



Datum van inontvangstneming : 17/07/2018

Zaak C-389/18**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

13 juni 2018

Verwijzende rechter:

Tribunal de première instance francophone de Bruxelles (België)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

26 januari 2018

Verzoekende partij:

Brussels Securities nv

Verwerende partij:

Belgische Staat

I. Gegevens en voorwerp van het geschil

- 1 Verzoekster is een in België gevestigde vennootschap die gedurende verschillende jaren dividenden van in andere lidstaten van de Unie gevestigde dochterondernemingen heeft ontvangen. Zij betwist de belasting voor aanslagjaar 2011 (balans per 31 december 2010) en stelt dat de Belgische wetgeving in strijd is 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: „richtlijn 90/435”).
- 2 Bij de omzetting van richtlijn 90/435 heeft de Belgische wetgever geopteerd voor de vrijstellingsmethode van artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435. De regeling die daartoe is ingevoerd in het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (hierna: „WIB 92”), bestaat erin eerst het door de dochteronderneming uitgekeerde dividend op te nemen in de belastbare basis van de moedermaatschappij en vervolgens 95 % van dat dividend van de belastbare basis af te trekken als „definitief belaste inkomsten” (hierna: „DBI”). Na het arrest van 12 februari 2009, Cobelfret (C-138/07, EU:C:2009:82), kunnen DBI (die niet

konden worden afgetrokken omdat de belastbare winst niet toereikend was, dat wil zeggen in geval van verlies) naar een later belastingjaar worden overgedragen. Verzoekster meent dat de Belgische DBI-regeling in strijd is met de door richtlijn 90/435 beoogde belastingneutraliteit.

- 3 Krachtens het WIB 92 is immers ook een „aftrek voor risicokapitaal” (hierna: „ARK”) mogelijk, die in wezen overeenstemt met de theoretische kostprijs van het eigen vermogen, de zogenaamde notionele interest.
- 4 Bovendien maakt het WIB 92 het mogelijk de vorige verliezen af te trekken (ook „vorige recupereerbare verliezen” of „fiscale verliezen” genoemd).
- 5 Net zoals DBI kunnen fiscale verliezen zonder beperking worden overgedragen naar een volgend belastingjaar. Een ARK daarentegen kon destijds enkel naar de zeven volgende belastingjaren worden overgedragen en is sinds 2013 in beginsel niet meer overdraagbaar.
- 6 Ten slotte stelt het koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 92 de volgorde vast waarin die drie aftrekken moeten worden toegepast (ook „aanrekeningsvolgorde” genoemd): DBI, vervolgens de ARK en ten slotte de fiscale verliezen.
- 7 In casu is het voor verzoekster door de prioritaire toepassing van de DBI-regeling niet mogelijk om de ARK binnen de gestelde termijn van zeven jaar toe te passen. Door het verlies van dat fiscaal voordeel neemt voor haar de belastingdruk dienovereenkomstig toe, wat indruist tegen het doel van richtlijn 90/435.
- 8 Bij zijn onderzoek van het middel inzake schending van richtlijn 90/435 stelt de verwijzende rechter vast dat de DBI-regeling ook ertoe kan leiden dat fiscale verliezen verdwijnen en dus nooit meer kunnen worden afgetrokken. Hij vraagt het Hof bijgevolg of die regeling in overeenstemming is met richtlijn 90/435.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten

- 9 Artikel 4 bepaalt:

„1. Wanneer een moedermaatschappij als deelgerechtigde van haar dochteronderneming uitgekeerde winst ontvangt, anders dan bij de liquidatie van de dochteronderneming, moet de lidstaat van de moedermaatschappij:

- ofwel zich onthouden van het belasten van deze winst;

- ofwel de winst belasten, maar in dat geval de moedermaatschappij toestaan dat gedeelte van de belasting van de dochteronderneming dat op deze winst betrekking heeft van haar eigen belasting af te trekken en, in voorkomend geval, het bedrag dat, ingevolge de uitzonderingsbepalingen van artikel 5, door de lidstaat waar de dochteronderneming gevestigd is aan de bron is ingehouden, zulks binnen de grenzen van het bedrag van de overeenstemmende nationale belasting.

2. Iedere lidstaat blijft evenwel bevoegd om te bepalen dat lasten die betrekking hebben op de deelneming en waardeverminderingen die voortvloeien uit de uitkering van de winst van de dochteronderneming, niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst van de moedermaatschappij. Indien in dit geval de kosten van beheer met betrekking tot de deelneming forfaitair worden vastgesteld, mag het forfaitaire bedrag niet meer dan 5 % bedragen van de door de dochteronderneming uitgekeerde winst.

[...]”

