

**CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL**

**P. MENGOZZI**

van 19 september 2012 (1)

**Zaak C-350/11**

**Argenta Spaarbank NV**

**tegen**

**Belgische Staat**

[verzoek van de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen (België) om een prejudiciële beslissing]

„Vrijheid van vestiging – Belastingwetgeving – Vennootschapsbelasting – Aftrek voor risicokapitaal – Notionele interest – Vermindering van aftrekbaar bedrag voor vennootschap met vaste inrichting in andere lidstaat die krachtens overeenkomst tot vermijden van dubbele belasting in België vrijgestelde inkomsten genereert – Beperking – Rechtvaardiging – Samenhang van belastingstelsel – Evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen lidstaten”

**I – Inleiding**

1. Met de onderhavige prejudiciële verwijzing verzoekt de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen (België) het Hof te verduidelijken of de in artikel 43 EG neergelegde vrijheid van vestiging zich verzet tegen een fiscale maatregel op grond waarvan een in België onbeperkt belastingplichtige vennootschap die in aanmerking wil komen voor een aftrek voor risicokapitaal, geen rekening kan houden met de activa van haar in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting waarvan de inkomsten krachtens een overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting in België van belasting zijn vrijgesteld, terwijl de activa van een in België gelegen vaste inrichting wel in aanmerking kunnen worden genomen.

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Argenta Spaarbank NV (hierna: „Argenta”) en de Belgische belastingadministratie over de inaanmerkingneming, in de vennootschapsbelasting voor aanslagjaar 2008, van de nettowaarde van de activa van de vaste inrichting die Argenta in Nederland aanhoudt, voor de bepaling van het risicokapitaal dat dient als basis voor de aftrek voor risicokapitaal.

3. Deze maatregel is ingevoerd bij Wet van 22 juni 2005 tot invoering van een belastingaftrek voor risicokapitaal(2), waarbij met name de artikelen 205 bis tot en met 205 nonies en 236 zijn ingevoegd in het Wetboek van de inkomstenbelasting 1992 (hierna: „WIB 1992”).

4. Volgens de memorie van toelichting heeft deze wet tot doel het verschil in fiscale behandeling tussen de financiering met vreemd vermogen (waarvan de vergoeding fiscaal volledig aftrekbaar is) en de financiering met eigen vermogen (risicokapitaal), waarvan de vergoeding volledig werd belast, te verminderen, de solvabiliteitsratio van vennootschappen te verhogen, de aftrek voor risicokapitaal in te voeren in het kader van de algemene doelstelling die erin bestaat het concurrentievermogen van de Belgische economie te verbeteren, en een valabel alternatief voor de verdwijnende coördinatiecentra(3) te bieden.

5. De aftrek voor risicokapitaal – door fiscalisten ook de notionele interestaftrek genoemd(4) – is een techniek waarbij de interesten die worden geacht de vergoeding te zijn voor het eigen vermogen van de vennootschap, fictief worden afgetrokken van de belastbare grondslag in de vennootschapsbelasting. Deze aftrek stemt overeen met het bedrag van het eigen vermogen, bepaald volgens artikel 205 ter WIB 1992, vermenigvuldigd met een tarief dat is bepaald in de volgende paragrafen van artikel 205 quater WIB 1992.(5)

6. Artikel 205 ter, § 1, eerste alinea, WIB 1992 bepaalt dat het in aanmerking te nemen risicokapitaal, onder voorbehoud van de bepalingen van de §§ 2 tot 7 van dat artikel, overeenstemt met het bedrag van het eigen vermogen van de vennootschap aan het eind van het voorgaande belastbare tijdperk(6), dat is bepaald overeenkomstig de wetgeving betreffende de boekhouding en de jaarrekening van vennootschappen, voor het bedrag dat voorkomt op de balans. De §§ 2 tot 7 van dat artikel 205 ter bepalen in welke gevallen het eigen vermogen moet worden gecorrigeerd om als berekeningsbasis te dienen voor de bepaling van het bedrag van de aftrek voor risicokapitaal.

7. Meer bepaald wordt overeenkomstig artikel 205 ter, § 2, WIB 1992 het risicokapitaal verminderd met de nettowaarde van de activa van de vaste inrichtingen waarvan de inkomsten in België zijn vrijgesteld krachtens een verdrag tot het vermijden van dubbele belasting.

8. Ingevolge artikel 7, lid 1, van de Overeenkomst van 5 juni 2001 tussen het Koninkrijk België en het Koninkrijk der Nederlanden tot het vermijden van dubbele belasting(7) (hierna: „Belgisch-Nederlands verdrag”) is winst van een onderneming van een verdragsluitende staat slechts in die staat belastbaar, tenzij de onderneming in de andere verdragsluitende staat haar bedrijf uitoefent met behulp van een aldaar gevestigde vaste inrichting. Indien de onderneming aldus haar bedrijf uitoefent, mag de winst van de onderneming in de andere staat worden belast, maar slechts in zoverre als zij aan die vaste inrichting kan worden toegerekend.

9. Overeenkomstig artikel 23, lid 1, sub a, van het Belgisch-Nederlands verdrag wordt dubbele belasting in het Koninkrijk België vermeden zodat, wanneer een Belgische inwoner andere inkomsten verkrijgt dan dividenden, interest of royalty's als zijn bedoeld in artikel 12, lid 5, van dat verdrag of bestanddelen van een vermogen bezit die ingevolge dat verdrag in Nederland zijn belast, het Koninkrijk België deze inkomsten of bestanddelen van vermogen vrijstelt, maar om het bedrag van zijn belasting op het overige inkomen of vermogen van deze inwoner te berekenen mag het Koninkrijk België slechts het belastingtarief toepassen indien die inkomsten of die bestanddelen van het vermogen niet waren vrijgesteld.

