CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
H. SAUGMANDSGAARD ØE
van 5 september 2019[1]

Zaak C-389/18

Brussels Securities SA
tegen
Belgische Staat

[verzoek van de tribunal de première instance francophone de Bruxelles (Franstalige rechtbank van eerste aanleg Brussel, België) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten – Richtlijn 90/435/EEG – Artikel 4, lid 1, eerste streepje – Nationale regeling ter voorkoming van dubbele belasting van de door een dochteronderneming uitgekeerde winst – Dividenden die in mindering worden gebracht op de belastinggrondslag van de moedermaatschappij uitsluitend voor zover er belastbare winst bestaat – Mogelijkheid om overschotten zonder beperking in de tijd over te dragen – Verplichte volgorde van aanrekening van de aftrekbare bedragen”

I. Inleiding

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing dat is ingediend door de tribunal de première instance francophone de Bruxelles (Franstalige rechtbank van eerste aanleg Brussel, België), betreft de uitlegging van artikel 4 van richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten[2], zoals gewijzigd bij richtlijn 2006/98/EG[3] (hierna: „richtlijn 90/435”).

2. Krachtens artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 kan, wanneer een moedermaatschappij als deelgerechtigde van haar in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming uitgekeerde winst ontvangt, de lidstaat waar de moedermaatschappij is gevestigd, ervoor kiezen zich te onthouden van het belasten van deze winst. Zo heeft het Koninkrijk België bij de omzetting van deze bepaling een regeling ingevoerd die ertoe strekt dat de op zijn grondgebied gevestigde moedermaatschappijen tot op zekere hoogte worden vrijgesteld van belasting over de dividenden die zij van hun in andere lidstaten gevestigde dochterondernemingen hebben ontvangen, teneinde dubbele belastingheffing over deze winst te voorkomen.

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 Richtlijn van de Raad van 23 juli 1990 (PB 1990, L 225, blz. 6).

3 Richtlijn van de Raad van 20 november 2006 (PB 2006, L 363, blz. 129).

3. Het Hof heeft zich al vaker over de Belgische regeling inzake vennootschapsbelasting gebogen en in het bijzonder over twee aspecten ervan, namelijk de definitief belaste inkomsten (hierna: „DBI") en de aftrek voor risicokapitaal (hierna: „ARK"), op grond waarvan het mogelijk is dat de betrokken winst onder zeer specifieke voorwaarden wordt afgetrokken van de belastinggrondslag van een vennootschap.[4]

4. De onderhavige zaak ligt in het verlengde van deze rechtspraak en draait om een geschil dat in wezen het gevolg is van het feit dat naar Belgisch recht is vereist dat, enerzijds, de door een moedermaatschappij van haar dochterondernemingen ontvangen dividenden eerst in haar belastinggrondslag worden opgenomen en vervolgens uit hoofde van de DBI ervan worden afgetrokken, met voortaan de mogelijkheid van overdracht van het overschot naar alle volgende aanslagjaren, en, anderzijds, deze DBI worden verrekend vóór de ARK, waarvan de overdracht naar latere aanslagjaren daarentegen in de tijd beperkt is.

5. Kort samengevat wordt het Hof verzocht te bepalen of artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435 in de weg staat aan een nationale regeling volgens welke dividenden eerst in de belastbare winst van een moedermaatschappij moeten worden opgenomen en in combinatie daarmee een bepaalde volgorde van aanrekening van de aftrekbare bedragen verplicht is. Om de in de onderhavige conclusie uiteengezette redenen moet de prejudiciële vraag mijns inziens bevestigend worden beantwoord.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

6. Hoewel met ingang van 18 januari 2012 ingetrokken bij richtlijn 2011/96/EU[5], is richtlijn 90/435, gelet op het tijdstip van de feiten van het hoofdgeding, ratione temporis van toepassing.

7. In de vierde overweging van richtlijn 90/435 valt te lezen dat „wanneer een moedermaatschappij als deelgerechtigde van haar dochteronderneming uitgekeerde winst ontvangt, de lidstaat van de moedermaatschappij

– zich moet onthouden van het belasten van deze winst, of

– die winst moet belasten, maar in dat geval de moedermaatschappij moet toestaan het gedeelte van de belasting van de dochteronderneming dat op deze winst betrekking heeft van haar eigen belasting af te trekken".

8. Artikel 4, leden 1 en 2, van deze richtlijn luidt:

„1. Wanneer een moedermaatschappij of haar vaste inrichting, op grond van de deelgerechtigdheid van de moedermaatschappij in haar dochteronderneming, uitgekeerde winst ontvangt, anders dan bij de liquidatie van de dochteronderneming, moeten de lidstaat van de moedermaatschappij en de lidstaat van haar vaste inrichting:

– ofwel zich onthouden van het belasten van deze winst;

4 Zie in hoofdzaak arrest van 12 februari 2009, Cobelfret (C-138/07, EU:C:2009:82) (hierna: „arrest Cobelfret"), en beschikking van 4 juni 2009, KBC Bank en Beleggen, Risicokapitaal, Beheer (C-439/07 en C-499/07, EU:C:2009:339) (hierna: „beschikking KBC"). Zie voorts arresten van 4 juli 2013, Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, waarvan de punten 3-9 een beknopte beschrijving geven van de ARK-regeling), en 26 oktober 2017, Argenta Spaarbank (C-39/16, EU:C:2017:813, waarvan punt 10 een beknopte beschrijving geeft van de DBI-regeling).

5 Richtlijn van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 2011, L 345, blz. 8).

– ofwel de winst belasten, maar in dat geval de moedermaatschappij en de vaste inrichting toestaan van de verschuldigde belasting af te trekken het gedeelte van de belasting dat betrekking heeft op die winst en betaald is door de dochteronderneming en enigerlei kleindochteronderneming, op voorwaarde dat bij iedere schakel een vennootschap en haar kleindochteronderneming aan de in de artikelen 2 en 3 gestelde eisen voldoen, tot het bedrag van de overeenstemmende verschuldigde 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

1. Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (WIB 1992)

9. Richtlijn 90/435 is in Belgisch recht omgezet bij wet van 23 oktober 1991 [6], waarbij de toen geldende DBI-regeling is gewijzigd. Vervolgens is in de loop van 1992 een codificatie van de regeling inzake inkomstenbelasting en in het bijzonder van de bepalingen inzake de DBI doorgevoerd. [7]

10. De relevante bepalingen van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 [8], in de op het hoofdgeding toepasselijke versie, namelijk die voor aanslagjaar 2011 (hierna: „WIB 1992"), zijn hieronder weergegeven.

11. *Wat de DBI betreft* bepaalt artikel 202, § 1, 1°, van het WIB 1992 dat „[v]an de winst van het belastbare tijdperk [mede] worden [...] afgetrokken, in zover zij erin voorkomen [,] dividenden met uitzondering van inkomsten die zijn verkregen naar aanleiding van de afstand aan een vennootschap van haar eigen aandelen of naar aanleiding van de gehele of gedeeltelijke verdeling van het vermogen van een vennootschap".

12. Artikel 204, eerste alinea, van het WIB 1992 bepaalt dat „[d]e ingevolge artikel 202, § 1, 1°, [...] aftrekbare inkomsten [...] geacht [worden] in de winst van het belastbare tijdperk voor te komen tot 95 pct van het geïnde of verkregen bedrag".

13. Artikel 205, §§ 2 en 3, van het WIB 1992 luidt:

„2. De aftrek ingevolge artikel 202 wordt beperkt tot het bedrag van de winst van het belastbare tijdperk dat overblijft na toepassing van artikel 199, verminderd met [de hieronder weergegeven lasten].

De in het eerste lid opgesomde verminderingen zijn niet van toepassing op in artikel 202, § 1, 1° [...], vermelde inkomsten, verleend of toegekend door een dochteronderneming gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie.

6 *Belgisch Staatsblad* van 15 november 1991, blz. 25619.

7 Zie voor meer details arrest Cobelfret (punten 6 e.v.) en arrest van 26 oktober 2017, Argenta Spaarbank (C-39/16, EU:C:2017:813, punten 7 e.v.).

8 *Belgisch Staatsblad* van 30 juli 1992, blz. 17120.

Voor de toepassing van het vorige lid verstaat men onder dochteronderneming, de dochteronderneming zoals ze is omgeschreven in [richtlijn 90/435].

3. De in artikel 202, § 1, 1° [...], bedoelde inkomsten, tot 95 pct. van hun bedrag, verleend of toegekend door een in paragraaf 2, derde lid, bedoelde dochteronderneming gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie, die niet kunnen worden afgetrokken, mogen naar volgende belastbare tijdperken worden overgedragen."

14. *Wat de ARK betreft* bepaalt artikel 205 ter, § 1, eerste alinea, van het WIB 1992 dat „[o]m de [ARK] voor een belastbaar tijdperk te bepalen, [...] het in aanmerking te nemen risicokapitaal, onder voorbehoud van de bepalingen van de §§ 2 tot 7, [overeenstemt] met het bedrag van het eigen vermogen van de vennootschap, aan het eind van het voorgaande belastbare tijdperk, en dat overeenkomstig de wetgeving betreffende de boekhouding en de jaarrekening van vennootschappen werd bepaald en voor het bedrag waarvoor die bestanddelen op de balans voorkomen".

15. Artikel 205 quinquies van het WIB 1992 bepaalt dat „[i]ndien er voor een belastbaar tijdperk geen of onvoldoende winst is om de [ARK] [...] in mindering [te kunnen] brengen, [...] de voor dat belastbaar tijdperk niet verleende vrijstelling achtereenvolgens [wordt] overgedragen op de winst van de zeven volgende belastbare tijdperken".

16. *Wat de beroepsverliezen betreft* die in de voorafgaande belastbare tijdperken zijn geleden, bepaalt artikel 206, § 1, eerste alinea, van het WIB 1992 dat deze vorige aftrekbare beroepsverliezen „achtereenvolgens van de winst van elk volgende belastbare tijdperk [worden] afgetrokken".

