

Zaak C-293/06

Deutsche Shell GmbH

tegen

Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg

(verzoek van het Finanzgericht Hamburg om een prejudiciële beslissing)

„Vrijheid van vestiging – Vennootschapsbelasting – Monetair gevolgen bij repatriëring van dotatiekapitaal dat in lidstaat gelegen vennootschap heeft verschaft aan haar in andere lidstaat gelegen vaste inrichting”

Samenvatting van het arrest

Vrij verkeer van personen – Vrijheid van vestiging – Belastingwetgeving – Vennootschapsbelasting – Aftrek van verliezen

[EG-Verdrag, art. 52 (thans, na wijziging, art. 43 EG) en art. 58 (thans art. 48 EG)]

De artikelen 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) en 58 EG-Verdrag (thans artikel 48 EG), in hun onderlinge samenhang gelezen, verzetten zich ertegen dat een lidstaat een wisselkoersverlies dat een vennootschap met statutaire zetel op het grondgebied van deze lidstaat lijdt bij de repatriëring van het dotatiekapitaal dat zij heeft verschaft aan haar in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting, uitsluit bij de vaststelling van de nationale belastbare grondslag. Deze bepalingen verzetten zich er ook tegen dat een wisselkoersverlies alleen als exploitatiekosten van een onderneming met zetel in een lidstaat aftrekbaar is voor zover de in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting geen belastingvrije winst heeft gemaakt.

Een dergelijke belastingregeling vergroot immers het economische risico voor een in een lidstaat gevestigde vennootschap die in een andere lidstaat een entiteit wil oprichten, wanneer daar van een andere munteenheid gebruik wordt gemaakt dan in de lidstaat van oorsprong, en vormt aldus een belemmering van de vrijheid van vestiging. Zij wordt niet gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van de belastingregeling te behouden, aangezien er geen rechtstreeks verband bestaat tussen een wisselkoersverlies en een wisselkoerswinst. Deze belemmering kan evenmin worden gerechtvaardigd door het bestaan van een overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting. De vrijheid van vestiging kan weliswaar niet aldus worden begrepen dat een lidstaat verplicht is, zijn belastingregeling af te stemmen op die van een andere lidstaat, teneinde te waarborgen dat in alle situaties de belasting aldus wordt geheven dat alle verschillen als gevolg van de nationale belastingregelingen verdwijnen, aangezien de beslissingen van een vennootschap betreffende de oprichting van een commerciële structuur in het buitenland naar gelang van het geval meer of minder voordelig of nadelig voor deze vennootschap kunnen uitvallen. Het betrokken belastingnadeel betreft echter een bepaalde transactie waarmee alleen de belastingautoriteiten van de hoofdinrichting rekening kunnen houden.

De beperkte verrekening van het door deze vaste inrichting geleden wisselkoersverlies afhankelijk van haar resultaat kan evenmin worden gerechtvaardigd door het argument dat het gevaar bestaat dat de onderneming die deze inrichting bezit, een dubbel voordeel geniet wegens het wisselkoersverlies. Een lidstaat die afstand van zijn heffingsbevoegdheid heeft gedaan door een

overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting te sluiten, kan zich immers niet erop beroepen dat hij voor het resultaat van een vaste inrichting van een op zijn grondgebied gelegen vennootschap geen heffingsbevoegdheid bezit, ter rechtvaardiging van de weigering van aftrek van de door deze vennootschap gemaakte kosten die, vanwege de aard ervan, niet kunnen worden verrekend in de lidstaat waar deze inrichting is gelegen.

(cf. punten 30, 32, 40, 43-45, 47, 50-51, 53, dictum 1^o2)

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

28 februari 2008 (*)

„Vrijheid van vestiging – Vennootschapsbelasting – Monetaire gevolgen bij repatriëring van dotatiekapitaal dat in lidstaat gelegen vennootschap heeft verschaft aan haar in andere lidstaat gelegen vaste inrichting”

In zaak C-293/06,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Finanzgericht Hamburg (Duitsland) bij beslissing van 8 juni 2006, ingekomen bij het Hof op 3 juli 2006, in de procedure

Deutsche Shell GmbH

tegen

Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, G. Arestis, R. Silva de Lapuerta (rapporteur), J. Malenovský en T. von Danwitz, rechters,

advocaat-generaal: E. Sharpston,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 13 september 2007,

gelet op de opmerkingen van:

- Deutsche Shell GmbH, vertegenwoordigd door A. Raupach en D. Pohl, Rechtsanwälte,
- het Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg, vertegenwoordigd door M. Fromm als gemachtigde,