10. Op basis van artikel 205 ter, § 2, WIB 1992 heeft de Belgische belastingadministratie voor Argenta, een in België gevestigde en in de Belgische vennootschapsbelasting onbeperkt belastingplichtige vennootschap, geweigerd de nettowaarde van de activa van haar vaste inrichting in Nederland in aanmerking te nemen voor de berekening van de aftrek voor risicokapitaal.

11. Daar Argenta meende dat artikel 205 ter, § 2, WIB 1992 een belemmering van de in artikel

43 EG vervatte vrijheid van vestiging vormt, heeft zij beroep tegen deze weigering ingesteld bij de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, die de behandeling van de zaak heeft geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag heeft gesteld:

„Verzet artikel 43 EG-Verdrag zich tegen een nationale belastingregeling op grond waarvan een in België onbeperkt belastingplichtige vennootschap bij de berekening van haar belastbare winst geen aftrek voor risicokapitaal kan toepassen ten belope van het positieve verschil tussen enerzijds de nettoboekwaarde van de activabestanddelen van de inrichtingen die de belastingplichtige aanhoudt in een andere lidstaat van de EU en anderzijds het totaal van de passivabestanddelen die op deze inrichtingen aanrekenbaar zijn, terwijl zij wel aftrek voor risicokapitaal kan toepassen indien dit positieve verschil kan worden toegerekend aan een in België gelegen vaste inrichting?”

12. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Argenta, de Belgische regering en de Europese Commissie. Deze partijen hebben eveneens binnen de gestelde termijn geantwoord op een schriftelijke vraag van het Hof en ter terechtzitting van 12 juli 2012 pleidooi gehouden.

## **II – Analyse**

13. Zoals blijkt uit mijn inleiding, kunnen aan de Belgische vennootschapsbelasting onderworpen vennootschappen met de in casu aan de orde zijnde techniek van de aftrek voor risicokapitaal een fictieve interest die bij nationale regeling is bepaald en over hun eigen vermogen (nettoactief) wordt berekend, aftrekken van hun belastbaar inkomen.

14. In de praktijk kunnen Belgische vennootschappen en niet-ingezeten vennootschappen met een vaste inrichting in België dankzij de aftrek voor risicokapitaal de verschuldigde vennootschapsbelasting vaak op spectaculaire wijze verminderen wanneer deze vennootschappen met eigen vermogen worden gefinancierd.

15. Een en ander wordt duidelijker met het volgende voorbeeld, dat komt uit een brochure van de Belgische belastingadministratie(8) en is aangepast voor het in casu betwiste aanslagjaar. Een in België gevestigde vennootschap, met op haar balans een eigen vermogen van 100 000 EUR gebruikt om een groep van vennootschappen te financieren, ontvangt een intragroepsinterest van 4 % en haar winst vóór belasting bedraagt 4 000 EUR. Dankzij de aftrek voor risicokapitaal, waarvoor het tarief voor aanslagjaar 2008 3,871 % bedroeg, bedraagt de belastinggrondslag 129 EUR  $[4000 - (100\,000 \times 3,871\%)]$ . Aangezien het tarief in de vennootschapsbelasting 33,99 % is, betaalt de vennootschap 43,85 EUR belasting, hetgeen neerkomt op een effectief tarief van 1,10 % in plaats van 33,99 % indien de aftrek voor risicokapitaal niet bestond. Hierna volgt een schematische voorstelling van dit voorbeeld:

**Eigen vermogen = 100 000**

**Rekeningen**

**Zonder aftrek voor risicokapitaal**

**Met aftrek voor risicokapitaal**

Winst vóór belasting (intragroepsrente van 4 %)

4 000

4 000

Aftrek voor risicokapitaal (3,871 %)

0

– 3 871

Belastinggrondslag

4 000

129

Vennootschapsbelasting (33,99 %)

1 360

43,85

Effectief belastingtarief

33,99 %

1,10 %

16. Dat voorbeeld toont aan dat het bedrag van de aftrek voor risicokapitaal niet wordt berekend op basis van het – te vergoeden – gestort kapitaal, maar, onder voorbehoud van een aantal correcties, op basis van het totaal van het eigen vermogen van de betrokken vennootschap.(9)

17. De verwijzende rechter vraagt het Hof uitspraak te doen, niet over de wettigheid van de regeling van aftrek voor risicokapitaal als zodanig, maar alleen over de wettigheid van de uitvoeringsregels ervan, te weten één van de correcties die op grond van artikel 205 ter, § 2, WIB 1992 moeten worden uitgevoerd voor het bepalen van het bedrag van het eigen vermogen dat als berekeningsbasis dient voor deze aftrek.

18. De verwijzende rechter wenst immers alleen te vernemen of de vrijheid van vestiging zich ertegen verzet dat de activa die toerekenbaar zijn aan een buitenlandse vaste inrichting van een in België onbeperkt belastingplichtige vennootschap waarvan de inkomsten in die lidstaat niet belastbaar zijn krachtens een dubbelbelastingverdrag met de lidstaat waar die vaste inrichting is gelegen, niet in de berekeningsbasis voor deze aftrek worden opgenomen, hoewel de aan een Belgische vaste inrichting van een dergelijke vennootschap toerekenbare activa wel in de berekeningsbasis voor deze aftrek worden opgenomen.