17. Ingevolge artikel 207 van het WIB 1992 „regelt [de Koning] de wijze waarop de in de artikelen 199 tot 206 bepaalde aftrekken worden verricht".

2. Koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 1992 (KB/WIB 1992)

18. De relevante bepalingen van het koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 1992[9], in de voor aanslagjaar 2011 geldende versie (hierna: „KB/WIB 1992"), zijn hieronder weergegeven.

19. Tot hoofdstuk I van het KB/WIB 1992, met als opschrift „Grondslag en berekening van de belastingen", behoort afdeling 28, met het kopje „Vaststelling van het belastbare inkomen inzake vennootschapsbelasting", met de artikelen 74 tot en met 79.

20. Artikel 77 van het KB/WIB 1992 bepaalt dat „[d]e in de artikelen 202 tot 205 van het [WIB 1992] omschreven bedragen die als [DBI] of als vrijgestelde roerende inkomsten aftrekbaar zijn, [...] tot het bedrag van de restwinst na toepassing van artikel 76 [worden] afgetrokken; die aftrek gebeurt met inachtneming van de oorsprong van de winst en bij voorrang van de winst waarin die bedragen voorkomen".

21. Artikel 77/1 van het KB/WIB 1992 bepaalt dat „[d]e in de artikelen 205^{1} tot 205^{4} van het [WIB 1992] vermelde aftrek voor octrooi-inkomsten [...] tot het bedrag van de restwinst na toepassing van artikel 77 [wordt] afgetrokken".

22. Artikel 77 bis van het KB/WIB 1992 bepaalt dat „[d]e in de artikelen 205 bis tot 205 septies van het [WIB 1992] omschreven [ARK] [...] tot het bedrag van de restwinst na toepassing van artikel 77 [wordt] afgetrokken".

9 *Belgisch Staatsblad* van 13 september 1993, blz. 20105.

23. Artikel 78, eerste alinea, van het KB/WIB 1992 bepaalt dat „[v]an de overeenkomstig de artikelen 74 tot 77 vastgestelde winst [...] de in artikel 206 van het [WIB 1992] vermelde vorige beroepsverliezen [worden] afgetrokken in zover die verliezen, vastgesteld overeenkomstig de wetgeving die van toepassing is voor de betreffende belastbare tijdperken, niet vroeger konden worden afgetrokken. [...]"

24. Artikel 79 van het KB/WIB 1992 bepaalt dat „[d]e in de artikelen 68 tot 77 en 201 van het [WIB 1992] vermelde investeringsaftrek, [...] vervolgens [wordt] afgetrokken van het bedrag van de Belgische winst dat overblijft na toepassing van artikel 78".

III. Hoofdgeding, prejudiciële vraag en procedure bij het Hof

25. De in België gevestigde vennootschap Brussels Securities SA is in deze lidstaat belastingplichtig in de vennootschapsbelasting. In haar „aangifte in de vennootschapsbelasting" voor aanslagjaar 2011 heeft zij verklaard de belastinggrondslag te hebben berekend door eerst de ARK en vervolgens de DBI aan te rekenen.

26. Bij bericht van 21 mei 2013 heeft de Belgische belastingadministratie Brussels Securities meegedeeld voornemens te zijn aan het einde van aanslagjaar 2011 „het bedrag van de overdraagbare ARK te wijzigen" overeenkomstig de regels van de artikelen 74 tot en met 79 van het KB/WIB 1992, waaruit volgt dat de van de belastbare winst aftrekbare bedragen in deze volgorde moeten worden aangerekend: eerst de in artikel 77 van het KB/WIB 1992 bedoelde DBI, vervolgens de in artikel 77 bis ervan bedoelde ARK en ten slotte de in artikel 78 ervan bedoelde overdraagbare verliezen.

27. Aangezien Brussels Securities deze aanrekeningsvolgorde voor de aanslagjaren 2005 tot en met 2011 niet had toegepast, heeft de belastingadministratie op 23 oktober 2013 een beslissing tot taxatie vastgesteld, waarin de aftrekbare bedragen die aan het einde van aanslagjaar 2011 konden worden overgedragen, werden gewijzigd. Het bezwaar dat Brussels Securities vervolgens heeft gemaakt, is op 23 mei 2014 afgewezen.

28. Daarop heeft Brussels Securities zich tot de tribunal de première instance francophone de Bruxelles gewend, met verzoek om, ten eerste, het bericht van wijziging van 21 mei 2013 en de beslissing tot taxatie van 23 oktober 2013 nietig te verklaren en, ten tweede, te verklaren voor recht dat de bedragen van de DBI (alsmede de DBI-overschotten) en van de ARK (alsmede de ARK-overschotten) van Brussels Securities overeenkomen met de bedragen die zijn opgevoerd in haar aangifte voor aanslagjaar 2011.

29. Ter ondersteuning van haar beroep voert Brussels Securities met name aan dat de door de artikelen 74 tot en met 79 van het KB/WIB 1992 voorgeschreven aanrekeningsvolgorde niet verenigbaar is met het Unierecht, aangezien deze volgorde „schending van het beginsel van richtlijn [90/435] (in het bijzonder het verbod van dubbele belasting van de voor de DBI-regeling in aanmerking komende dividenden)" oplevert, alsmede „schending van [deze richtlijn], zoals uitgelegd in het arrest Cobelfret".

30. In zijn verweer betoogt de Belgische Staat met name dat richtlijn 90/435 de lidstaten ertoe verplicht zich te onthouden van het belasten van de door een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitgekeerde winst en dat, bij de wijzigingen waarom het in het hoofdgeding gaat, de door Brussels Securities van haar dochterondernemingen ontvangen dividenden wel degelijk integraal zijn afgetrokken van haar belastinggrondslag, terwijl de niet-aftrek ervan het enige geval is dat in strijd met deze richtlijn kan zijn.

31. In deze context heeft de tribunal de première instance francophone de Bruxelles bij beslissing van 26 januari 2018, ingekomen ter griffie van het Hof op 13 juni 2018, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

„Moet artikel 4 van richtlijn [90/435], 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 [WIB 1992] en het [KB/WIB 1992], in de versie die van toepassing is voor 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 [DBI],

wegens de gezamenlijke toepassing – om de berekeningsgrondslag van de vennootschapsbelasting van de moedermaatschappij te bepalen – van die Belgische aftrekmethode van de [DBI] en (1) de regels inzake een andere aftrek, die een bij die regeling bepaald fiscaal voordeel vormt (de [ARK]), (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 [DBI], van de [ARK] 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 [DBI], vervolgens de overgedragen [ARK] (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 [DBI], de [ARK] en het saldo van de vorige recupereerbare verliezen hoger zijn dan het bedrag van de belastbare winst?"

32. Bij het Hof zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door Brussels Securities, de Belgische regering en de Europese Commissie. Tijdens de twee terechtzittingen, die op 4 april 2019 en 3 juli 2019 zijn gehouden, waren dezelfde partijen en belanghebbenden vertegenwoordigd.

IV. Analyse

33. De verwijzende rechter wenst van het Hof in wezen te vernemen of artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de regeling van een lidstaat, zoals de Belgische DBI-regeling, volgens welke dividenden die een moedermaatschappij van haar dochterondernemingen ontvangt, eerst in haar belastinggrondslag worden *opgenomen* en *vervolgens*

hiervan worden *afgetrokken* ten belope van 95 %[10], deze aftrek naar alle latere aanslagjaren *overdraagbaar* is wanneer de aftrek niet voor een bepaald aanslagjaar kan worden toegepast bij gebreke van een positief resultaat na de aftrek van andere vrijgestelde winsten, en deze aftrek wordt *aangerekend vóór* een belastingvoordeel dat in de tijd beperkt overdraagbaar is, in casu de ARK.[11]

34. Volgens de Belgische regering moet de vraag van de verwijzende rechter ontkennend worden beantwoord. Brussels Securities en de Commissie daarentegen geven in overweging om deze vraag bevestigend te beantwoorden. Ik deel de laatste zienswijze, en wel om de hierna uiteengezette redenen.

35. Alvorens nader in te gaan op het voorwerp van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing (B), acht ik het nuttig om een beknopt overzicht te geven van de ontwikkeling van de Belgische DBI-regeling in het kielzog van eerdere uitspraken van het Hof over de uitlegging van artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435 (A).

A. Ontwikkeling van de Belgische DBI-regeling in het licht van de rechtspraak van het Hof

36. *Ten eerste* moet worden benadrukt dat, zoals is bevestigd tijdens de debatten voor het Hof, het Koninkrijk België, door de in het hoofdgeding aan de orde zijnde voorschriften vast te stellen, de reeds bestaande DBI-regeling[12] heeft willen aanpassen ter omzetting van richtlijn 90/435, en meer bepaald artikel 4, lid 1, eerste streepje, ervan, dat voorziet in een *methode van vrijstelling* voor de inkomsten die de door een moedermaatschappij van haar in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming ontvangen winst vormen, in tegenstelling tot het tweede streepje van dat lid 1, dat voorziet in een *methode van verrekening* van de door de dochteronderneming reeds over deze winst betaalde belasting met de door de moedermaatschappij verschuldigde belasting.[13]

37. Ook al leiden zij niet noodzakelijkerwijs tot hetzelfde concrete resultaat voor de ontvanger van de dividenden[14], beide methoden hebben als wezenlijk doel te voorkomen dat grensoverschrijdend uitgekeerde winst economisch[15] dubbel wordt belast, namelijk eerst bij de uitkerende en vervolgens bij de ontvangende vennootschap. Zoals valt te lezen in haar derde overweging, beoogt richtlijn 90/435 met de invoering van een gemeenschappelijke fiscale regeling immers iedere benadeling van de samenwerking tussen vennootschappen uit verschillende lidstaten ten opzichte van de samenwerking tussen vennootschappen van dezelfde lidstaat op te heffen en aldus de hergroepering van

10 Ik wijs erop dat deze beperking van de aftrek tot 95 % verband houdt met het feit dat het Koninkrijk België gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid van artikel 4, lid 2, van richtlijn 90/435 om de niet-aftrekbare, en dus belastbare, beheerskosten vast te stellen op een forfaitair bedrag dat niet meer bedraagt dan 5 % van de door de dochteronderneming uitgekeerde winst (zie beschikking KBC, punten 51 en 52).