- de Duitse regering, vertegenwoordigd door M. Lumma en C. Blaschke als gemachtigden,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door H. G. Sevenster, M. de Mol alsmede door M. de Grave als gemachtigden,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal en G. Wilms als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 november 2007,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) en 58 EG-Verdrag (thans artikel 48 EG).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Deutsche Shell GmbH (hierna: „Deutsche Shell”) en het Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg (hierna: „Finanzamt”) over de fiscale behandeling, door de autoriteiten van de Bondsrepubliek Duitsland, van de geldontwaarding bij de repatriëring van een dotatiekapitaal (hierna: „dotatiekapitaal”) dat was verschaft aan een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van deze vennootschap.

Rechtskader

Verdrag tot het vermijden van dubbele belasting

3 Artikel 3 van het op 31 oktober 1925 tussen Duitsland en Italië gesloten verdrag tot het vermijden van dubbele belasting (RGBl. 1925 II, blz. 1146; hierna: „belastingverdrag”) bepaalt:

„1. Zakelijke belastingen welke betrekking hebben op de inkomsten uit het drijven van handel, industrie of andere nijverheid van welke aard dan ook, worden enkel door de staat geheven op wiens grondgebied de onderneming haar vaste inrichting heeft; [...]

[...]

3. Wanneer de onderneming vaste inrichtingen heeft in beide overeenkomstsluitende staten, dan zal elk van de twee staten de zakelijke belastingen heffen over het deel van de inkomsten dat door de activiteit van de zich op zijn grondgebied bevindende vaste inrichting wordt behaald. [...]”

4 Artikel 11 van het belastingverdrag bepaalt:

„Personele belastingen welke betrekking hebben op het totale inkomen van de belastingplichtige, worden door elk van de overeenkomstsluitende staten overeenkomstig de volgende bepalingen geheven:

(1) Op de inkomsten

[...]

(c) uit het drijven van handel, industrie of andere nijverheid, inkomsten uit het bedrijven van zeescheepvaart daaronder begrepen,

[...]

zijn dezelfde bepalingen van toepassing die voor deze inkomsten in de desbetreffende artikelen zijn vastgesteld.

[...]"

Duitse fiscale wettelijke regeling zoals van toepassing ten tijde van de feiten in het hoofdgeding

5 § 1 van het Körperschaftsteuergesetz (Duitse wet op de vennootschapsbelasting) van 11 maart 1991 (BGBl. 1991 I, blz. 637; hierna: „KStG”) bepaalt:

„1. De volgende ondernemingen [...] die hun zetel of bedrijfsleiding op het nationale grondgebied hebben, zijn onbeperkt aan de vennootschapsbelasting onderworpen:

1) kapitaalvennootschappen (vennootschappen op aandelen, vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid);

[...]

2. De onbeperkte verplichting tot betaling van de vennootschapsbelasting geldt voor het gehele inkomen.”

6 § 12 van de Abgabenordnung (Duits belastingwetboek) bepaalt:

„1. Elke vaste uitrusting of installatie die dient voor een bedrijfsactiviteit, is een inrichting.

2. Moeten met name worden beschouwd als een inrichting:

[...]

– een filiaal.”

7 § 2a, lid 3, van het Einkommensteuergesetz (Duitse wet op de inkomstenbelasting) van 7 september 1990 (BGBl. 1990 I, blz. 1898; hierna: „EStG”) bepaalt:

„Wanneer krachtens een overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting bij een onbeperkt belastingplichtige inkomsten uit bedrijfsmatige activiteiten welke afkomstig zijn van een in een buitenlandse staat gelegen vaste inrichting, moeten worden vrijgesteld van inkomstenbelasting, dan dient op verzoek van de belastingplichtige een verlies dat zich volgens de bepalingen van het binnenlandse belastingrecht bij het verwerven van deze inkomsten voordoet, bij de vaststelling van het totaalbedrag van de inkomsten te worden verrekend voor zover het door de belastingplichtige kan worden gecompenseerd of verrekend wanneer de inkomsten niet zijn vrijgesteld van inkomstenbelasting en voor zover het de krachtens deze overeenkomst vrij te stellen positieve inkomsten uit bedrijfsmatige activiteiten uit andere in deze buitenlandse staat gelegen vaste inrichtingen te boven gaat. [...] Voor zover tijdens een later aanslagjaar een positief resultaat ontstaat uit het totale inkomen van de industriële of handelsactiviteit van in deze buitenlandse staat gelegen vaste inrichtingen, welk inkomen krachtens deze overeenkomst moet worden vrijgesteld, moet het krachtens de eerste en de tweede volzin afgetrokken bedrag voor het betrokken belastbare tijdperk opnieuw in aanmerking worden genomen bij de berekening van het totale inkomen. [...]”