19. Volgens de informatie die de Belgische regering heeft verstrekt in antwoord op de vraag van het Hof, worden de activa van buitenlandse vaste inrichtingen van Belgische vennootschappen niet in de berekeningsbasis opgenomen binnen de Europese Economische Ruimte, voor alle lidstaten alsmede voor de Republiek IJsland en het Koninkrijk Noorwegen, met uitzondering van het Vorstendom Liechtenstein, dat het enige land is waarmee het Koninkrijk België geen dubbelbelastingverdrag heeft gesloten.

20. Argenta en de Commissie stellen voor om de prejudiciële vraag van de verwijzende rechter bevestigend te beantwoorden.
21. De Belgische regering meent het tegendeel.
22. Zij betwist allereerst dat de regel van artikel 205 ter, § 2, WIB 1992 ongunstig zou zijn. Volgens de Belgische regering is deze regel immers van geen belang voor de Belgische vennootschap aangezien de aftrek voor risicokapitaal niet op de winst van deze vennootschap moet worden toegepast, maar op de in casu krachtens het Belgisch-Nederlands verdrag in België vrijgestelde winst van de vaste inrichting.
23. Vervolgens stelt de Belgische regering dat wanneer het verzoek van Argenta wordt toegewezen, dit in strijd zou zijn met de internationale fiscale regels, meer bepaald het modelverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO), volgens hetwelk een vaste inrichting als een zelfstandige fiscale eenheid wordt beschouwd en de lidstaat waar deze inrichting is gelegen, bij uitsluiting bevoegd is ter zake van de belasting van haar winst en de behandeling van haar lasten. Kosten die zijn gedaan ter verkrijging van inkomsten die belastbaar zijn in de lidstaat waar de vaste inrichting is gelegen en die zijn vrijgesteld in de lidstaat van vestiging van een vennootschap, moeten in die andere staat en niet in de lidstaat van vestiging aftrekbaar zijn, net zoals rente over schulden die zijn aangegaan voor de verwerving van de activa van een vaste inrichting, van de aan deze vaste inrichting toerekenbare winst aftrekbaar moeten zijn.
24. Zelfs gesteld dat de weigering van het Koninkrijk België om de activa van een buitenlandse vaste inrichting in aanmerking te nemen voor een bepaalde belastingplichtige tot een minder gunstige situatie zou leiden in vergelijking met dezelfde belastingplichtige die in België een vaste inrichting heeft opgericht, vormt deze omstandigheid volgens de Belgische regering bovendien geen belemmering van de vrijheid van vestiging, omdat ze het resultaat is van de parallelle uitoefening door verschillende lidstaten van hun fiscale bevoegdheden en van het feit dat in de meeste andere lidstaten geen met de aftrek voor risicokapitaal vergelijkbaar voordeel bestaat. Het Belgische stelsel van aftrek voor risicokapitaal ontmoedigt op zich Belgische vennootschappen niet om in andere lidstaten een vaste inrichting op te richten.
25. Ten slotte betoogt de Belgische regering dat een eventuele beperking van de vrijheid van vestiging in elk geval gerechtvaardigd is door de noodzaak om de samenhang van het Belgische belastingstelsel te waarborgen en tegelijk door de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te verzekeren.
26. Zoals Argenta in haar schriftelijke opmerkingen terecht heeft aangevoerd, zijn deze argumenten in wezen variaties op hetzelfde thema. Omdat het Koninkrijk België krachtens een dubbelbelastingverdrag heeft afgezien van belasting van de winst van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting, weigert het een in België in de vennootschapsbelasting onbeperkt belastingplichtige Belgische vennootschap waarvan deze inrichting afhangt, de aftrek voor risicokapitaal ten belope van het eigen vermogen dat aan deze inrichting is toegewezen.
27. De aftrek voor risicokapitaal wordt aldus in die mate slechts toegekend indien is voldaan aan een territoriale voorwaarde, namelijk dat het eigen vermogen van de Belgische vennootschap is toegewezen aan een in België belastbare entiteit.
28. Mijns inziens doorstaat een dergelijk criterium toetsing aan het recht van de Unie niet.
29. Allereerst staat buiten kijf dat het verschil in fiscale behandeling, naargelang de Belgische

vennootschap in België dan wel in een andere lidstaat een vaste inrichting aanhoudt, een beperking van de vrijheid van vestiging vormt.

30. Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat de vrijheid van vestiging voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Gemeenschap hebben, het recht meebrengt om in andere lidstaten hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap.(10)

31. Voorts is het vaste rechtspraak dat de bepalingen van het EG-Verdrag betreffende de vrijheid van vestiging zich met name ertegen verzetten dat een lidstaat de vestiging in een andere lidstaat van een van zijn onderdanen of van een naar zijn recht opgerichte vennootschap bemoeilijkt.(11)

32. Deze overwegingen gelden ook wanneer een vennootschap met zetel in een lidstaat haar activiteiten in een andere lidstaat verricht via een vaste inrichting.(12)

33. Binnen de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingregeling vormt de inaanmerkingneming van het aan een vaste inrichting toegewezen eigen vermogen voor de berekening van de aftrek voor risicokapitaal voor een in België aan de vennootschapsbelasting onderworpen Belgische vennootschap ontegenzeggelijk een belastingvoordeel, want als gevolg daarvan verlaagt het effectieve belastingtarief in de vennootschapsbelasting die deze vennootschap in deze lidstaat moet betalen.