11 Brussels Securities heeft, voor de verwijzende rechter en het Hof, bovendien gesteld dat deze aanrekeningsvolgorde in strijd was met de in artikel 49 VWEU verankerde vrijheid van vestiging. Net als de Belgische regering en de Commissie zal ik mij hierover echter niet uitspreken. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt namelijk dat dit argument samenhing met een beweerde schending van de Belgische Grondwet, welk middel reeds door deze rechterlijke instantie is afgewezen. Bovendien wordt artikel 49 VWEU niet beoogd in de vraag die aan het Hof is voorgelegd, zelfs niet in wezen, en ik vind niet dat de uitlegging ervan nuttig zou zijn om de nationale rechter in staat te stellen het hoofdgeding te beslechten, in de zin van de vaste rechtspraak van het Hof (zie met name arrest van 19 december 2018, AREX CZ, C-414/17, EU:C:2018:1027, punten 34 en 35).

12 Zie met betrekking tot de oorsprong van deze regeling en de redenen die voor de instandhouding ervan zijn aangevoerd: Malherbe, J., „Le régime mères-filiales en Belgique: la leçon d'anatomie", *Revue pratique des sociétés*, 2010, blz. 34-37.

13 Terwijl de *vrijstellingsmethode* veronderstelt dat de lidstaat waarin de moedermaatschappij is gevestigd, deze winst niet belast, bestaat de *verrekeningsmethode* erin deze winst te belasten en de moedermaatschappij toe te staan het 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 van de bronbelasting die door de lidstaat van vestiging van de dochteronderneming wordt geheven, zulks tot het bedrag van de overeenstemmende verschuldigde belasting (zie met name arrest Cobelfret, punten 31 en 43; arresten van 26 oktober 2017, Argenta Spaarbank, C-39/16, EU:C:2017:813, punt 49, en 26 februari 2019, T Danmark en Y Denmark, C-116/16 en C-117/16, EU:C:2019:135, punt 12).

14 Zie arrest van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 43), en arrest Cobelfret (punt 31).

15 Dubbele belastingheffing is „economisch" wanneer twee staten voor dezelfde inkomsten bij verschillende belastingplichtigen belasting heffen en „juridisch" wanneer twee staten eenzelfde belastingplichtige belasten over de inkomsten (zie Jourdain, S., „Excédents de RDT: une véritable odyssée fiscale", *Comptabilité et fiscalité pratiques*, 2009, nr. 8, blz. 209).

vennootschappen op het niveau van de Unie te vergemakkelijken. Het geheel van de bepalingen van deze richtlijn, inzonderheid artikel 4, lid 1, beoogt dus de waarborging van de fiscale neutraliteit van de winstuitkering door een in een lidstaat gevestigde dochteronderneming aan haar in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij.[16]

38. *Ten tweede* herinner ik eraan dat in het arrest Cobelfret artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 aldus is uitgelegd dat het zich verzette tegen een regeling van een lidstaat als de Belgische DBI-regeling die van toepassing was in de zaak die tot dat arrest heeft geleid.[17]

39. Dienaangaande heeft het Hof erop gewezen dat, in de destijds geldende versie van die regeling, was bepaald dat voor de vrijstelling van dividenden die een in België gevestigde moedermaatschappij ontving van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming, deze dividenden in de belastinggrondslag van de moedermaatschappij werden opgenomen en daarna ten belope van 95 % daarvan werden afgetrokken uitsluitend voor zover er voor het betrokken belastbare tijdperk een positief winstsaldo overbleef na aftrek van de andere vrijgestelde winsten. Met andere woorden, de aftrek van die dividenden was enkel mogelijk voor zover voor de moedermaatschappij voldoende belastbare winst overbleef tijdens het belastbare tijdperk waarin de dividenduitkering had plaatsgevonden.

40. Het Hof heeft tevens geconstateerd dat een dergelijke nationale regeling met zich meebracht dat de moedermaatschappij dit belastingvoordeel slechts volledig kon benutten indien zij voor hetzelfde belastbare tijdperk geen negatief resultaat had geboekt met betrekking tot haar andere belastbare inkomsten, en dat bovendien, wanneer de moedermaatschappij voor het betrokken belastbare tijdperk geen andere belastbare winsten boekte, deze regeling als hieruit voortvloeiend gevolg had dat haar overdraagbare verliezen ten belope van de ontvangen dividenden werden verminderd. De lidstaten kunnen echter niet eenzijdig beperkende maatregelen vaststellen en voorwaarden stellen aan de mogelijkheid om gebruik te maken van de uit richtlijn 90/435 voortvloeiende voordelen.

41. Bijgevolg heeft het Hof geoordeeld dat ook al werden de ontvangen dividenden niet rechtstreeks aan de vennootschapsbelasting onderworpen in het belastingjaar waarin deze waren uitgekeerd, de hieruit voorvloeiende vermindering van naar latere belastingjaren overdraagbare verliezen van de moedermaatschappij ertoe kon leiden dat deze moedermaatschappij op deze dividenden *indirect* werd belast in latere belastingjaren, wanneer haar resultaat positief was.[18] Een dergelijk gevolg van de beperking van de mogelijkheid voor een moedermaatschappij om de van haar dochterondernemingen ontvangen dividenden uit hoofde van de DBI af te trekken, is noch met de bewoordingen, noch met de doelstellingen en de opzet van die richtlijn verenigbaar.

42. Ik begrijp deze uitspraak aldus dat een regeling van een lidstaat betreffende moedermaatschappijen die van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming dividenden hebben ontvangen, slechts in overeenstemming met artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 kan zijn wanneer zij niet de facto voor hen het verlies kan meebrengen van een ander in het nationale recht voorzien belastingvoordeel waarvan zij gebruik hadden kunnen maken indien die dividenden niet op een dergelijke wijze zouden zijn behandeld, waarbij dit verlies kan worden gelijkgesteld met een indirecte belasting van die dividenden.

16 Zie met name arrest Cobelfret (punten 29 en 46); arresten van 8 maart 2017, Wereldhave Belgium e.a. (C-448/15, EU:C:2017:180, punten 25, 35-37 en 39), en 26 oktober 2017, Argenta Spaarbank (C-39/16, EU:C:2017:813, punten 47 en 48).

17 Zie punten 27-57, inzonderheid punten 35-41, van het arrest Cobelfret. Voorts heeft het Hof in punten 58-65 van dat arrest geoordeeld dat artikel 4, lid 1, eerste streepje, rechtstreekse werking heeft, omdat deze bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om voor de nationale rechter te kunnen worden ingeroepen. Zie ook conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Cobelfret (C-138/07, EU:C:2008:268, punten 12 e.v.).

18 Aangezien de betrokken belastingregeling de overdracht van verliezen naar latere belastingjaren in beginsel toestaat, heeft de vermindering van de verliezen van de moedermaatschappij die voor een dergelijke overdracht in aanmerking komen ten belope van de ontvangen dividenden, immers gevolgen voor de belastinggrondslag van deze vennootschap in het belastingjaar volgend op dat van de uitkering van deze dividenden, wanneer de winst van de betrokken vennootschap hoger is dan haar overdraagbare verliezen, aangezien de belastinggrondslag hoger is als gevolg van de vermindering van de overdraagbare verliezen.

43. *Ten derde* wijs ik erop dat het Hof in de beschikking KBC, die enkele maanden na het arrest Cobelfret is gegeven, om te beginnen de daarin uiteengezette overwegingen in wezen heeft herhaald, gelet op de overeenkomsten tussen de feitelijke en juridische omstandigheden die tot dat arrest hadden geleid, en die welke tot de eerste in deze beschikking onderzochte vraag hadden geleid. [19]

44. Vervolgens heeft het Hof artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435, gelezen in samenhang met lid 2 van dat artikel, aldus uitgelegd dat het een lidstaat niet ertoe verplicht om noodzakelijkerwijs toe te laten dat de winst die aan de in deze staat gevestigde moedermaatschappij wordt uitgekeerd door haar dochteronderneming met zetel in een andere lidstaat, volledig aftrekbaar is van het bedrag van de winst van het betrokken belastbare tijdperk, en dat het daaruit voortvloeiende verlies overdraagbaar is naar een later belastbaar tijdperk. Het staat de lidstaten vrij te bepalen volgens welke modaliteiten het in lid 1, eerste streepje, van dat artikel voorgeschreven resultaat wordt bereikt. Wanneer een lidstaat voor de vrijstellingsmethode van artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 heeft gekozen en volgens de regeling van deze lidstaat verlies in beginsel overdraagbaar is naar latere belastbare tijdperken, verzet deze bepaling zich evenwel tegen een regeling van een lidstaat die ertoe leidt dat het verlies van de moedermaatschappij dat voor een dergelijke overdracht in aanmerking komt, vermindert ten belope van de ontvangen dividenden. [20]

45. *Ten vierde* merk ik op dat na het arrest Cobelfret en de beschikking KBC de betrokken Belgische bepalingen zijn *gewijzigd*. Zoals in de verwijzingsbeslissing wordt toegelicht, heeft de Belgische Staat zijn regeling voor de aftrek van de DBI herzien door een § 3 toe te voegen aan artikel 205 van het WIB 1992, die ratione temporis van toepassing is in het onderhavige geval. [21]

46. Voortaan kunnen op grond van deze bepaling de DBI, ten belope van 95 % van het bedrag ervan, die niet onmiddellijk door een moedermaatschappij konden worden afgetrokken vanwege onvoldoende belastbare winst tijdens het belastingjaar waarin de dividenden door haar dochteronderneming zijn uitgekeerd, worden overgedragen naar latere belastbare tijdperken. Bovendien kunnen de DBI-overschotten zonder beperking in de tijd worden overgedragen. De mogelijkheid om de DBI af te trekken, is dus niet meer beperkt tot de gevallen waarin, uitsluitend voor het belastingjaar waarin de winstuitkering heeft plaatsgevonden, een positief winstsaldo overblijft na aftrek van de andere vrijgestelde winsten.