8 § 3c, lid 1, EStG bepaalt:

„Voor zover kosten in rechtstreeks economisch verband staan met belastingvrije inkomsten, mogen zij niet als bedrijfskosten of als verwervingskosten worden afgetrokken.”

Hoofdgeding en de prejudiciële vragen

9 Deutsche Shell, een kapitaalvennootschap met zetel en bedrijfsleiding in Duitsland, richtte in 1974 een vaste inrichting in Italië op voor de exploratie en de exploitatie van aardgas en aardolie (hierna: „vaste inrichting”). Tussen 1974 en 1991 heeft zij in deze inrichting geld ingebracht in de vorm van een dotatiekapitaal.

10 De door de vaste inrichting behaalde en naar Duitsland gerepatrieerde winst werd van het dotatiekapitaal afgetrokken tegen de koerswaarde van de Duitse mark (DEM) en de Italiaanse lire (ITL) op de datum van elke overmaking door deze inrichting aan Deutsche Shell.

11 Met de geldontwaarding waaraan het aan de vaste inrichting verschaft dotatiekapitaal onderhevig was, werd in Italië geen rekening gehouden bij de belasting van de winst van deze inrichting, aangezien de belastbare grondslag in Italiaanse lire was vastgesteld.

12 Deutsche Shell is overeenkomstig § 1, lid 1, punt 1, KStG in Duitsland onbeperkt belastingplichtig over haar wereldinkomen.

13 Op 28 februari 1992 heeft Deutsche Shell de activa van haar vaste inrichting gecedeerd aan een Italiaanse dochteronderneming, de vennootschap Sierra Gas Srl; bij deze transactie heeft zij haar verborgen reserves zichtbaar moeten maken. Met de cessie van deze activa hield de vaste inrichting op te bestaan. Op dezelfde dag heeft Deutsche Shell haar aandelen in de vennootschap Sierra Gas Srl overgedragen aan de vennootschap Edison Gas SpA.

14 Het bedrag in Italiaanse lire dat voor deze transacties werd verkregen, werd op 17 juli 1992 aan Deutsche Shell overgemaakt als terugbetaling van het dotatiekapitaal.

15 Het aldus terugbetaalde dotatiekapitaal, zijnde een bedrag van 83 658 896 927 ITL, werd in Duitse mark omgezet tegen de op die datum geldende wisselkoers van 1 000 ITL tegen 1,3372 DEM, hetgeen resulteerde in een bedrag van 111 868 677 DEM.

16 Het negatieve verschil van 122 698 502 DEM tussen het bedrag van 111 868 677 DEM en de waarde van het dotatiekapitaal heeft Deutsche Shell als een „wisselkoersverlies” aangemerkt.

17 Bij de berekening van het belastbare inkomen van Deutsche Shell voor belastingjaar 1992 heeft het Finanzamt geweigerd met dat verlies rekening te houden in het aanslagbiljet in de vennootschapsbelasting dat op 19 september 1997 aan Deutsche Shell werd verstuurd.

18 Op 2 oktober 1997 heeft Deutsche Shell tegen deze aanslag bezwaar gemaakt.

19 Na een wijziging op 16 november 2001 en 5 augustus 2003 van deze aanslag om redenen die in casu niet relevant zijn, heeft het Finanzamt dat bezwaar afgewezen bij beslissing van 7 augustus 2003. Het was met name van oordeel dat Deutsche Shell geen echt financieel verlies had geleden, dat de geldontwaarding van het dotatiekapitaal slechts een onderdeel was van het resultaat van de vaste inrichting en dat het resultaat van deze vennootschap tijdens het betrokken belastingjaar positief was, ook al werd rekening gehouden met deze geldontwaarding.

20 Op 14 augustus 2003 heeft Deutsche Shell bij het Finanzgericht Hamburg beroep ingesteld tegen de afwijzing van haar bezwaar door het Finanzamt.

21 Voor deze rechterlijke instantie heeft Deutsche Shell aangevoerd dat de onmogelijkheid om het door haar geleden wisselkoersverlies in de vennootschapsbelasting af te trekken inbreuk maakt op de vrijheid van vestiging. Zij bevindt zich in casu in een minder gunstige situatie dan wanneer het dotatiekapitaal in een in Duitsland gevestigde vennootschap zou zijn geïnvesteerd.