34. Volgens diezelfde belastingregeling wordt dat belastingvoordeel evenwel een in België aan de vennootschapsbelasting onderworpen Belgische vennootschap geweigerd wanneer zij in een andere lidstaat een vaste inrichting aanhoudt en de inkomsten van deze vaste inrichting krachtens een dubbelbelastingverdrag tussen die lidstaat en het Koninkrijk België zijn vrijgesteld.

35. Laatstgenoemde vennootschap verkeert dus in een minder gunstige fiscale situatie dan wanneer zij in België een vaste inrichting zou aanhouden.

36. Aan dit oordeel wordt niet afgedaan door de stelling van de Belgische regering dat de weigering om rekening te houden met het eigen vermogen dat is toegewezen aan een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting, zonder invloed is op de fiscale behandeling van de Belgische vennootschap aangezien de aftrek voor risicokapitaal niet op de winst van deze vennootschap doch op de winst van de vaste inrichting wordt toegepast.

37. Was dat het geval, dan valt allereerst moeilijk in te zien waarom het Koninkrijk België specifiek het eigen vermogen van een in het buitenland gelegen vaste inrichting van een in België aan de vennootschapsbelasting onderworpen Belgische vennootschap niet heeft willen meetellen in de berekening van de aftrek voor risicokapitaal.

38. Vervolgens blijkt uit de Belgische belastingwetgeving, inzonderheid de artikelen 205 bis en 205 ter WIB 1992, dat de aftrek voor risicokapitaal wel degelijk van belang is voor de fiscale behandeling van de in België gevestigde vennootschap en dat, zoals de Commissie in antwoord op de schriftelijke vraag van het Hof duidelijk heeft gemaakt, volgens artikel 185 WIB 1992 de in België in de vennootschapsbelasting onbeperkt belastingplichtige Belgische vennootschappen aldaar over het totaalbedrag van hun winst belastbaar zijn.

39. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot invoering van een aftrek voor risicokapitaal schrijft het Belgische boekhoudrecht evenwel niet voor, zelfs indien een vennootschap over een vaste inrichting beschikt waarvan de inkomsten krachtens een

dubbelbelastingverdrag in België van belasting zijn vrijgesteld, dat in de balans van de vennootschap een onderscheid moet worden gemaakt tussen het eigen vermogen dat aan de buitenlandse inrichting is toegewezen, en het overige eigen vermogen van de vennootschap.(13)

40. Uit deze overwegingen volgt, zoals Argenta heeft benadrukt in haar antwoord op de schriftelijke vraag van het Hof zonder op dit punt te zijn weersproken door de Belgische regering, dat een Belgische vennootschap met eigen vermogen in aanmerking kan komen voor de aftrek voor risicokapitaal ook al maakt alleen haar buitenlandse vaste inrichting, die zelf niet met eigen vermogen is gefinancierd, winst die overeenkomstig de Belgische regeling uiteindelijk aan deze vennootschap wordt toegerekend voor de berekening van deze aftrek.

41. Derhalve wordt de aftrek voor risicokapitaal toegepast op de globale situatie van de in België onbeperkt belastingplichtige Belgische vennootschap.

42. Evenmin kan ik mij vinden in het standpunt van de Belgische regering dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verschil in fiscale behandeling het gevolg is van de parallelle uitoefening van de fiscale bevoegdheden van de lidstaat van vestiging van de vennootschap en van de lidstaat waar de vaste inrichting is gelegen, in de zin dat dit verschil voortvloeit uit de omstandigheid dat een met de aftrek voor risicokapitaal vergelijkbaar voordeel niet, of althans nog niet, bestaat in de andere lidstaten, of dat het belastingtarief voor vennootschappen in de lidstaten uiteenloopt.

43. Het Hof heeft weliswaar reeds geoordeeld dat de nadelen die uit de parallelle uitoefening van belastingbevoegdheden door verschillende lidstaten kunnen voortvloeien, voor zover deze uitoefening geen discriminatie oplevert, geen beperkingen van de verkeersvrijheden vormen.(14)

44. Volgens deze redenering vallen nadelen of verschillen in behandeling die alleen voortvloeien uit de toepassing van de verschillen tussen de belastingwetgevingen van de lidstaten, anders dan die welke voortvloeien uit de toepassing van één en hetzelfde belastingstelsel van een lidstaat, buiten de werkingssfeer van deze vrijheden.(15)

45. In casu is het verschil in behandeling tussen de in België gevestigde vennootschappen, die in deze lidstaat in de vennootschapsbelasting onbeperkt belastingplichtig zijn, uiteindelijk naargelang zij in België een vaste inrichting aanhouden, echter het gevolg van de toepassing van uitsluitend het Belgische belastingstelsel. Dat verschil hangt geenszins ervan af of het voor een Belgische vennootschap, zoals Argenta, onmogelijk is in aanmerking te komen voor een soortgelijk voordeel dat in Nederland niet bestaat, en of het belastingtarief voor vennootschapswinst dat eventueel verschilt van het tarief dat in de regel geldt in België. Overigens kan op goede grond worden getwijfeld aan de deugdelijkheid van laatstgenoemde reden. Voor de berekening van de aftrek voor risicokapitaal wordt immers het eigen vermogen meegeteld dat is toegewezen aan vaste inrichtingen die gelegen zijn in derde landen waarmee het Koninkrijk België geen dubbelbelastingverdrag heeft gesloten, en die afhangen van in België in de vennootschapsbelasting onbeperkt belastingplichtige Belgische vennootschappen, ongeacht het belastingtarief dat in deze derde landen van toepassing is.