B. Belgisch recht

Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992

Artikel 205

[DBI-regeling, beginsel en overdraagbaar karakter]

Artikel 205 quinquies

[ARK – gedurende zeven jaar overdraagbaar]

Artikel 206

[Fiscale verliezen – zonder beperking overdraagbaar]

Koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 92

Bepalingen tot vaststelling van de volgorde waarin de aftrekken worden toegepast

Artikel 77

[DBI]

Artikel 77 bis

[ARK]

Artikel 78

[Fiscale verliezen].

III. Argumenten van partijen

A. Verzoekster

- 10 De aanrekeningsvolgorde van het koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 92 komt in fine erop neer dat een vennootschap die voor de DBI-regeling in aanmerking komt, het voordeel van de ARK (dus een fiscaal voordeel) verliest voor het bedrag van de DBI dat zij kan aftrekken, wat in strijd is met het hoofddoel van richtlijn 90/435 om de belastingneutraliteit te verzekeren door economisch dubbele belasting van dividenden te voorkomen. Als gevolg van de aanrekeningsvolgorde van het koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 92 wordt door de DBI-regeling dat doel niet bereikt en wordt de neutraliteit van de belasting over het dividend niet langer verzekerd jegens de moedermaatschappij. Deze regeling komt daarentegen erop neer dat een belastbare basis ontstaat (aangezien de vennootschap een fiscaal voordeel wordt ontnomen) voor het bedrag van de DBI die de vennootschap tijdens een aanslagjaar kan genieten. Met andere woorden, het doel van richtlijn 90/435 is niet bereikt, aangezien in bepaalde omstandigheden het als DBI aftrekbare ontvangen dividend de moedermaatschappij een fiscaal voordeel ontnemt, waardoor dus indirect een belasting wordt gecreëerd.

B. Verweerder

- 11 Verweerder antwoordt dat richtlijn 90/435 de lidstaten verplicht om „zich te onthouden van het belasten van de door een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitgekeerde winsten” (artikel 4, lid 1, eerste streepje). In casu moet worden vastgesteld dat, bij de rectificaties door de belastingadministratie, de door verzoekster van haar dochterondernemingen ontvangen dividenden wel degelijk integraal zijn afgetrokken van de belastbare basis. Indien de belastbare basis in een later belastingjaar hoger is dan die welke zou zijn ontstaan bij een gewijzigde aftrekvolgorde van het koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 92, is die hogere belastbare basis niet veroorzaakt door het niet-aftrekken van DBI (het enige geval dat in strijd is met de richtlijn) – aangezien die volledig zijn afgetrokken vóór de verrekening van de ARK – maar door een lager bedrag van de ARK, die aan een eigen regeling is onderworpen, waarvoor uitsluitend de nationale wetgever bevoegd is, die tevens uitsluitend bevoegd is voor de aanrekeningsvolgorde van de artikelen 77 tot en met 79 van het koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 92.

IV. Beoordeling door de verwijzende rechter

- 12 De verwijzende rechter brengt eerst in herinnering dat de Belgische wetgever na het arrest van 12 februari 2009, Cobelfret (C-138/07, EU:C:2009:82), het WIB 92

heeft aangepast door het mogelijk te maken de DBI-afrekken zonder beperking over te dragen, zodat de door richtlijn 90/435 beoogde belastingneutraliteit niet meer afhankelijk is van feit dat er geen verliezen zijn in het belastingjaar waarin de dividenden zijn verkregen.

- 13 De verwijzende rechter vraagt zich echter af of de vrijstellingsregeling „in twee fasen” van de Belgische wetgever (het door de dochteronderneming uitgekeerde dividend wordt eerst opgenomen in de belastbare basis van de moedermaatschappij en vervolgens wordt 95 % van dat dividend van de belastbare basis afgetrokken als DBI) niet ertoe leidt dat de moedermaatschappij zwaarder wordt belast in vergelijking met een vrijstellingsregeling waarbij de door de dochteronderneming toegekende dividenden eenvoudigweg niet in de winst worden opgenomen van het belastingjaar waarin zij zijn verkregen, waardoor het belastbare resultaat afneemt met het bedrag van die dividenden en in voorkomend geval de overdraagbare fiscale verliezen met datzelfde bedrag toenemen.
- 14 Indien de moedermaatschappij in een van de in artikel 205 quinquies van het WIB 92 bedoelde „zeven volgende belastbare tijdperken” een positief resultaat boekt, kan de DBI-regeling tot een zwaardere belastingdruk leiden in vergelijking met een regeling waarbij de door de dochteronderneming toegekende dividenden onmiddellijk van de belastbare basis van die moedermaatschappij worden uitgesloten, en dat wegens de aanrekeningsvolgorde van het koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 92. Gelet op die aanrekeningsvolgorde wordt bij een regeling met onmiddellijke uitsluiting van de door de dochteronderneming toegekende dividenden immers eerst de aftrek voor risicokapitaal toegepast en wordt pas daarna het saldo van de vorige recupereerbare verliezen afgetrokken (dat saldo neemt niet meer af door de opname van de DBI), zodat het saldo van die naar het volgende belastbare tijdperk over te dragen verliezen hoger is dan bij de DBI-regeling.
- 15 Dat blijkt uit het volgende voorbeeld op basis van een vergelijking van twee gevallen:

„Eerste geval: de belastbare basis van een vennootschap wordt bepaald volgens de aanrekeningsvolgorde van het koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 92 [eenvoudigheidshalve zijn de DBI in het voorbeeld 100 % aftrekbaar (en niet 95 %)]

Jaar 2006 (aanslagjaar 2007):

Resultaat - 1 500 EUR

+ 3 500 EUR

(dividenden die recht geven op de toepassing van de DBI-regeling – cf. Belgische regeling die

erin bestaat de dividenden in het resultaat van het boekjaar op te nemen en ze vervolgens van de belastbare basis af te trekken via het DBI-mechanisme)

Saldo	+ 2 000 EUR
DBI	- 3 500 EUR
ARK	- 2 000 EUR
Belastbare resultaat	0
Over te dragen:	- 1 500 EUR (DBI-overschot) en - 2 000 EUR (ARK-overschot)

Jaar 2007 (aanslagjaar 2008):

Resultaat + 1 500 EUR
 DBI-overschot (jaar 2006) - 1 500 EUR
 ARK-overschot (jaar 2006) - 2 000 EUR
 Belastbare resultaat 0
 Over te dragen: - 2 000 EUR (ARK-overschot)

Jaren 2008 tot en met 2012

De vennootschap boekt een nulresultaat, voldoet niet aan de vereiste voorwaarden voor een ARK en er is geen DBI-overschot.

Jaar 2013 (aanslagjaar 2014)

Resultaat + 1 500 EUR
 DBI-overschot (jaar 2006) 0
 ARK-overschot (jaar 2006) 0 (verloren, want onbenut binnen de termijn van 7 jaar)
 Belastbare resultaat + 1 500 EUR

Conclusie van het eerste geval:

De gezamenlijke toepassing van de door de Belgische wetgever ingevoerde DBI-regeling en de aanrekeningsvolgorde van het koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 92 leidt voor het jaar 2013 tot een belastbare basis van 1 500 EUR.

Tweede geval: de vennootschap ontvangt dezelfde inkomsten als in het vorige voorbeeld. In dit geval worden de dividenden echter niet in de belastbare basis opgenomen. Met andere woorden, in dit geval onthoudt de Belgische wetgever zich echt van het belasten van de dividenden in kwestie (of stelt hij ze vrij) (in plaats van ze eerst op te nemen in de belastbare basis en vervolgens ervan uit te sluiten, zoals nu het geval is).

Jaar 2006 (aanslagjaar 2007):

Resultaat - 1 500 EUR

ARK - 2 000 EUR

Belastbare resultaat 0

Over te dragen: - 1 500 EUR (verliezen over het boekjaar) en - 2 000 EUR (ARK-overschot)

Jaar 2007 (aanslagjaar 2008):

Resultaat + 1 500 EUR

ARK-overschot (jaar 2006) - 2 000 EUR

Overdraagbare verliezen (2006) - 1 500 EUR (**in plaats van DBI-overschotten, die van het belastbare resultaat worden afgetrokken vóór de ARK, heeft de vennootschap overdraagbare verliezen, die na de ARK worden afgetrokken**)

Belastbare resultaat 0

Over te dragen: - 1 500 EUR (vorige verliezen) en - 500 EUR (ARK)

Jaren 2008 tot en met 2012

De onderneming boekt een nulresultaat, voldoet niet aan de vereiste voorwaarden voor een ARK en er is geen DBI-overschot.

Jaar 2013 (aanslagjaar 2014)

Resultaat + 1 500 EUR

ARK-overschot (jaar 2006) 0 (verloren, want onbenut binnen de termijn van 7 jaar)

Vorige verliezen (jaar 2006) - 1 500 EUR (hier wordt een verlies en niet meer een DBI-overschot overgedragen. Overeenkomstig het koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 92 wordt dit dus na de ARK verrekend)

Belastbare resultaat 0

Conclusie van het tweede geval:

Indien de overdraagbare verliezen niet zijn geabsorbeerd door de DBI, is het belastbare resultaat van de vennootschap 0 in plaats van 1 500 EUR voor het jaar 2013.”