22 Van oordeel dat de uitkomst van het voor hem dienende geding afhangt van de uitlegging van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging, heeft het Finanzgericht de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is het in strijd met artikel 52 EG-Verdrag juncto artikel 58 EG-Verdrag [...] dat de Bondsrepubliek Duitsland als lidstaat van oorsprong een wisselkoersverlies van de binnenlandse moederonderneming bij de repatriëring van het zogenaamde dotatiekapitaal dat aan een in Italië gevestigde vaste inrichting is verschaft, behandelt als deel van de winst van de vaste inrichting en op grond van de vrijstelling krachtens artikel 3, leden 1 en 3, en artikel 11, punt 1c, van het [belastingverdrag] uitsluit van de berekeningsgrondslag voor de Duitse belastingheffing, hoewel het wisselkoersverlies niet kan worden opgenomen in de voor de Italiaanse belastingheffing vast te stellen winst van de vaste inrichting, en derhalve noch in de lidstaat van oorsprong, noch in de lidstaat van de vaste inrichting in aanmerking wordt genomen?

2) Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: is het in strijd met artikel 52 EG-Verdrag juncto artikel 58 EG-Verdrag [...] wanneer voormeld wisselkoersverlies weliswaar bij de berekeningsgrondslag voor de Duitse belastingheffing moeten worden betrokken, maar als exploitatiekosten enkel in mindering mag worden gebracht voor zover uit de Italiaanse vaste inrichting geen belastingvrije winst is verkregen?”

Beroep

Beantwoording van de eerste vraag

23 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 52 en 58 van het Verdrag, in hun onderlinge samenhang gelezen, zich ertegen verzetten dat een lidstaat een wisselkoersverlies dat een vennootschap met statutaire zetel op zijn grondgebied lijdt bij de repatriëring van het dotatiekapitaal dat zij aan een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting heeft verschaft, uitsluit bij de bepaling van de nationale belastbare grondslag.

24 Met betrekking tot de feiten die ten grondslag liggen aan het geding dat tot de prejudiciële verwijzing aanleiding heeft gegeven, stellen het Finanzamt en de Duitse regering dat er in casu geen werkelijk economisch verlies is geleden ten gevolge van de wisselkoers die gold bij de overdracht van de vaste inrichting en bij de repatriëring van haar dotatiekapitaal. Zij benadrukken tevens dat Deutsche Shell en de vaste inrichting een ondeelbare economische entiteit vormen en dat er binnen de groepsbalans voortdurend financiële schommelingen bestaan als gevolg van wisselkoersfluctuaties.

25 De verwijzende rechter dient uit te maken of de monetaire schommelingen waarvan sprake is in het hoofdgeding, hebben geleid tot een wisselkoersverlies dat een werkelijk economisch verlies vormt dat de resultaten van Deutsche Shell voor het betrokken belastingjaar negatief heeft beïnvloed.

26 Het Hof moet daarentegen op het verzoek om een prejudiciële beslissing antwoorden op basis van de beoordelingen van de verwijzende rechter en hem alle nuttige aanwijzingen geven opdat hij het voor hem aanhangige geding kan beslechten.

27 Bijgevolg moet het Hof uitmaken of, ingeval het wisselkoersverlies een werkelijk economisch verlies vormt, de beslissing van het Finanzamt om een dergelijk verlies uit te sluiten van de belastbare grondslag van deze vennootschap de uitoefening van de vrijheid van vestiging kan belemmeren.

28 Het is vaste rechtspraak dat alle maatregelen die de uitoefening van deze vrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, als een beperking moeten worden beschouwd (zie arresten van 30 november 1995, Gebhard, C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37, en 5 oktober 2004, CaixaBank France, C-442/02, Jurispr. blz. I-8961, punt 11).

29 Het Hof heeft geoordeeld dat er sprake kan zijn van dergelijke beperkende gevolgen met name wanneer een vennootschap wegens een belastingregeling ervan kan worden afgehouden, in andere lidstaten afhankelijke entiteiten, zoals een vaste inrichting, op te richten of via dergelijke entiteiten haar activiteiten uit te oefenen (zie arresten van 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punten 32 en 33, en 23 februari 2006, Keller Holding, C-471/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 35).