46. Ik ben dus van mening dat het feit dat het eigen vermogen dat is toegewezen aan een vaste inrichting waarvan de inkomsten in België van belasting zijn vrijgesteld en die afhangt van een in deze lidstaat in de vennootschapsbelasting onbeperkt belastingplichtige Belgische vennootschap, niet wordt meegeteld voor de berekening van de in artikel 205 ter, § 2, WIB 1992 bedoelde aftrek voor risicokapitaal, in beginsel een beperking van de vrijheid van vestiging vormt.

47. Thans dient te worden onderzocht of deze beperking niettemin kan worden gerechtvaardigd door, op zijn minst, één van de twee redenen van algemeen belang die de Belgische regering

heeft aangevoerd, namelijk de vrijwaring van de samenhang van haar belastingstelsel en het behoud van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.

48. Vaststaat dat elk van deze twee vereisten van algemeen belang een geldige rechtvaardigingsgrond voor een beperking van de uitoefening van de vrijheid van vestiging kan vormen.(16)

49. De betrokken beperkende maatregelen moeten evenwel geschikt zijn om de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen van algemeen belang te waarborgen en niet verder gaan dan noodzakelijk is om deze doelstellingen te bereiken.(17)

50. In casu lijkt mij geen van beide doelstellingen te kunnen slagen.

51. De doelstelling van de vrijwaring van de samenhang van het belastingstelsel is volgens de rechtspraak slechts aanvaardbaar indien wordt bewezen dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken fiscale voordeel en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde heffing.(18)

52. De Belgische regering baseert zich op deze rechtspraak om te stellen dat de regeling van de aftrek voor risicokapitaal een perfecte symmetrie inhoudt tussen de toekenning van het op basis van de activa berekende fiscale voordeel en het recht om de met deze activa behaalde winst te belasten.

53. Dat argument is mijns inziens ontoereikend als bewijs dat er een rechtstreeks verband in de zin van de rechtspraak bestaat. Aangezien het belastingvoordeel wordt berekend op basis van het eigen vermogen van de betrokken vennootschappen, behoeft immers slechts te worden opgemerkt dat dit voordeel, dat bestaat in latere heffing van belasting over het met dat eigen vermogen gegenereerd rendement, in werkelijkheid niet wordt gecompenseerd, daar deze aftrek strekt tot een algemene verlaging van het effectieve belastingtarief van de vennootschapsbelasting die onder het WIB 1992 vallende entiteiten betalen.(19) Toekenning van de aftrek voor risicokapitaal hangt in werkelijkheid niet ervan af of in België winst wordt gemaakt, want indien de Belgische vennootschap in een gegeven jaar geen winst maakt, wordt het overschot van de voor dat jaar toegekende aftrek volgens artikel 205 quinquies WIB 1992 overgedragen gedurende de zeven daaropvolgende jaren.

54. Het argument dat de Belgische regering ontleent aan het reeds aangehaalde arrest Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, kan dit oordeel niet ontkrachten.

55. In die zaak heeft het Hof geoordeeld dat de noodzaak om de samenhang van het Duitse belastingstelsel te garanderen rechtvaardigde dat verliezen van een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting van een Duitse vennootschap volgens deze regeling werden bijgeteld, op grond dat deze bijtelling „het logische complement van de eerder toegestane aftrek [van verliezen was]”(20), daar alleen eerder in mindering gebrachte verliezen werden bijgeteld.(21) Er bestond dus „een rechtstreeks, persoonlijk en feitelijk verband tussen de twee elementen van de [...] fiscale regeling”(22), dat wil zeggen, in eerste instantie, toekenning van een belastingvoordeel, te weten inaanmerkingneming van verliezen, aan de ingezeten vennootschap waarvan de in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting afhangt – die overigens werd behandeld alsof die vaste inrichting in Duitsland was gelegen –(23) en, in tweede instantie, bijtelling van deze verliezen.

56. Uit welk oogpunt men de aftrek voor risicokapitaal ook beschouwt, in de Belgische regeling bestaat er echter geen heffing die dat belastingvoordeel compenseert, zodat tussen deze twee elementen een rechtstreeks verband zou bestaan als omschreven in het reeds aangehaalde arrest *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*.

57. Zoals Argenta en de Commissie aanvoeren, lijkt het door het Koninkrijk België aangevoerde argument in verband met de samenhang van het belastingstelsel in elk geval te worden gebracht op het niveau van de wederkerigheid van de toepasselijke regels van het Belgisch-Nederlands verdrag.