- 16 De verwijzende rechter oordeelt dat verzoekster terecht concludeert dat „de gezamenlijke toepassing van de DBI-vrijstellingsregeling van het WIB 92 en de aanrekeningsvolgorde van het koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 92 indirect maar stellig ertoe leidt dat de vennootschap zwaarder wordt belast dan wanneer de dividenden eenvoudigweg niet in de belastbare basis zouden worden opgenomen”. Met andere woorden, bij opnemng van de dividenden in de belastbare basis van de moedermaatschappij wordt de totale belasting groter, aangezien het overdraagbare verlies kleiner wordt. Bijgevolg wordt in het daaropvolgende jaar waarin belastbare winst is behaald, belasting geheven over een extra bedrag dat gelijk is aan het volledige of een gedeeltelijk bedrag van de dividenden.
- 17 De vraag rijst of dit kenmerk van de litigieuze wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in overeenstemming is met artikel 4 van richtlijn 90/435 (met ingang van 18 januari 2012 vervangen door richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten), dat de lidstaat van de moedermaatschappij verplicht zich te onthouden van het belasten van de uitgekeerde winst die zij als deelgerechtigde van haar dochteronderneming ontvangt (ofwel kan de lidstaat de winst belasten, maar in dat geval moet hij de moedermaatschappij toestaan dat gedeelte van de belasting van de dochteronderneming dat op deze winst betrekking heeft, van haar eigen belasting af te trekken (de zogeheten verrekeningsmethode), een optie waarvoor de Belgische wetgever niet heeft gekozen).
- 18 Bijgevolg moet het Hof van Justitie van de Europese Unie dienaangaande een prejudiciële vraag worden gesteld, zoals verzoekster subsidiair voorstelt.

V. Vraag

- 19 Alvorens nader recht wordt gedaan, moet het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vraag worden gesteld:

„Moet artikel 4 van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen

en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (met ingang van 18 januari 2012 vervangen door richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten), gelezen in samenhang met de andere rechtsbronnen van de Unie,

aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een regeling van een nationale autoriteit,

zoals het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 en het koninklijk besluit tot uitvoering van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, in de versie die van toepassing is voor het aanslagjaar 2011,

waarbij die autoriteit heeft geopteerd voor een vrijstellingsmethode (niet-belasten van de uitgekeerde winst die een moedermaatschappij als deelgerechtigde van haar dochteronderneming ontvangt), die erin bestaat eerst het door de dochteronderneming uitgekeerde dividend in de belastbare basis van de moedermaatschappij op te nemen en vervolgens 95 % van dat dividend van die belastbare basis af te trekken als definitief belaste inkomsten,

wegens de gezamenlijke toepassing – om de berekeningsgrondslag van de vennootschapsbelasting van de moedermaatschappij te bepalen –

van die Belgische aftrekmethode van de definitief belaste inkomsten en

- (1) de regels inzake een andere aftrek, die een bij die regeling bepaald fiscaal voordeel vormt (de aftrek voor risicokapitaal),
- (2) het recht om het saldo van de vorige recupereerbare verliezen af te trekken,
- (3) het recht om de verrekening van het overschot van de definitief belaste inkomsten, van de aftrek voor risicokapitaal en van het saldo van de vorige recupereerbare verliezen naar de volgende belastingjaren over te dragen, wanneer het bedrag ervan voor een belastingjaar hoger is dan dat van de belastbare winst, en
- (4) de aanrekeningsvolgorde die bepaalt dat in die volgende belastingjaren eerst de overgedragen definitief belaste inkomsten, vervolgens de overgedragen aftrek voor risicokapitaal (waarvan de overdracht is beperkt tot de ‘zeven volgende belastbare tijdperken’) en ten slotte het saldo van de vorige recupereerbare verliezen moeten worden verrekend, en dat tot er geen belastbare winst meer is,

leidt tot een vermindering – met het volledige of een gedeeltelijk bedrag van de van de dochteronderneming ontvangen dividenden – van de verliezen die de moedermaatschappij zou kunnen aftrekken indien die dividenden eenvoudigweg niet in de winst zouden worden opgenomen van het belastingjaar waarin zij zijn verkregen (met als gevolg een lager belastbaar resultaat in dat belastingjaar en in voorkomend geval hogere overdraagbare fiscale verliezen), terwijl die dividenden

nu eerst in de winst worden opgenomen en vervolgens worden onderworpen aan regels voor de vrijstelling en overdracht van het bedrag dat bij ontoereikende winst wordt vrijgesteld,

te weten een vermindering van het saldo van de vorige recupereerbare verliezen van de moedermaatschappij, die kan voorkomen in belastingjaren die volgen op een belastingjaar waarin de definitief belaste inkomsten, de aftrek voor risicokapitaal en het saldo van de vorige recupereerbare verliezen hoger zijn dan het bedrag van de belastbare winst?”