelijk en voor haar uitvoering of werking niet afhankelijk van een handeling van de gemeenschapsinstellingen of van de lidstaten. 65. Hieruit volgt dat artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om voor de nationale rechterlijke instanties te kunnen worden ingeroepen.”*

Hoewel het Hof van Justitie in de zaak Cobelfret inderdaad heeft geoordeeld dat artikel 4, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om voor de nationale rechterlijke instanties te kunnen worden ingeroepen, heeft het zich niet uitgesproken over een vermeende verplichting om dividenden vrij te stellen, zoals in dat artikel is bepaald, in geval van een fiscaal neutrale fusie.

De beschikking KBC en BRB spreekt zich evenmin uit over de volledige of gedeeltelijke overdracht – bij overname – van overschotten van definitief belaste inkomsten, en heeft overigens uitsluitend betrekking op de overdracht van verliezen.

- 18 Vastgesteld moet worden dat de toepassing door de overheid van artikel 206, § 2, WIB (1992) op overschotten van definitief belaste inkomsten in de weg staat aan de volledige overbrenging van de overschotten van definitief belaste inkomsten van de overgenomen vennootschap naar de overnemende vennootschap.

Dezelfde vaststelling geldt ten aanzien van de Belgische fiscale regeling voor fusies.

In geval van een fiscaal neutrale fusie, zoals in dit geval, voorziet artikel 212, § 1, WIB (1992) in overdracht van de door de overgenomen vennootschap in de overnemende vennootschap ingebrachte secundaire fiscale voordelen, zoals de investeringsaftrek en (sinds 2008) de aftrek voor risicokapitaal.

Artikel 212, § 1, heeft echter geen betrekking op de overschotten van definitief belaste inkomsten.

Geïntimeerde verzet zich op grond van artikel 170 van de Grondwet tegen een analoge toepassing van het in artikel 212, § 1, WIB (1992) neergelegde beginsel van fiscale neutraliteit op gevallen, in casu de definitief belaste inkomsten, die in

dit laatstgenoemde artikel niet worden geregeld. Bovendien moet dit beginsel, dat een afwijking van het gemene recht vormt, volgens geïntimeerde strikt worden uitgelegd.

Geïntimeerde wil echter zelf ook artikel 206, § 2, WIB (1992), dat betrekking heeft op eerder geleden verliezen van de overgenomen vennootschap, naar analogie toepassen op de in dat artikel niet voorziene definitief belaste inkomsten. **[Or. 15]**

Geïntimeerde gaat bovendien voorbij aan het beginsel van de algemene en integrale overdracht van het vermogen, zowel rechten als verplichtingen, van de overgenomen vennootschap in dat van de overnemende vennootschap, dat is neergelegd in de Derde richtlijn van 9 oktober 1978 betreffende fusies van naamloze vennootschappen, alsmede in artikel 682 van het Belgische wetboek van vennootschappen, dat bepaalt dat een fusie automatisch tot gevolg heeft dat de rechten en verplichtingen van de overgenomen vennootschap op de overnemende vennootschap overgaan. Volgens appellante geldt deze automatische overgang ook voor de vennootschapsbelasting. De overgenomen vennootschap kan dus de overschotten van definitief belaste inkomsten zonder enige beperking overbrengen.

- 19 Appellante betoogt dat het Belgische belastingrecht leidt tot een indirecte belasting van dividenden, aangezien de aftrek ervan na de fusie niet meer kan worden overgedragen.

Appelante leidt daaruit af dat ofschoon de overschotten van definitief belaste inkomsten op grond van het enkele Belgische belastingrecht in geval van fusie niet van de overgenomen vennootschap naar de overnemende vennootschap overgaan, zij dat volgens haar wel doen op grond van de rechtstreekse werking van artikel 4, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn.

Appellante verwijt de eerste rechter terecht dat deze zelf heeft geoordeeld dat artikel 4, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn niet voldoende onvoorwaardelijk en nauwkeurig is om het rechtstreeks toe te passen in het kader van een herstructurering, zoals in casu.

Evenmin staat het aan de cour d'appel, de nationale rechter, om zich uit te spreken over de vraag of de rechtstreekse werking van artikel 4, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn zich uitstrekt tot een geval, de fiscaal neutrale fusie, waarop het Hof in het arrest Cobelfret duidelijk niet heeft gedomd.

Geïntimeerde verzet zich tegen een prejudiciële verwijzing van de zaak naar het Hof van Justitie.