58. Doordat in artikel 7, lid 1, van dat verdrag in wezen wordt bedongen dat de winst van een onderneming van een verdragsluitende staat in de andere verdragsluitende staat belastbaar is wanneer deze winst kan worden toegerekend aan haar vaste inrichting die gelegen is op het grondgebied van die andere verdragsluitende staat, voorziet dit verdrag immers in een fiscale wederkerigheid van de in de verdragsluitende staten toepasselijke regels, die precies de fiscale samenhang beoogt te verzekeren. Het feit dat het Koninkrijk België heeft afgezien van belastingheffing over de winst van in Nederland gelegen vaste inrichtingen van Belgische vennootschappen, rechtvaardigt bijgevolg niet dat het eenzijdig het betrokken belastingvoordeel weigert. Wanneer het tegendeel zou worden aanvaard, zou dit per slot van rekening erop neerkomen dat wordt aangenomen dat het Belgisch-Nederlands verdrag oorzaak is van een gebrek aan samenhang, dat moet worden weggenomen door de eenzijdige weigering van het betrokken belastingvoordeel. Een dergelijke redenering is door het Hof echter al van de hand gewezen.(24)

59. Bovendien lijkt het mij dat de Belgische regering, door het betrokken belastingvoordeel te weigeren onder het voorwendsel dat alleen het Koninkrijk der Nederlanden belasting heft over de winst die wordt toegerekend aan op zijn grondgebied gelegen vaste inrichtingen die afhangen van Belgische vennootschappen terwijl het Koninkrijk der Nederlanden geen met het Belgische vergelijkbaar belastingvoordeel toekent, probeert aan haar Unierechtelijke verplichtingen te ontkomen, door te verlangen dat een andere lidstaat zijn eigen belastingstelsel aanpast aan het in België geldende belastingstelsel. Het Hof heeft echter reeds geoordeeld dat de lidstaten krachtens het EG-Verdrag geenszins tot een dergelijke aanpassing gehouden zijn.(25)

60. De tweede doelstelling van algemeen belang waarop de Belgische regering zich beroept, te weten het behoud van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, valt althans ten dele samen met de doelstelling die zojuist is onderzocht.

61. Mijns inziens delen beide doelstellingen hetzelfde lot.

62. Volgens de rechtspraak is de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te behouden als rechtvaardigingsgrond aanvaardbaar wanneer de betrokken regeling ertoe strekt, gedragingen te voorkomen die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden.(26)

63. Wanneer Belgische vennootschappen die een vaste inrichting aanhouden in een lidstaat waarmee het Koninkrijk België een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten, en Belgische vennootschappen die een vaste inrichting hebben op het Belgische grondgebied of in een derde land waarmee het Koninkrijk België geen dergelijk verdrag heeft afgesloten, fiscaal gelijk worden behandeld – dat wil zeggen dat hun het voordeel van de aftrek voor risicokapitaal wordt toegekend –, wordt in casu geenszins afbreuk gedaan aan het recht van deze lidstaat om de totale winst van deze op zijn grondgebied gevestigde vennootschappen te belasten, noch aan het recht van het

Koninkrijk der Nederlanden om overeenkomstig het Belgisch-Nederlands verdrag belasting te heffen over de winst die toerekenbaar is aan op zijn grondgebied gevestigde vaste inrichtingen die afhangen van een Belgische vennootschap.

64. Aan dit oordeel wordt niet afgedaan door het argument van de Belgische regering dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten niettemin gevaar loopt wanneer van het Koninkrijk België wordt verlangd dat de aftrek voor risicokapitaal wordt toegekend in een situatie als in het hoofdgeding, terwijl de fiscale aftrek van de rente over leningen die zijn aangegaan voor de aankoop van de activa van buitenlandse vaste inrichtingen, alleen kan worden toegekend door de lidstaat waar deze inrichtingen zijn gelegen.

65. De aftrek voor risicokapitaal is immers een forfaitair belastingvoordeel dat wordt toegekend op basis van een fictieve kostprijs, namelijk de theoretische kostprijs van het gebruik van het eigen vermogen die – zoals de Commissie heeft opgemerkt zonder op dit punt door de Belgische regering te zijn weersproken – niet door de Belgische vennootschap maar door haar aandeelhouders wordt gedragen. Hoewel de Belgische regering dit ter terechtzitting heeft betwist, gaat het – zoals het heet in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot invoering van een belastingaftrek voor risicokapitaal – om een aftrek sui generis(27), die eenzijdig door het Koninkrijk België wordt toegekend. De evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten staat dus in geen enkel opzicht eraan in de weg dat het Koninkrijk België de gelijke fiscale behandeling waarborgt van Belgische vennootschappen met een vaste inrichting, in welke lidstaat deze inrichting ook is gelegen.

66. Ten overvloede wens ik erop te wijzen dat evenmin kan worden ingestemd met de op zich hypothetische interpretatie a contrario die de Belgische regering aan de arresten Jobra(28) en Tankreederei I(29) ontleent, namelijk dat het Hof de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te verzekeren niet als rechtvaardigingsgrond zou hebben afgekeurd indien de activa waarvoor de betrokken investeringsaftrek in de zaken die tot deze twee arresten hebben geleid, was geweigerd omdat deze investeringen niet op het nationale grondgebied waren gedaan, in de betrokken lidstaten alleen volledig vrijgestelde winst zouden hebben gegenereerd.

67. Derhalve vindt de uit de toepassing van artikel 205 ter, § 2, WIB 1992 voortvloeiende beperking van de vrijheid van vestiging geen rechtvaardiging in de twee redenen van algemeen belang waarop de Belgische regering zich beroept.