47. De verwijzende rechter is van oordeel dat, ondanks de verbeteringen die bij deze hervorming zijn doorgevoerd, schending van richtlijn 90/435 door de Belgische DBI-regeling, in de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geldende versie, daarom nog niet is uitgesloten. Dit moet thans worden onderzocht.

19 Zie punten 33-44 en punt 1 van het dictum van de beschikking KBC, waarin artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 aldus wordt uitgelegd dat het „zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die bepaalt dat, voor de vrijstelling van de dividenden die een in deze staat gevestigde moedervennootschap ontvangt van een dochteronderneming met zetel in een andere lidstaat, deze dividenden in de belastinggrondslag van de moedervennootschap 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, met als gevolg dat:
– de moedervennootschap in een later belastbaar tijdperk wordt belast over de ontvangen winstuitkeringen wanneer zij geen of onvoldoende belastbare winst heeft geboekt gedurende het belastbare tijdperk waarin deze winst is uitgekeerd,
of dat
– het verlies van dat belastbare tijdperk wordt gecompenseerd met de winstuitkeringen en ten belope van het bedrag van deze winstuitkeringen niet overdraagbaar is naar een later belastbaar tijdperk”.

20 Zie punten 45-54 en punt 2 van het dictum van de beschikking KBC. Het Hof heeft zich ook uitgesproken over vragen die niet rechtstreeks relevant zijn voor het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing, te weten: de bevoegdheid van het Hof wanneer het verzoek om een prejudiciële beslissing is gebaseerd op de toepasselijkheid op een zuiver interne situatie van bepalingen van een in nationaal recht omgezette richtlijn; de uitlegging van de bepalingen van het EG-Verdrag inzake het vrije verkeer van kapitaal, alsmede de uitlegging van artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU) betreffende de vrijheid van vestiging (zie punten 55-82 en punten 3-5 van het dictum).

21 De Belgische regering preciseert dat dit lid 3 van toepassing is op het in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanslagjaar 2011, want dit lid is in het WIB 1992 ingevoegd bij artikel 8 van de wet van 21 december 2009 (*Belgisch Staatsblad* van 31 december 2009, blz. 82816), welke bepaling op 1 januari 2010 in werking is getreden.

B. Beoordeling van de verenigbaarheid met het Unierecht van een nationale regeling als die in het hoofdgeding

48. De verwijzende rechter is van oordeel dat Brussels Securities, in het hoofdgeding, „terecht concludeert" dat „de gezamenlijke toepassing van de DBI-vrijstellingsregeling van het WIB 1992 en de aanrekeningsvolgorde van het KB/WIB 1992 indirect maar stellig ertoe leidt dat de [moeder-]vennootschap zwaarder wordt belast dan wanneer de dividenden eenvoudigweg niet in de belastbare basis zouden worden opgenomen", hetgeen onverenigbaar zou kunnen zijn met artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435. Voor het Hof handhaaft Brussels Securities dit standpunt. De Belgische regering daarentegen verdedigt het tegenovergestelde standpunt. De Commissie is op haar beurt van mening dat een regeling als die van de DBI niet als zodanig onverenigbaar is met deze bepaling, maar vanwege de toepassing ervan in combinatie met de regels tot vaststelling van de volgorde van aanrekening en eventuele overdracht van andere belastingaftrekken. Ik deel dit laatste standpunt.

49. Mijns inziens worden met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing twee kwesties aan de orde gesteld, namelijk: is het in overeenstemming met artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 dat een regeling van een lidstaat voorschrijft dat de ontvangen dividenden eerst worden opgenomen en vervolgens worden afgetrokken in plaats van deze onmiddellijk uit te sluiten van de belastinggrondslag van de moedermaatschappij (1), en een aanrekeningsvolgorde oplegt met de verplichting om deze dividenden of de overschotten ervan, in casu uit hoofde van de DBI, in mindering te brengen voorafgaand aan een ander, in het nationale recht voorzien belastingvoordeel, waarvan de overdracht in de tijd beperkt is, in casu de ARK (2). Ik ben van mening dat deze bepaling aldus moet worden uitgelegd dat een dergelijke nationale regeling, wat dit tweede aspect betreft, onverenigbaar met richtlijn 90/435 is.

1. Opneming van de dividenden in de belastinggrondslag van de moedermaatschappij, gevolgd door de aftrek ervan van die grondslag

50. Vooraf stel ik vast dat *het Hof zich nog niet heeft uitgesproken* over de vraag of een nationale regeling als de Belgische DBI-regeling, volgens welke de door een dochteronderneming uitgekeerde winst eerst moet worden opgenomen in de belastinggrondslag van haar in een andere lidstaat gevestigde moedervennootschap en vervolgens van die grondslag moet worden afgetrokken[22], *op zichzelf* in overeenstemming is met artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435, op grond waarvan de lidstaten die voor de in deze bepaling vastgelegde methode hebben gekozen, te weten een vrijstellingsregeling, zich moeten onthouden van het belasten van dergelijke winst. Ik merk op dat bij de omzetting van deze richtlijn in België alsmede in de rechtsleer die zich naderhand hierover heeft gebogen, twijfels zijn geuit over de verenigbaarheid van een dergelijke regeling met deze richtlijn.[23]

51. Het is juist dat het Hof in de zaken die zijn uitgemond in het arrest Cobelfret en de beschikking KBC, vragen zijn gesteld in verband met een aangrenzende problematiek. In de betrokken hoofdgedingen ging het namelijk ook over bepalingen van de Belgische DBI-regeling die ten dele identiek waren aan de in casu aan de orde zijnde bepalingen, aangezien de destijds geldende bepalingen reeds voorzagen in een regeling van opneming van de dividenden in de belastinggrondslag van de moedermaatschappij en vervolgens van aftrek ervan ten belope van 95 %. De in die zaken

22 De werkwijze waarbij deze winst in de belastinggrondslag wordt opgenomen en vervolgens hierop in mindering wordt gebracht, hangt samen met het beginsel van belastingheffing over het „totale inkomen", dus het „wereldinkomen", van in België gevestigde vennootschappen, dat is neergelegd in artikel 1, § 1, 2°, van het WIB 1992 (zie in die zin Richelle, I., „Cobelfret et l'interprétation de la directive mère-filiales: le régime belge des RDT est contraire au droit communautaire", *Revue générale de fiscalité*, 2009, nr. 3, blz. 4 en 6).

23 Volgens Jourdain, S., op. cit. in voetnoot 15, blz. 210, is zowel door de Commissie in een brief van 5 juli 1991 als in een rapport van onafhankelijke deskundigen, dat in maart 1992 is gepubliceerd, en door een groot deel van de rechtsleer geoordeeld dat een correcte uitvoering van richtlijn 90/435 zou inhouden dat de dividenden van meet af aan van het belastbare resultaat moeten worden uitgesloten, in plaats van deze eerst hierin op te nemen en vervolgens hierop in mindering te brengen.

onderzochte verzoeken om een prejudiciële beslissing hadden echter geen betrekking op de verenigbaarheid van een dergelijke regeling met richtlijn 90/435, maar waren toegespitst op rechtsvragen die samenhingen met dat aspect van die regeling, en meer specifiek op de voorwaarden waaraan de aftrek van de DBI toen was onderworpen.[24]

52. Hoewel deze eerdere zaken zich afspeelden in een rechtskader dat gedeeltelijk vergelijkbaar is met dat van de onderhavige zaak, hebben zij het Hof dus niet ertoe gebracht zich te buigen over de vraag die de verwijzende rechter in de onderhavige zaak mijns inziens in wezen stelt, namelijk de verenigbaarheid met artikel 4, lid 1, eerste streepje, van deze richtlijn van een nationale regeling die de verplichting inhoudt om de dividenden die van een dochteronderneming door een in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij zijn ontvangen eerst op te nemen en vervolgens af te trekken, in plaats van deze „eenvoudigweg" niet in de belastinggrondslag van de moedermaatschappij op te nemen.[25]

53. Ik ben van mening dat een dergelijke werkwijze *op zichzelf niet onverenigbaar is* met de in artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 neergelegde methode van vrijstelling voor de door een dochteronderneming uitgekeerde winst. Mijns inziens is deze slotsom onvermijdelijk, gelet op niet alleen de bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van die tekst maar ook de doelstellingen en de context ervan[26], waaruit de relevante beoordelingselementen moeten worden afgeleid, alvorens aan de hand daarvan de in casu ter discussie staande nationale regeling kan worden onderzocht.

54. *Wat betreft de terminologie* die in artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435 en in de vierde overweging ervan wordt gebruikt, wijs ik erop dat hierin valt te lezen dat, bij de omzetting van deze richtlijn, elke lidstaat, wat betreft op hun grondgebied gevestigde moedermaatschappijen, *ofwel zich onthoudt van het belasten* van de winst die zij ontvangen van hun in een andere lidstaat gevestigde dochterondernemingen (eerste streepje), *ofwel belasting heft* over de winst, maar in dat geval de moedermaatschappij toestaat dat gedeelte van de belasting van de dochteronderneming dat op deze winst betrekking heeft, *af te trekken van haar eigen belasting* (tweede streepje).

