

Belgische regeling voor dividenden van dochterondernemingen in strijd met Moeder-dochterrichtlijn

Instantie	A-G HvJ
Belastingjaar/tijdvak	2011
Trefwoorden	mogelijkheid om overschotten zonder beperking in de tijd over te dragen, nationale regeling ter voorkoming van dubbele belasting van de door een dochteronderneming uitgekeerde winst, verplichte volgorde van toerekening van de aftrekbare bedragen
Rubriek	Internationaal en Europees
Wetsartikelen	Moeder-dochterrichtlijn - art. 4
Brondocumenten	A-G bij HvJ 5 september 2019, zaak C-389/18
Auteur	mr. R.A. Bosman
NTFR	2019/2439
Datum publicatie	03-10-2019
NTFR	

Samenvatting

Belgisch recht vereist enerzijds dat de door een moedermaatschappij van haar dochterondernemingen ontvangen dividenden eerst in haar belastinggrondslag worden opgenomen en vervolgens uit hoofde van de 'definitief belaste inkomsten' (DBI) ervan worden afgetrokken, met de mogelijkheid van overdracht van het overschot naar alle volgende aanslagjaren. En anderzijds dat deze DBI worden verrekend vóór de 'aftrek voor risicokapitaal' (ARK), waarvan de overdracht naar latere aanslagjaren daarentegen in de tijd beperkt is. De in België gevestigde vennootschap Brussels Securities SA heeft in haar aangifte vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2011 verklaard de belastinggrondslag te hebben berekend door eerst de ARK en vervolgens de DBI toe te rekenen. De Belgische belastingdienst heeft deze aangifte gecorrigeerd. Volgens de belastingdienst moeten de van de belastbare winst aftrekbare bedragen in deze volgorde worden toegerekend: eerst de DBI, vervolgens de ARK en ten slotte de overdraagbare verliezen. De verwijzende rechter die uiteindelijk over het geschil moet oordelen heeft prejudiciële vragen gesteld. A-G Saugmandsgaard Øe is van mening dat de Belgische regeling in strijd is met de Moeder-dochterrichtlijn. De combinatie van de Belgische bepalingen leidt er immers toe dat de moedermaatschappij zwaarder wordt belast dan wanneer volledig aan de vereisten van de richtlijn zou zijn voldaan. Immers, de Belgische DBI-regeling kan ertoe leiden, vanwege de toepassing ervan in combinatie met de voorgeschreven toerekeningsvolgorde, dat een verlieslijdende vennootschap kan worden belet de overdracht van een ander aftrekbaar bedrag, te weten de ARK, toe te rekenen in latere aanslagjaren. Dit terwijl die vennootschap er voordeel bij zou hebben om dit als eerste te doen om te voorkomen dat deze overdrachtsmogelijkheid vervalt voordat die volledig is benut. Een dergelijke nationale regeling heeft, volgens de advocaat-generaal, concreet tot gevolg dat aan de betrokken moedermaatschappijen in bepaalde omstandigheden een in het nationale recht opgenomen belastingvoordeel wordt onthouden waarvan zij ten volle gebruik hadden kunnen maken indien de van dochterondernemingen ontvangen dividenden niet op de in deze regeling voorziene wijze waren behandeld.

Commentaar

Volgens A-G Saugmandsgaard Øe zijn de onderhavige Belgische regelingen in strijd met de Moeder-dochterrichtlijn. De Belgische DBI-regeling houdt in dat door een Belgische moedermaatschappij ontvangen deelnemingsdividenden worden toegevoegd aan de belastbare winst en vervolgens daarop (voor 95%) in aftrek komen. In het geval van een tekort aan belastbare overige winst is dit aftrekrecht op grond van de DBI-regeling onbeperkt voort te wentelen. De Belgische DBI-regeling wijkt qua systematiek dus af van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling, die

dividenden bij ontvangst uit de belastbare grondslag van de belastingplichtige elimineert. Een eerdere variant van de DBI-regeling was onder andere aan de orde in het arrest Cobelfret, HvJ 12 februari 2012, zaak C-138/07, (NTFR 2009/465). Onder de toenmalige DBI-regeling was een ongebruikt gedeelte van de DBI-aftrek wegens een te laag totaal winstsaldo niet aftrekbaar, en evenmin via de verliesverrekening overdraagbaar naar latere jaren. Volgens het HvJ kon dit er onder omstandigheden toe leiden dat een door een Belgische moedermaatschappij ontvangen dividend indirect (de facto) door België werd belast, en daarmee was de regeling in strijd met art. 4, lid 1, Moeder-dochterrichtlijn. België heeft de DBI-regeling naar aanleiding van het arrest Cobelfret aangepast. In dat kader is een voortwenteling van DBI-overschotten geïntroduceerd die niet in de tijd is beperkt.

Het punt dat zich nu voordoet vloeit echter niet zozeer voort uit de DBI-regeling, maar uit de ARK (wellicht beter bekend als de notionele interestaftrek) en de samenloop daarvan met de DBI-aftrek. De notionele interestaftrek voorziet in een aftrek van fictieve rente, die plaatsvindt ná toepassing van de DBI-regeling. Bij een te laag winstsaldo in enig jaar kan een belastingplichtige het overschot van de ARK, in tegenstelling tot de DBI-aftrek, slechts zeven jaar voortwentelen. Indien een belastingplichtige na toepassing van de (al dan niet voortgewentelde) DBI-aftrek onvoldoende resterende winst heeft, is het dus mogelijk dat een ARK-overschot onbenut blijft, en dat een eventueel voort te wentelen ARK-overschot uiteindelijk verdampt. Volgens de advocaat-generaal is dit problematisch vanuit EU-rechtelijke optiek, aangezien de voorrang van de DBI-regeling op de ARK en het feit dat de voortwenteling van onbenutte ARK in de tijd is beperkt, ertoe kunnen leiden dat door een Belgische moedermaatschappij ontvangen deelnemingsdividenden in een later jaar indirect belast worden, namelijk ten belope van de verdampte ARK. Dit is volgens de advocaat-generaal niet in overeenstemming met art. 4, lid 1, 1e streepje, Moeder-dochterrichtlijn. Ter onderbouwing van zijn standpunt verwijst de advocaat-generaal onder andere naar het eerdergenoemde arrest Cobelfret. Als eerst de ARK zou zijn toegepast en vervolgens de DBI-regeling, zoals Brussels Securities heeft aangevoerd, zou dit effect zich niet voordoen, omdat het DBI-overschot onbeperkt voorwaarts verrekenbaar is. We moeten afwachten of het HvJ meegaat in de analyse van de advocaat-generaal met betrekking tot de wisselwerking tussen de twee regelingen en de conclusie dat het verdampen van ARK-overschot materieel neerkomt op het belasten van ontvangen dividenden. Ik kan me echter goed voorstellen dat het HvJ meegaat in deze materiële benaderingswijze. In bijvoorbeeld het roemruchte 'per-elementarrest' van 22 februari 2018, zaken C-398/16 en C-399/16 (NTFR 2018/563), bleek het HvJ ook al bereid de effecten van twee verschillende regelingen (waarvan er in elk geval één op zichzelf niet strijdig was met het EU-recht) vanuit Unierechtelijk perspectief gecombineerd te beschouwen.

[1]Mr.dr. R.A. Bosman is werkzaam als belastingadviseur bij Loyens & Loeff NV, docent internationaal en Europees belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en director van het VU Nexus Centre for Multinational Taxation.

Datum: 24-10-2019

Bron: <https://www.ndfr.nl/NTFR/Details/NTFR2019-2439>

Copyright - Sdu - Alle rechten voorbehouden.