68. Ik geef dus in overweging te verklaren voor recht dat artikel 43 EG aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale fiscale bepaling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, volgens welke een in een lidstaat in de vennootschapsbelasting onbeperkt belastingplichtige vennootschap bij de berekening van haar belastbare winst geen aftrek voor risicokapitaal kan toepassen ten belope van het positieve verschil tussen de nettoboekwaarde van de activa en het totaal van de passiva die toerekenbaar zijn aan een vaste inrichting die zij in een andere lidstaat aanhoudt en waarvan de inkomsten krachtens een tussen deze lidstaten afgesloten overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting in eerstgenoemde lidstaat zijn vrijgesteld, terwijl een dergelijke vennootschap deze aftrek wel kan toepassen wanneer dat positieve verschil toerekenbaar is aan een vaste inrichting die is gelegen in eerstgenoemde lidstaat of in een derde land waarmee deze lidstaat geen overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting heeft gesloten.

### III – Conclusie

69. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen te beantwoorden als volgt:

„Artikel 43 EG moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale fiscale bepaling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, volgens welke een in een lidstaat in de vennootschapsbelasting onbeperkt belastingplichtige vennootschap bij de berekening van haar belastbare winst geen aftrek voor risicokapitaal kan toepassen ten belope van het positieve verschil tussen de nettoboekwaarde van de activa en het totaal van de passiva die toerekenbaar zijn aan een vaste inrichting die zij in een andere lidstaat aanhoudt en waarvan de inkomsten krachtens een tussen deze lidstaten afgesloten overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting in eerstgenoemde lidstaat zijn vrijgesteld, terwijl een dergelijke vennootschap deze aftrek wel kan toepassen wanneer dat positieve verschil toerekenbaar is aan een vaste inrichting die is gelegen in eerstgenoemde lidstaat of in een derde land waarmee deze lidstaat geen overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting heeft gesloten.”

1 – Oorspronkelijke taal: Frans.

2 – *Belgisch Staatsblad* van 30 juni 2005, blz. 30077.

3 – De coördinatiecentra waren geregeld in Koninklijk besluit nr. 187 van 30 december 1982 (*Belgisch Staatsblad* van 13 januari 1983) en kwamen aanvankelijk voor een periode van tien jaar in aanmerking voor vrijstelling van de belasting over de winst wanneer zij voor de ondernemingen van de groep waartoe zij behoorden, een aantal administratieve, voorbereidende of ondersteunende taken uitvoerden alsmede bepaalde activiteiten van financiële centralisatie uitoefenden. In 1984 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen zich op het standpunt gesteld dat de regeling geen steunelementen bevatte. In een verslag van de Raad van de Europese Unie van 29 februari 2000 werden de Belgische bepalingen betreffende de coördinatiecentra echter beschouwd als schadelijke belastingmaatregelen die tegen 31 december 2005 en vervolgens tegen 31 december 2010 moesten worden afgeschaft. Op 17 februari 2003 heeft de Commissie beschikking 2003/757/EG betreffende de steunregeling die door België ten uitvoer is gelegd ten gunste van in België gevestigde coördinatiecentra (PB L 282, blz. 25) gegeven. Volgens deze beschikking moest de bestaande steunregeling geleidelijk worden afgeschaft tegen uiterlijk 31 december 2010. Het stelsel van de coördinatiecentra, dat meermaals is gewijzigd doch steeds in afwijking van de Belgische gemeenrechtelijke belastingregeling, heeft aanleiding gegeven tot verschillende zaken voor het Hof, die hebben geleid tot onder meer het arrest van 22 juni 2006, Commissie/Raad (C-399/03, Jurispr. blz. I-5629), betreffende de wettigheid van de toestemming die de Raad in juli 2003 aan het Koninkrijk België heeft gegeven om de steunregeling in te voeren voor een aantal coördinatiecentra waarvan de vergunning uiterlijk op 31 december 2005 verstreek, en het arrest van 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie (C-182/03 en C-217/03, Jurispr. blz. I-5479), betreffende de wettigheid van voornoemde beschikking van de Commissie. Het stelsel van de coördinatiecentra is eind 2010 afgeschaft. Na de gedeeltelijke nietigverklaring van beschikking 2003/757 door het Hof heeft de Commissie op 13 november 2007 een nieuwe beschikking gegeven [beschikking 2008/283/EG betreffende de door België ten uitvoer gelegde steunregeling ten gunste van in België gevestigde coördinatiecentra en tot wijziging van beschikking 2003/757/EG (PB 2008, L 90, blz. 7)], waartegen bij het Gerecht van de Europese Unie twee beroepen tot nietigverklaring zijn ingesteld met als zaaknummer T-94/08 respectievelijk T-189/08. In zijn arresten van 18 maart 2010, Centre de coordination Carrefour/Commissie (T-94/08, Jurispr. blz. II-1015) en Forum 187/Commissie (T-189/08, Jurispr. blz. II-1039), heeft het Gerecht de beroepen niet-ontvankelijk verklaard. Bij beschikking van 3 maart 2011, Centre de coordination Carrefour/Commissie (C-254/10 P), heeft het Hof de hogere voorziening afgewezen.

4 – Zie in dit verband met name Parent, X., „La déduction pour capital à risque. Les intérêts notionnels”, *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2006, nr. 1-2, blz. 289; Colmant, B., e.a., *Les intérêts notionnels. Aspects juridiques, fiscaux et financiers de la déduction pour capital à risque*, Larcier, Brussel, 2006, blz. 3; Traversa, E., en Lecocq, A., „La déduction des intérêts notionnels en Belgique: premier bilan”, *Droit fiscal*, nr. 9, 2009, blz. 9, en Dassesse, M., „Les intérêts notionnels à l'épreuve du droit communautaire. Le législateur belge à la mémoire bien courte”, *Liber Amicorum Jacques Autenne*, Bruylant, Brussel, 2010, blz. 231.