55. Gelet op deze formulering ben ik van mening dat de eerste van de twee aldus geboden mogelijkheden, die bestaat in een „vrijstellingsregeling"[27] waarvoor het Koninkrijk België heeft geopteerd[28], enkel inhoudt dat de uitgekeerde winst uiteindelijk niet aan belasting wordt onderworpen[29], rechtstreeks noch indirect, en niet dat zij noodzakelijkerwijs van meet af aan van de belastinggrondslag van de moedermaatschappij moet worden uitgesloten, zijnde een uitlegging die mijns inziens niet wordt weersproken door de wetgevingswerkzaamheden die aan richtlijn 90/435 zijn

24 Zie punten 38-46 van deze conclusie.

25 Volgens de bewoordingen van de prejudiciële vraag en de motivering van de verwijzingsbeslissing.

26 Het is vaste rechtspraak dat een Unierechtelijke bepaling in de gehele Unie autonoom en uniform moet worden uitgelegd, met inachtneming van de bewoordingen van deze bepaling, de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt en van haar ontstaansgeschiedenis (zie met name arresten van 17 januari 2019, Brisch, C-102/18, EU:C:2019:34, punt 22, en 11 april 2019, Tarola, C-483/17, EU:C:2019:309, punten 36 en 37).

27 Aangezien het Hof heeft gepreciseerd dat er geen wezenlijk verschil bestaat tussen het „zich onthouden van het belasten" en het „vrijstellen" van de door de moedermaatschappij ontvangen winsten (zie arrest Cobelfret, punt 43, en de in voetnoot 13 van deze conclusie aangehaalde rechtspraak).

28 Zie punt 36 van deze conclusie.

29 Zie in die zin arrest van 22 december 2008, Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758, punt 42), waarin het Hof heeft geoordeeld dat het belastingvoordeel dat een moedermaatschappij kan genieten op grond van artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435, bestaat in „winsten [...] ontvangen waarover zij [...] geen belasting moet betalen".

voorafgegaan.[30] Ik wijs erop dat de tweede mogelijkheid, die bestaat in een „verrekeningsregeling", het daarentegen mogelijk maakt om deze winst te belasten maar met een mogelijkheid tot aftrek van de belasting die is betaald door de dochteronderneming onder de hierboven uiteengezette voorwaarden[31].

56. *Wat betreft de doelstellingen* van richtlijn 90/435, en in het bijzonder van artikel 4, lid 1, eerste streepje, ervan, merk ik op dat het Hof reeds heeft benadrukt dat met name uit de derde overweging ervan blijkt dat richtlijn 90/435 tot doel heeft door de invoering van een gemeenschappelijke fiscale regeling elke benadeling van de samenwerking tussen vennootschappen uit verschillende lidstaten ten opzichte van de samenwerking tussen vennootschappen van eenzelfde lidstaat op te heffen, en aldus de hergroepering van vennootschappen op Unieniveau te vergemakkelijken. Ter verwezenlijking van de doelstelling dat winstuitkeringen door een in een lidstaat gevestigde dochteronderneming aan haar in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij fiscaal neutraal zijn, beoogt deze richtlijn te voorkomen dat deze winst economisch 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.[32] De door mij voorgestane uitlegging van dit lid 1, eerste streepje, is volledig in overeenstemming met deze doelstellingen.

57. *Wat betreft de context* van artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435 wijs ik erop dat deze richtlijn het door de lidstaten te bereiken resultaat vaststelt, te weten dubbele belasting over de betrokken winst vermijden door te kiezen voor een van de twee in die bepaling voorziene methoden, maar dat deze richtlijn, vanwege de specifieke kenmerken van dit soort handelingen in het Unierecht, de lidstaten niet bindt wat betreft de ter verwezenlijking van dit doel te gebruiken modaliteiten.

58. Het Hof heeft in de beschikking KBC[33] deze regels onder de aandacht gebracht en om te beginnen eraan herinnerd dat elke lidstaat met eerbiediging van het Unierecht zijn stelsel van belasting van winstuitkeringen dient te organiseren en in dat kader de belastinggrondslag en het belastingtarief voor de ontvangende aandeelhouder moet bepalen. Voorts heeft het Hof verklaard dat artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 niet voorschrijft op welke wijze de lidstaten die voor de vrijstellingsmethode hebben gekozen, deze methode ten uitvoer moeten brengen, aangezien volgens de bewoordingen van artikel 249 EG (thans artikel 288 VWEU) de lidstaten immers bevoegd zijn om voor de uitvoering van de richtlijnen de vorm en de middelen te kiezen waarmee het door de richtlijnen nagestreefde resultaat het best kan worden bereikt. Hieruit heeft het Hof afgeleid dat het de lidstaten vrijstaat om, gelet op de behoeften van hun nationale rechtsorde, te bepalen volgens welke modaliteiten het in artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 voorgeschreven resultaat wordt bereikt.

59. Volgens vaste rechtspraak behoren de directe belastingen bij de huidige stand van het Unierecht weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten, maar zijn de lidstaten niettemin verplicht die bevoegdheid in overeenstemming met het Unierecht uit te oefenen.[34] Meer bepaald moeten de lidstaten in het kader van de harmonisatie die richtlijn 90/435 tot stand brengt, de bepalingen van die richtlijn naleven die de heffingsbevoegdheid tussen hen verdelen, waarbij het de staat van de

30 Het door de Commissie op 16 januari 1969 ingediende voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 1969, C 39, blz. 7) bevatte een artikel 4, eerste alinea, dat bepaalde dat „[d]e uitgekeerde winst die een moedermaatschappij ontvangt als vennoot van haar dochteronderneming, [...], zelfs bij liquidatie van de dochteronderneming, *geen deel uit[maakt] van haar belastbare winst*" (cursivering van mij), zonder een beschrijving te geven van de hiertoe te gebruiken methode. In het advies van het Economisch en Sociaal Comité van 26 juni 1969 betreffende dat voorstel (PB 1969, C 100, blz. 7, punt 2) is opgemerkt dat „in de richtlijn het beginsel wordt gehuldigd, volgens hetwelk bij de fiscale behandeling van winstoverdracht tussen aan vennootschapsbelasting onderworpen ondernemingen de winst waarop reeds éénmaal vennootschapsbelasting is geheven *niet opnieuw wordt belast* wanneer hij aan een andere aan vennootschapsbelasting onderworpen wordt uitgekeerd" (cursivering van mij). Het op 5 juli 1985 ingediende voorstel [COM(1985) 360 def.], dat tot de vaststelling van richtlijn 90/435 heeft geleid, bevat dienaangaande geen aanwijzingen.

31 Zie voetnoot 13 van deze conclusie.

32 Zie met name arrest Cobelfret (punten 28 en 29) en de in voetnoot 16 van deze conclusie aangehaalde rechtspraak.

33 Zie punten 46-50 en 53 van beschikking KBC.

34 Zie met name arresten van 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, punt 33); 19 juli 2012, A (C-48/11, EU:C:2012:485, punt 16), en 19 december 2018, Cadeddu (C-667/17, EU:C:2018:1036, punt 15).

moedermaatschappij niet is toegestaan om de door haar dochteronderneming aan haar uitgekeerde winst direct [35] of zelfs maar indirect te belasten, teneinde een dubbele belasting van deze winst te vermijden. Na in de beschikking KBC deze beginselen kernachtig in herinnering te hebben gebracht, heeft het Hof hieraan gevolgen verbonden met betrekking tot inzonderheid de vrijstellingsregeling van artikel 4, lid 1, eerste streepje, van die richtlijn. [36]

60. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat, in het onderhavige geval, een *regeling* waarbij deze winst eerst moet worden *opgenomen* in de belastinggrondslag van de moedermaatschappij en vervolgens hiervan moet worden *afgetrokken*, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde Belgische DBI-regeling, *op zichzelf niet onverenigbaar* is met artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435, voor zover de toepassing van deze regeling het daadwerkelijk mogelijk maakt het door deze bepaling voorgeschreven resultaat te bereiken.

61. Ik merk allereerst op dat, zoals de Belgische regering heeft verklaard, de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepalingen immers voldoen aan het vereiste van richtlijn 90/435 dat grensoverschrijdende groepen van vennootschappen niet anders mogen worden behandeld dan vennootschapsgroepen van het Koninkrijk België. Aan dit criterium, dat ziet op de niet-benadeling van de samenwerking tussen vennootschappen uit verschillende lidstaten ten opzichte van de samenwerking tussen vennootschappen van eenzelfde lidstaat, moet voldaan zijn, ook al is dit op zichzelf echter nog niet voldoende opdat bovengenoemde regeling verenigbaar is met de uit artikel 4, lid 1, eerste streepje, van die richtlijn voortvloeiende vereisten. [37]

62. Vervolgens onderstreep ik dat artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 het te bereiken resultaat vastlegt, namelijk dat de door een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming uitgekeerde winst niet ook in de lidstaat van haar moedermaatschappij wordt belast, maar niet de daartoe aan te wenden middelen voorschrijft. Hieruit volgt volgens mij dat een lidstaat die voor de in deze bepaling neergelegde vrijstellingsmethode heeft geopteerd, de mogelijkheid behoudt om een methode van opneming en aftrek van deze winst toe te passen, zoals die welke door de Belgische DBI-regeling is ingevoerd, ook al bestaan er uiteraard eenvoudigere methoden om het bovengenoemde resultaat te bereiken, zoals de methode waarbij deze winst van meet af aan niet in de belastinggrondslag van de moedermaatschappij wordt opgenomen. Ik wil benadrukken dat noch de bewoordingen, noch de opzet, noch de doelstellingen van richtlijn 90/435 mijns inziens gebieden dat deze laatste methode wordt gehanteerd, die ik als „basaal" zou willen kenmerken, ook al blijkt een aantal lidstaten voor deze variant te hebben gekozen. [38] Ongeacht de door een lidstaat gekozen werkwijze moet de toepassing ervan evenwel in elk geval en in alle omstandigheden noodzakelijkerwijs leiden tot een daadwerkelijke vrijstelling voor de moedermaatschappij.

35 In casu wordt niet betwist dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling niet leidt tot een directe belasting over de dividenden bij de moedermaatschappij. Zie ook arrest Cobelfret (punt 40) en beschikking KBC (punt 40).