Het argument dat hij tot staving van zijn bezwaart aanvoert („Het toestaan van een *onvoorwaardelijke overdracht van de DBI-overschotten van de overgenomen vennootschap naar de overnemende vennootschap komt erop neer dat aan de*

*moeder-dochterrichtlijn een betekenis wordt toegekend die niet uitdrukkelijk uit de tekst blijkt*” [OMISSIS]), pleit juist voor een prejudiciële verwijzing.

Artikel 267, derde alinea, VWEU bepaalt dat indien een vraag over de uitlegging van het Unierecht wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, deze instantie gehouden is zich tot het Hof te wenden. [Or. 16]

Bij arrest van 15 september 2005 heeft het Hof van Justitie de verplichting tot verwijzing naar het Hof als volgt afgebakend: „*Wat in de tweede plaats de nationale rechter betreft waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, zij in herinnering gebracht dat artikel 234, derde alinea, EG volgens vaste rechtspraak aldus moet worden uitgelegd dat een dergelijke rechterlijke instantie gehouden is een vraag van gemeenschapsrecht die voor haar rijst, naar het Hof te verwijzen, tenzij zij heeft vastgesteld dat de opgeworpen vraag niet relevant is of dat de betrokken gemeenschapsbepaling door het Hof reeds is uitgelegd of dat de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident is, dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan. Bij de vraag of een dergelijk geval zich voordoet, moet rekening worden gehouden met de eigen kenmerken van het gemeenschapsrecht, de bijzondere moeilijkheden bij de uitlegging ervan en het gevaar van uiteenlopende rechtspraak binnen de Gemeenschap*” (HvJEU, 15 september 2005, Zaak C-495/03, International Modal Transports BV, Jurispr., blz. 1-8151, punt 33).

Ofschoon uit artikel 267 WVEU voortvloeit dat de cour d'appel de Bruxelles, tegen de beslissingen waarvan beroep in rechte kan worden ingesteld, hoe dan ook niet verplicht is een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen, en zelf het Unierecht kan uitleggen, belet niets de cour d'appel om zich ondanks de weerstand van partijen tot het Hof te wenden indien deze rechter meent dat een bij hem aanhangig geding vragen opwerpt met betrekking tot de uitlegging van Unierechtelijke bepalingen die een beslissing van het Hof van Justitie behoeven (cf. HvJEU, 16 december 2008, zaak C-210/06, ██████████ Jurispr., 1-9641, punt 93).

De cour d'appel acht het nuttig en passend om het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken, aangezien de juiste uitlegging en toepassing van het Unierecht waarvan schending wordt aangevoerd, niet zo duidelijk zijn, dat daarover redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel bestaat.

## **OM DEZE REDENEN**

### **DE COUR D'APPEL,**

Op tegenspraak:

[OMISSIS] [procesverloop voor de nationale rechterlijke instanties] [Or. 17]

Verklaart het hoofdberoep en het incidenteel beroep ontvankelijk,

[OMISSIS] [procesverloop voor de nationale rechterlijke instanties]

Legt, alvorens ten gronde te beslissen, het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vraag voor:

*„Moet artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, al dan niet gelezen in samenhang met de bepalingen van de richtlijnen 78/855/EEG (Derde richtlijn) en 82/891/EEG (Zesde richtlijn) inzake vennootschapsrecht, aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die bepaalt dat de in de richtlijn bedoelde uitgekeerde winst wordt opgenomen in de belastinggrondslag van de dividenden van de verkrijgende vennootschap voordat de winst tot 95 % van het winstbedrag in mindering wordt gebracht op deze belastinggrondslag en in voorkomend geval wordt overgedragen naar latere belastbare tijdperken, maar die – bij gebreke van een specifieke bepaling die erin voorziet dat in geval van vennootschappelijke herstructureringsverrichtingen de aldus door de inbrengende vennootschap overgedragen aftrek in zijn geheel naar de verkrijgende vennootschap wordt overgebracht – tot gevolg heeft dat de bedoelde winst bij die verrichting indirect wordt belast vanwege de toepassing van een bepaling die de overdracht van genoemde aftrek beperkt naar verhouding tot het evenredige aandeel van de fiscale nettowaarde van de inbrengende vennootschap vóór de verrichting in het totaal van de fiscale nettowaarde, eveneens vóór de verrichting, van de overnemende vennootschap en van de overgenomen bestanddelen?”*

De behandeling van de zaak wordt geschorst in afwachting van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie [OMISSIS]

[OMISSIS] [Or. 18]

[OMISSIS] [Or. 19]

[OMISSIS]