5 – Voor aanslagjaar 2008 bedroeg dit tarief 3,871 % en voor aanslagjaar 2012 bedraagt dit tarief 3,425 %. Het tarief wordt jaarlijks berekend op basis van het gemiddelde van de rentevoeten voor lineaire obligaties (OLO's) op 10 jaar. Dat tarief mag niet meer dan één percentpunt afwijken van het tarief dat voor het vorige aanslagjaar werd toegepast. Het tarief mag niet meer dan 6,5 % bedragen.

6 – Ingevolge artikel 205 quinquies WIB 1992 wordt, indien er voor een belastbaar tijdperk geen of onvoldoende winst is om de aftrek voor risicokapitaal in mindering te kunnen brengen, de voor dat belastbaar tijdperk niet verleende vrijstelling achtereenvolgens overgedragen op de winst van de zeven volgende belastbare tijdperken.

7 – *Belgisch Staatsblad* van 20 december 2002, blz. 57533.

8 – Zie „Notionele interestaftrek: uniek en innoverend belastingvoordeel in België. Aanslagjaar 2013 – Inkomsten 2012”, Federale Overheidsdienst Financiën, blz. 6 ([http://minfin.fgov.be/portail2/belinvest/downloads/nl/publications/bro\\_notional\\_interest.pdf](http://minfin.fgov.be/portail2/belinvest/downloads/nl/publications/bro_notional_interest.pdf)).

9 – Zie met name in die zin Parent, X., op. cit., blz. 298.

10 – Zie arresten van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35); 14 december 2000, AMID (C-141/99, Jurispr. blz. I-11619, punt 20); 23 februari 2006, Keller Holding (C-471/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 29); 29 maart 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, Jurispr. blz. I-2647, punt 25), en 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Jurispr. blz. I-3601, punt 18).

11 – Zie met name arrest van 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 21), en reeds aangehaalde arresten Rewe Zentralfinanz (punt 26) en Lidl Belgium (punt 19).

12 – Arrest Lidl Belgium, reeds aangehaald (punt 20), en arrest van 23 oktober 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, Jurispr. blz. I-8061, punt 31). Zie eveneens arrest van 28 februari 2008, Deutsche Shell (C-293/06, Jurispr. blz. I-1129, punt 29).

13 – Zie wetsontwerp tot invoering van een belastingaftrek voor risicokapitaal, Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers, DOC 51 1778/001, blz. 12, als bijlage gehecht bij de opmerkingen van Argenta.

14 – Zie met name arrest van 8 december 2011, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, Jurispr. blz. I-13023, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

15 – Zie in die zin arrest van 15 september 2011, Schulz-Delzers en Schulz (C-240/10, Jurispr. blz. I-8531, punten 40-42).

16 – Zie met name, wat de vrijwaring van de samenhang van het belastingstelsel betreft, arrest Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, reeds aangehaald (punt 43), en wat het behoud van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten betreft, arrest van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, Jurispr. blz. I-12273, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 – Zie met name in die zin arrest van 12 juli 2012, Commissie/Spanje (C-269/09, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 – Zie met name arresten van 7 september 2004, Manninen (C-319/02, Jurispr. blz. I-7477, punt 42), en 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 68), en arrest Commissie/Spanje, reeds aangehaald (punt 85).

19 – In hun voornoemd werk merken Colmant, B., e.a. in het hoofdstuk over de „beginselen van de aftrek voor risicokapitaal” op dat deze aftrek „buiten de boekhouding, in de belastingaangifte van de vennootschap gebeurt en niet wordt gecompenseerd door enig belastbaar inkomen” (blz. 19).

20 – Arrest Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, reeds aangehaald (punt 42).

21 – Ibidem (punt 44).

22 – Ibidem (punt 42).

23 – Ibidem (punt 35).

24 – Zie met name arrest van 15 juli 2004, Weidert en Paulus (C-242/03, Jurispr. blz. I-7379, punten 24-26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25 – Zie met name arrest van 15 april 2010, CIBA (C-96/08, Jurispr. blz. I-2911, punt 28), en arrest Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, reeds aangehaald (punt 39).

26 – Zie arresten van 18 juli 2007, Oy AA (C-231/05, Jurispr. blz. I-6373, punt 54); 8 november 2007, Amurta (C-379/05, Jurispr. blz. I-9569, punt 58); 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, Jurispr. blz. I-5145, punt 66); 20 oktober 2011, Commissie/Duitsland (C-284/09, Jurispr. blz. I-9879, punt 77), en 10 mei 2012, FIM Santander Top 25 Euro Fi e.a. (C-338/11–C-347/11, punt 47).

27 – Volgens de bespreking van artikel 4 van dat wetsontwerp (blz. 10 van de memorie van toelichting) is „[d]e aftrek voor risicokapitaal [...] een aftrek *sui generis* waarvan alle toepassingsvoorwaarden door de bepalingen in ontwerp worden vastgesteld”.

28 – Arrest van 4 december 2008 (C-330/07, Jurispr. blz. I-9099).

29 – Arrest van 22 december 2010 (C-287/10, Jurispr. blz. I-14233).