36 Zie punt 54 van beschikking KBC en punt 44 van deze conclusie.

37 Dienaangaande breng ik in herinnering dat het Hof heeft verklaard dat ook al beoogt het Koninkrijk België elke benadeling van de samenwerking tussen vennootschappen uit verschillende lidstaten ten opzichte van de samenwerking tussen vennootschappen van dezelfde lidstaat op te heffen door dit stelsel toe te passen op zowel dividenden die door ingezeten dochterondernemingen worden uitgekeerd als die welke door in andere lidstaten gevestigde dochterondernemingen worden uitgekeerd, dit geen rechtvaardiging vormt om een regeling toe te passen die niet verenigbaar is met het in artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 neergelegde systeem van voorkoming van economische dubbele belasting (zie arrest Cobelfret, punten 45 en 46, en beschikking KBC, punt 42).

38 Andere landen nemen de uitgekeerde dividenden niet op in de belastinggrondslag van de moedermaatschappijen, aldus Richelle, I., „L'arrêt Cobelfret de la CJCE et ses conséquences sur le régime des RDT", *Tax Audit & Accountancy*, 2009, nr. 4, blz. 11, alsook Hermand, O., en Vanoppen, S., „Non-report des excédents de RDT: violation du droit européen", *Le Fiscologue*, nr. 1148, 20 februari 2009, blz. 12 e.v. Malherbe, J., op. cit. in voetnoot 12, blz. 35, wijst erop dat „in Frankrijk de door moedermaatschappijen ontvangen dividenden extracomptabel worden afgetrokken en vrij binnen de groep circuleren". Ik merk op dat het huidige artikel 216 van de Code général des impôts français (Frans algemeen belastingwetboek) bepaalt dat „[d]e netto-opbrengsten uit deelnemingen, die recht geven op toepassing van de regeling van moedermaatschappijen [...], kunnen worden afgetrokken van de totale nettowinst van deze vennootschap".

63. Dienaangaande ben ik van mening dat het belangrijkste is dat een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, het mogelijk maakt dat de door de dochterondernemingen uitgekeerde dividenden die in de belastinggrondslag worden opgenomen, uiteindelijk steeds hiervan worden afgetrokken [39], zodat dit mechanisme van opneming en aftrek niet tot gevolg heeft dat de betrokken moedermaatschappijen economisch minder gunstig worden behandeld dan wanneer de van hun in andere lidstaten gevestigde dochterondernemingen ontvangen winst eenvoudigweg buiten beschouwing zou worden gelaten bij de berekening van de belasting die deze vennootschappen wordt geheven. Met de Commissie [40] ben ik van mening dat dankzij de mogelijkheid van de in de tijd onbeperkte overdracht die in het kielzog van het arrest Cobelfret en de beschikking KBC is ingevoerd, de Belgische DBI-regeling de betrokken moedermaatschappijen voortaan de mogelijkheid biedt om op meer of minder lange termijn ten belope van 95 % [41] het overschot aan dividenden [42] af te trekken, zodat deze dividenden niet dubbel worden belast.

64. Bijgevolg is een nationale regeling als die in het hoofdgeding, volgens welke de door een dochteronderneming uitgekeerde winst eerst wordt opgenomen in de belastinggrondslag van een moedermaatschappij en vervolgens hiervan wordt afgetrokken gedurende het belastingjaar van de winstuitkering of enig later belastingjaar, mijns inziens op zichzelf niet onverenigbaar met artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435, voor zover aan de betrokken vennootschap de facto niet een ander in het nationale recht voorzien belastingvoordeel wordt onthouden, waarvoor zij in geval van onmiddellijke vrijstelling – ceteris paribus – in aanmerking had kunnen komen.

65. Derhalve moet nog worden beoordeeld of een dergelijke regeling, hoewel zij op zich toelaatbaar is, niettemin door artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 verboden gevolgen sorteert die concreet gestalte krijgen gedurende de jaren volgend op die van de uitkering van die winst [43], meer in het bijzonder wegens de wisselwerking tussen deze regeling en de voorgeschreven volgorde van aanrekening van andere belastingvoordelen, die een factor van onverenigbaarheid vormt waarvan in het onderhavige geval mijns inziens nu juist sprake is.

2. Combinatie van de regeling van uitgestelde aftrek van dividenden met de volgorde van aanrekening van andere belastingvoordelen

66. Zoals ik heb benadrukt, verzoekt de verwijzende rechter het Hof tevens om te bepalen of artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 in de weg staat aan een nationale regeling volgens welke de op een moedermaatschappij rustende verplichting tot aftrek van de winst die zij heeft ontvangen van in een andere lidstaat gevestigde dochterondernemingen – in casu op grond van de Belgische DBI-regeling – indirect ertoe leidt dat het recht op aftrek van andere belastingvoordelen – in casu de ARK – wordt aangetast als gevolg van de voorgeschreven *volgorde* waarin de betrokken aftrekken op de belastinggrondslag van die vennootschap worden aangerekend. Ik geef in overweging om die vraag bevestigend te beantwoorden.

67. *In de eerste plaats* lijkt het mij noodzakelijk om de twee belangrijkste relevante aspecten van de *in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling* op de voorgrond te plaatsen.

39 Zie naar analogie conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Cobelfret (C-138/07, EU:C:2008:268, punt 21) met betrekking tot de destijds geldende regeling.

40 Volgens de Commissie blijken de bepalingen van Belgisch recht tot omzetting van artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435, in de in het hoofdgeding toepasselijke versie, op zich geen beletsel te vormen voor het niet belasten van de uitgekeerde winst die binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt, aangezien op grond van de DBI-regeling a priori kan worden verzekerd dat de dividenden niet bij de moedermaatschappij worden belast, ook al kan de aftrek over verschillende aanslagjaren plaatsvinden.

41 Met dien verstande dat deze beperking is toegestaan (zie voetnoot 10 van deze conclusie).

42 Te weten de dividenden die wegens onvoldoende winst niet al in het belastingjaar van de winstuitkering op de belastinggrondslag van deze vennootschap konden worden aangerekend.

43 De Commissie heeft, volgens mij terecht, gewezen op het risico dat de moedermaatschappij het gebruik van de DBI-aftrek „in de tijd spreidt” wanneer haar belastinggrondslag ontoereikend is in het belastingjaar van de winstuitkering of zelfs in latere belastingjaren.

68. Om te beginnen bestaat er een wisselwerking tussen de Belgische DBI-regeling en het andere belastingvoordeel dat door de ARK [44] wordt gevormd, doordat de ARK eveneens van de belastinggrondslag van een moedermaatschappij kan worden afgetrokken, maar enkel ten belope van de winst die na aftrek van de DBI overblijft. De ARK wordt dus na de DBI aangerekend. [45] Blijkens de verwijzingsbeslissing werd deze aanrekeningsvolgorde al in 2005 ingevoerd, dus ruim vóór de herziening als gevolg van het arrest Cobelfret. [46] Over de overwegingen die hebben geleid tot de vaststelling van deze regel, heeft de Belgische regering ter terechtzitting verklaard dat er „een zekere logica" bestond om eerst de boekhoudkundige elementen die de wetgever niet wil belasten, zoals de DBI of de octrooi-inkomsten [47], af te trekken en pas daarna de niet-boekhoudkundige elementen, met name de investeringsaftrek [48] of de ARK [49].

69. Vervolgens kunnen, anders dan de DBI-overschotten, die zonder beperking in de tijd over latere aanslagjaren kunnen worden overgedragen, de eventuele ARK-overschotten krachtens artikel 205 quinquies van het WIB 1992, in de op het hoofdgeding toepasselijke versie, gedurende een periode van slechts zeven jaar worden overgedragen. [50] Volgens de Belgische regering heeft de beperking in de tijd van de overdraagbaarheid van de ARK tot doel gehad om een tegenwicht te vormen tegen de omvang van die aftrek, die ten tijde van de vaststelling van die beperking werd berekend over het volledige eigen vermogen van de vennootschap.

70. *In de tweede plaats* moet worden onderzocht of een dergelijke nationale regeling *wel of niet verenigbaar* is met artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 door in hoofdzaak te kijken naar de *gevolgen* die *in de praktijk* ontstaan door de gecombineerde toepassing van de DBI-regeling, waarbij de ontvangen dividenden eerst in de belastinggrondslag van de moedermaatschappij worden opgenomen en vervolgens hiervan worden afgetrokken, en de verplichting tot aanrekening van de DBI vóór de ARK, waarvan de overdraagbaarheid ook nog eens is beperkt tot zeven aanslagjaren.

71. Dienaangaande merkt de verwijzende rechter terecht op dat, anders dan bij een regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is [51], in het kader van een vrijstellingsregeling die als „basaal" [52] kan worden aangemerkt, de door de dochteronderneming uitgekeerde dividenden eenvoudigweg niet worden opgenomen in de winst van het belastingjaar waarin zij zijn verkregen, met als onmiddellijk gevolg dat het belastbare resultaat met datzelfde bedrag afneemt en in voorkomend geval de naar latere belastingjaren overdraagbare verliezen met datzelfde bedrag toenemen.

44 Zie, wat betreft deze kwalificatie van de ARK, arrest van 4 juli 2013, Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, punt 24).

45 Met dien verstande dat de DBI en de ARK worden aangerekend vóór de recupereerbare beroepsverliezen (zie artikelen 77, 77 bis en 78 van het KB/WIB 1992).

46 In de verwijzingsbeslissing wordt erop gewezen dat uit de voorbereidende werkzaamheden voor de wet van 22 juni 2005 waarbij de ARK is ingevoerd (*Belgisch Staatsblad* van 30 juni 2005, blz. 30077), in het bijzonder het commentaar op artikel 5 van het wetsontwerp van 11 mei 2005, blijkt dat de wetgever de in het KB/WIB 1992 voorziene aanrekeningsvolgorde heeft vastgesteld, die, volgens Brussels Securities, in bepaalde gevallen invloed kan hebben op de toekomstige belastinggrondslag van een vennootschap.

47 Met dien verstande dat de aftrek voor octrooi-inkomsten plaatsvindt na de aftrek van de DBI, maar vóór de aftrek uit hoofde van de ARK (zie artikelen 77/1 en 77 bis van het KB/WIB 1992).

48 Investeringsaftrek als bedoeld in artikel 79 van het KB/WIB 1992.

49 De Belgische regering heeft deze aftrek als „extracomptabel" aangemerkt, in die zin dat van de boekhoudkundige winst van de vennootschap niet eerder daarin opgenomen bestanddelen – zoals de ontvangen dividenden van dochterondernemingen of de inkomsten uit octrooien – worden afgetrokken, maar bestanddelen op de actiefzijde van de balans van de vennootschap, zoals de investeringsaftrek, of de passiefzijde, zoals de ARK.

50 Uit de debatten voor het Hof is gebleken dat de bepalingen betreffende de in de tijd beperkte overdracht van de ARK in de loop van 2012 zijn gewijzigd en die wijziging na het litigieuze aanslagjaar van kracht is geworden.

51 Uit deze Belgische regeling volgt dat, in de bewoordingen van de derde alinea van de prejudiciële vraag „eerst de overgedragen [DBI], vervolgens de overgedragen [ARK] (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".

52 Zie ook punt 62 van deze conclusie.

72. Onder verwijzing naar een rekenvoorbeeld dat ook in de memories van Brussels Securities is weergegeven [53], merkt de verwijzende rechter, mijns inziens terecht, op dat in de gevallen waarin de moedermaatschappij een positief resultaat boekt in een van de „zeven volgende belastbare tijdperken" als bedoeld in artikel 205 quinquies van het WIB 1992, dat de overdracht van de ARK in de tijd beperkt, de DBI-regeling tot een zwaardere belastingdruk kan leiden in vergelijking met een regeling waarbij de door de dochteronderneming toegekende dividenden onmiddellijk van de belastinggrondslag van die moedermaatschappij worden uitgesloten, en dit wegens de aanrekeningsvolgorde zoals die is vastgelegd in het WIB 1992 en het KB/WIB 1992. Deze rechter zet uiteen dat in het theoretische geval waarin de door de dochteronderneming toegekende dividenden onmiddellijk van de belastinggrondslag worden uitgesloten, de ARK alsdan bij voorrang zou worden toegepast en vervolgens het saldo van de vorige recupereerbare verliezen zou worden afgetrokken, zodat het saldo van die naar het volgende belastbare tijdperk over te dragen verliezen hoger zou zijn dan bij toepassing van de DBI-regeling, waarbij, in geval van een tijdens die „zeven volgende belastbare tijdperken" behaald positief resultaat het saldo van de overgedragen DBI noodzakelijkerwijs moet worden verrekend vóór het saldo van de overgedragen ARK, wat dus het gebruik van dit laatste belastingvoordeel in het gedrang brengt.

73. Bovendien bevestigen de vergelijkingstabellen die de Commissie ter terechtzitting heeft overgelegd, dat de DBI-regeling, in combinatie met de verplichte aanrekeningsvolgorde, een moedermaatschappij kan beletten om de overschotten van de ARK volledig over te dragen, zulks in tegenstelling tot een regeling waarbij deze vennootschap de ontvangen dividenden onmiddellijk van haar belastinggrondslag kan uitsluiten of kan kiezen in welke volgorde zij de belastingvoordelen waarop zij recht heeft, wenst af te trekken. [54] Hoewel de Belgische regering, mijns inziens tevergeefs [55], de gevolgen ervan in de onderhavige zaak tracht te bagatelliseren, worden deze gegevens [56], waaruit blijkt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling kan leiden tot het verlies van een belastingvoordeel en dus een hogere belasting, door haar niet betwist.

74. Gelet op een en ander deel ik het standpunt van Brussels Securities en de Commissie dat ingevolge de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling de mogelijkheid om uit de ARK voordeel te behalen wordt aangetast door de verplichting om eerst de DBI van de belastinggrondslag af te trekken. De regel dat eerst de DBI moeten worden afgetrokken, strekt de facto tot vermindering van de DBI-voorraad waarvan de overdracht naar latere aanslagjaren zonder beperking in de tijd mogelijk is, maar gaat ook ten koste van de ARK, waarvoor de moedermaatschappij evenwel alle belang erbij heeft om die zo snel mogelijk te verrekenen, aangezien het recht van overdracht van de ARK daarentegen beperkt is tot de volgende zeven aanslagjaren, zodat dit recht nog meer gevaar loopt uiteindelijk teniet te gaan als gevolg van de behandeling van de dividenden uit hoofde van de DBI-regeling.

53 Dit is een rekenvoorbeeld waarin twee gevallen worden vergeleken waarin dezelfde fiscale situatie van een moedermaatschappij wordt bepaald, *in de eerste plaats*, op basis van de aanrekeningsvolgorde van het KB/WIB 1992 in combinatie met de Belgische DBI-regeling (met een belastbaar resultaat dat overeenkomt met het ARK-overschot dat verloren is gegaan omdat het niet is aangewend vóór het verstrijken van de voorziene periode van zeven jaar), en, *in de tweede plaats*, nog steeds op basis van deze aanrekeningsvolgorde, maar met een theoretische onmiddellijke uitsluiting van de ontvangen dividenden van de belastinggrondslag (met een belastbaar resultaat van nul, omdat in plaats van DBI-overschotten, die vóór de ARK moeten worden verrekend, de vennootschap dan overdraagbare verliezen heeft die na de ARK worden verrekend en dus het ARK-overschot doen tenietgaan).

54 In die tabellen, die inhoudelijk overeenstemmen met het rekenvoorbeeld van de verwijzende rechter, merkt de Commissie op dat, *in het eerste geval*, de moedermaatschappij op grond van de Belgische regeling de gehele ARK verliest die zij niet heeft kunnen verrekenen vóór het verstrijken van de voorziene periode van zeven jaar, terwijl *in het tweede geval*, op grond van een met richtlijn 90/435 overeenstemmende regeling van onmiddellijke vrijstelling voor dividenden, de vennootschap een belastbaar resultaat heeft dat gelijk is aan nul en een ARK-overschot dat wegens niet-verrekenbaar verloren is gegaan, en dat ten opzichte van het vorige geval is verminderd.

55 Zie punten 81 e.v. van deze conclusie.

56 De Belgische regering heeft in haar pleidooien uitdrukkelijk erkend dat „de opneming van de ontvangen dividenden in de belastinggrondslag van een [verlieslijdende] moedermaatschappij, met als gevolg voor haar dat een verliesoverdracht plaats moet ruimen voor een overdracht van DBI-aftrekken, [...] ertoe [kan] leiden dat, wegens de volgorde van aanrekening van de aftrekken, de verrekening van de overdracht van de ARK wordt uitgesteld, waarbij inderdaad het gevaar bestaat dat de termijn hiervoor verstrijkt".

75. Met andere woorden, de combinatie van de betrokken nationale bepalingen leidt ertoe dat de moedermaatschappij zwaarder wordt belast dan wanneer volledig aan de vereisten van richtlijn 90/435 zou zijn voldaan, aangezien de Belgische DBI-regeling ertoe kan leiden, vanwege de toepassing ervan in combinatie met de voorgeschreven aanrekeningsvolgorde, dat een verlieslijdende vennootschap kan worden belet de overdracht van een ander aftrekbaar bedrag, te weten de ARK, aan te rekenen in latere aanslagjaren, terwijl die vennootschap er voordeel bij zou hebben om dit als eerste te doen teneinde te voorkomen dat deze overdrachtsmogelijkheid vervalt voordat die volledig is benut. Een dergelijke nationale regeling heeft dus 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.

76. Ik herinner eraan dat het Hof artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 reeds aldus heeft uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling die leidt tot een vermindering van de overdraagbare verliezen van de moedermaatschappij ten belope van de uitgekeerde dividenden, wanneer – zoals in onderhavig geval – een lidstaat voor de in deze bepaling geboden methode van vrijstelling heeft geopteerd en in beginsel de overdracht van verliezen naar de toekomst toestaat, waarbij deze vermindering van de verliezen ertoe kan leiden dat de betrokken vennootschap op deze dividenden *indirect* wordt belast in latere belastingjaren, wanneer haar resultaat positief is. [57]

77. Net als de Commissie ben ik van mening dat deze overwegingen perfect kunnen worden toegepast op de onderhavige zaak, waarin het gaat om de praktische gevolgen van de combinatie van de aan de DBI voorbehouden regeling van opneming en aftrek en de volgorde waarin zij moeten worden afgetrokken in het geval van andere belastingaftrekken. Ik benadruk dat een dergelijke regeling volgens mij slechts in overeenstemming met de vereisten van richtlijn 90/435 kan worden geacht, voor zover de toepassing ervan een volstrekt neutraal resultaat oplevert, dat wil zeggen dat de betrokken moedermaatschappijen, ongeacht de omstandigheden, economisch niet ongunstiger worden behandeld dan wanneer de uitgekeerde dividenden van meet af aan van de belastinggrondslag van deze vennootschappen zouden zijn uitgesloten.

78. Bijgevolg ben ik van mening dat een nationale regeling als die in het hoofdgeding niet verenigbaar is met artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 doordat zij tot gevolg heeft dat moedermaatschappijen die dividenden hebben ontvangen van in andere lidstaten gevestigde dochterondernemingen, een belastingvoordeel kunnen mislopen als gevolg van de vermindering van de naar latere aanslagjaren overdraagbare verliezen ten belope van die dividenden, en dus kan worden gelijkgesteld met een indirecte belasting van die dividenden, hetgeen in strijd is met zowel de in deze bepaling specifiek beoogde doelstelling van vrijstelling voor deze dividenden als de in deze richtlijn algemeen nagestreefde doelstelling van fiscale neutraliteit. [58]

57 Zie arrest Cobelfret (punten 39-41) en beschikking KBC (punten 39, 40 en 54). Met betrekking tot de bepalingen die van kracht waren ten tijde van de zaken die tot die beslissingen hebben geleid, werd terecht opgemerkt dat de DBI-regeling nadelig is voor de moedermaatschappij die, zonder inaanmerkingneming van de dividenden op grond daarvan, het betrokken belastbare tijdperk met verlies zou hebben afgesloten, welk verlies aftrekbaar zou zijn geweest van de winst van daaropvolgende belastbare tijdperken, terwijl de opneming van de dividenden in de belastinggrondslag, in combinatie met de beperking van de aftrek van de DBI ten belope van het bedrag van de belastbare winst, het overdraagbare verlies doet verdwijnen (Garabedian, D., „L'influence de la jurisprudence Cobelfret sur le régime fiscal des dividendes à l'impôt des sociétés", *Les dialogues de la fiscalité*, Larcier, Brussel, 2010, blz. 59).

58 Zie met betrekking tot deze doelstellingen punt 56 van deze conclusie.

79. Met andere woorden, met de bedoeling de door het Hof in het arrest Cobelfret en de beschikking KBC vastgestelde tekortkomingen te verhelpen, heeft de Belgische wetgever met de in december 2009 doorgevoerde herziening een andere onverenigbaarheid met diezelfde richtlijn in het leven geroepen, aangezien de nieuwe DBI-regeling negatieve gevolgen heeft voor de overdracht van de ARK doordat de behandeling van de door dochterondernemingen uitgekeerde dividenden heeft geleid tot een verhoogd risico dat de ARK-overschotten voor de betrokken moedermaatschappijen verloren gaan. [59]

80. *In de derde plaats* kunnen *de argumenten van de Belgische regering* ter verdediging van de stelling dat een dergelijke nationale regeling in overeenstemming is met artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435, mij niet overtuigen.

81. Om te beginnen betoogt de Belgische regering dat zelfs indien de overdracht van de aftrek van de DBI gepaard kan gaan met de onmogelijkheid om later een overdracht van de ARK aan te rekenen, deze situatie niet kan worden beschouwd als een indirecte belasting van de ontvangen dividenden, aangezien niet noodzakelijkerwijs sprake zal zijn van een dergelijke belasting. [60]

82. Ik ben echter van mening dat de omstandigheid dat de nadelige gevolgen van de betrokken nationale regeling, te weten dubbele belasting van door een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitgekeerde winst, zich slechts in bepaalde gevallen kunnen voordoen [61] en niet stelselmatig, de bovenstaande overwegingen op geen enkele wijze ontkracht, aangezien het bestaan van dergelijke potentiële gevolgen op zich volstaat om te kunnen spreken van een onverenigbaarheid met het Unierecht.

83. Vervolgens stelt de Belgische regering dat in elk geval, zelfs wanneer het verlies van de overdracht van de ARK wel degelijk een belasting voor de betrokken moedermaatschappijen met zich meebrengt [62], deze belasting hoe dan ook geen betrekking heeft op de door hen ontvangen dividenden, al is het maar indirect, zoals het geval was in de zaak die heeft geleid tot het arrest Cobelfret. Zij voert aan dat, indien bij de berekening van de belasting winst overblijft in de fase van de aanrekening van de ARK, dit noodzakelijkerwijs komt door het feit dat er geen DBI meer aan te rekenen zijn, omdat de aftrek van de DBI voor de aftrek van de ARK komt, en dus dat de van de dochterondernemingen ontvangen dividenden volledig van de belastinggrondslag zijn afgetrokken, zodat de belasting die eventueel volgt op het verlies van een overdracht van de ARK geen betrekking kan hebben op die dividenden. Voorts betoogt de Belgische regering dat een belasting die geen betrekking heeft op door een moedermaatschappij ontvangen dividenden, artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435 niet kan schenden, net zo min als een voorheffing bij de uitkering van dividenden door een dochteronderneming die geen betrekking op die dividenden heeft, artikel 5, lid 1, van deze richtlijn kan schenden. [63]

59 Zie ook Hermand, O., Delacroix, P., en Wils, C., „Une nouvelle déduction fiscale est née: ‚les excédents RDT' – Commentaire du nouvel article 205, § 3, du CIR 1992", *Revue générale de fiscalité*, 2010, nr. 2, blz. 7, alsook Dassesse, M., „Impôt des sociétés – Déduction prioritaire des RDT vis-à-vis des excédents de DCR – La Belgique viole les principes de l'arrêt Cobelfret", *Actualités fiscales*, 2014, nr. 41, blz. 2 en 4 (dit artikel heeft Brussels Securities meer bepaald aangehaald bij het in haar schriftelijke opmerkingen opgenomen rekenvoorbeeld).

60 Volgens de Belgische regering leidt de beperking in de tijd van de overdracht van de ARK slechts tot belasting indien de moedermaatschappij, na gedurende zeven jaar onvoldoende winst te maken, later winst maakt, terwijl wanneer zij niet opnieuw winst maakt of wordt geliquideerd, het verlies van het recht op overdracht van de ARK voor haar niets uitmaakt, zodat het nadeel louter theoretisch is.

61 Namelijk telkens wanneer de verplichting om eerst de DBI af te trekken van de belastinggrondslag, ertoe leidt dat de belastinggrondslag nul wordt of zo sterk wordt verminderd dat een ander belastingvoordeel niet meer volledig kan worden aangerekend (zie in die zin Dassesse, M., op. cit. in voetnoot 59, blz. 2).

62 Dit wil zeggen in het (hierboven vermelde) geval, waarin de vennootschap opnieuw winst maakt na het verstrijken van de in artikel 205 quinquies WIB 1992 bedoelde periode van zeven jaar.

63 In dit laatste opzicht verwijst de Belgische regering naar de arresten van 25 september 2003, Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495, punten 55 en 56), en 24 juni 2010, P. Ferrero e C. en General Beverage Europe (C-338/08 en C-339/08, EU:C:2010:364, punten 40 en 41). Niettemin twijfel ik aan de relevantie van een analogie met die arresten die betrekking hebben op het begrip „bronbelasting" in de zin van artikel 5 van richtlijn 90/435, dat een dergelijke inhouding op de winst die een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitkeert verbiedt, behalve in bepaalde bijzondere gevallen, zoals ook in de vijfde overweging van de considerans van deze richtlijn wordt verklaard. Zie in die zin arrest Cobelfret (punt 53 in fine), waarin een analogie tussen artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435 en artikel 6 van die richtlijn van de hand wordt gewezen.

84. Ik ben evenwel van mening dat dit betoog wordt ondermijnd door het arrest Cobelfret en de beschikking KBC, waarin het Hof de uit artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435 voortvloeiende verplichtingen heeft uitgelegd, rekening houdend met de effecten die een nationale regeling als die in het hoofdgeding, daarmee samenhangend, kan sorteren voor de vermindering van de overdraagbare verliezen van de betrokken moedermaatschappij, welke vermindering kan leiden tot een indirecte belasting van de van een dochteronderneming ontvangen dividenden in latere aanslagjaren. [64] Daarmee heeft het Hof het „verlies van verliezen" gelijkgesteld met een indirecte „belasting over de winst", door aldus te kiezen voor een „economische" benadering die in overeenstemming is met het door deze richtlijn beoogde doel [65], aangezien het feit dat de overdraagbare verliezen niet meer beschikbaar zijn om toekomstige belastbare winst te compenseren, tot gevolg heeft dat dergelijke dividenden dubbel kunnen worden belast. Ik ben van mening dat in de onderhavige zaak, zoals ik hiervoor heb aangegeven, een soortgelijke benadering moet worden gevolgd. [66]

85. Ten slotte voert de Belgische regering aan dat de litigieuze keuzes van het Koninkrijk België, te weten de aanrekeningsvolgorde en de in de tijd beperkte duur van de overdracht van de ARK, onder de uitsluitende bevoegdheid van de nationale wetgever vallen.

86. Ik herinner er echter aan dat de lidstaten verplicht zijn om de bepalingen van richtlijn 90/435 na te leven, en met name om alle noodzakelijke middelen ten uitvoer te leggen teneinde het in artikel 4, lid 1, eerste streepje [67], voorgeschreven resultaat te bereiken, namelijk om geen tweede keer – zelfs niet indirect – dividenden te belasten die zijn ontvangen van in andere lidstaten gevestigde dochterondernemingen, en dat dit doel, zoals ik eerder heb benadrukt, niet wordt bereikt door nationale bepalingen als die welke voortvloeien uit de combinatie van de Belgische DBI-regeling en de voorschriften die de aanrekening van de ARK beperken.

87. Bijgevolg ben ik van mening dat artikel 4, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 90/435 aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een regeling van een lidstaat volgens welke, enerzijds, de door een moedermaatschappij ontvangen dividenden eerst in haar belastingrondslag worden opgenomen en vervolgens ten belope van 95 % ervan worden afgetrokken, voor zover een positief saldo overblijft in het betrokken of enig later belastbaar tijdperk, en, anderzijds, deze dividenden moeten worden afgetrokken vóór een ander, in het nationale recht voorzien belastingvoordeel waarvan de overdracht wel in de tijd beperkt is.

V. Conclusie

88. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de door de tribunal de première instance francophone de Bruxelles (België) gestelde vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 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 moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een regeling van een lidstaat volgens welke, enerzijds, de door een moedermaatschappij ontvangen dividenden in haar belastingrondslag worden opgenomen en vervolgens ten belope van 95 % ervan worden afgetrokken, voor zover een positief saldo overblijft in het betrokken of enig later belastbaar tijdperk, en, anderzijds, deze dividenden moeten worden afgetrokken vóór een ander, in het nationale recht voorzien belastingvoordeel waarvan de overdracht wel in de tijd beperkt is."

64 Zie arrest Cobelfret (punten 39-41) en beschikking KBC (punten 39 en 40). Zie evenzo punten punt 41, 44 en 76 van deze conclusie.

65 Volgens de bewoordingen van een rechtsgeleerde analyse die ik deel (zie Hermand, O., en Vanoppen, S., op. cit. in voetnoot 38).

66 Zie vooral punten 76 e.v. van deze conclusie.

67 Zie ook punten 57 e.v. van deze conclusie.