30 Zoals de advocaat-generaal in de punten 43 en 44 van haar conclusie heeft opgemerkt, vergroot de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingregeling het economische risico voor een in een lidstaat gevestigde vennootschap die in een andere lidstaat een entiteit wil oprichten wanneer daar van een andere munteenheid gebruik wordt gemaakt dan in de lidstaat van oorsprong. In een dergelijke situatie spelen voor de hoofdinstelling niet alleen de gebruikelijke risico's bij de oprichting van een dergelijke entiteit, maar ook een bijkomend fiscaal risico wanneer zij aan deze laatste entiteit een dotatiekapitaal verschaft.

31 In het hoofdgeding heeft Deutsche Shell wegens de uitoefening van de vrijheid van vestiging een financieel verlies geleden dat de nationale belastingautoriteiten niet in aanmerking hebben genomen bij de vaststelling van de grondslag in de Duitse vennootschapsbelasting en dat evenmin is verrekend bij de belastingheffing in Italië over het resultaat van haar vaste inrichting.

32 De conclusie luidt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingregeling een belemmering van de vrijheid van vestiging vormt.

33 Ter rechtvaardiging van een dergelijke belemmering beroepen het Finanzamt en de Duitse regering zich subsidiair op de samenhang van het belastingstelsel en op de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de twee betrokken lidstaten.

34 In verband met de eerste rechtvaardigingsgrond stellen zij dat, wanneer met het wisselkoersverlies rekening zou worden gehouden bij de vaststelling van de belastbare grondslag van Deutsche Shell in Duitsland, een onsamenvattend belastingstelsel zou ontstaan aangezien evenmin rekening wordt gehouden met een eventuele in een vergelijkbare situatie verkregen wisselkoerswinst. Het nadeel dat ontstaat doordat geen rekening wordt gehouden met een wisselkoersverlies, is de logische keerzijde van het voordeel dat ontstaat doordat een wisselkoerswinst van de belastbare basis wordt uitgesloten.

35 In verband met de tweede rechtvaardigingsgrond wordt betoogd dat de in het belastingverdrag vastgelegde verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de Bondsrepubliek Duitsland en de Italiaanse Republiek een rechtmatig doel is. De lidstaten hebben immers het recht, de criteria voor de verdeling van de fiscale soevereiniteit eenzijdig dan wel via bilaterale verdragen vast te leggen. Met dat verdrag hebben de twee betrokken lidstaten beslist om de inkomsten van op het grondgebied van de overeenkomstsluitende staat gelegen vaste inrichtingen van belasting vrij te stellen, hetgeen uitsluit dat met het wisselkoersverlies rekening wordt

gehouden.

36 Deze twee rechtvaardigingsgronden kunnen niet worden aanvaard.

37 Aangaande, ten eerste, de rechtvaardiging op grond van de samenhang van het belastingstelsel zij eraan herinnerd dat het Hof heeft aanvaard dat de noodzaak om de fiscale samenhang te bewaren een beperking van de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen (zie arresten van 28 januari 1992, Bachmann, C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punt 28, en Commissie/België, C-300/90, Jurispr. blz. I-305, punt 21; arrest Keller Holding, reeds aangehaald, punt 40, en arrest van 8 november 2007, Amurta, C-379/05, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 46).

38 Een dergelijke rechtvaardigingsgrond kan, volgens het Hof, echter slechts worden aanvaard wanneer wordt aangetoond dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken belastingvoordeel en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde fiscale heffing (zie arresten van 14 november 1995, Svensson en Gustavsson, C-484/93, Jurispr. blz. I-3955, punt 58, en 21 november 2002, X en Y, C-436/00, Jurispr. blz. I-10829, punt 52; arrest Keller Holding, reeds aangehaald, punt 40, en arrest van 14 september 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer, C-386/04, Jurispr. blz. I-8203, punten 54-56).

39 Bovendien moet het rechtstreekse verband op basis van de door de betrokken belastingregeling nagestreefde doelstelling zijn aangetoond op het niveau van de betrokken belastingplichtigen door een strikte correlatie tussen de aftrekbaarheid en de belastingheffing (zie in die zin arrest van 11 augustus 1995, Wielockx, C-80/94, Jurispr. blz. I-2493, punt 24).

40 Met betrekking tot het in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingstelsel is de vergelijking tussen een wisselkoersverlies en een wisselkoerswinst niet relevant, aangezien tussen deze twee elementen geen rechtstreeks verband bestaat in de zin van de rechtspraak waarnaar in de bovenstaande twee punten wordt verwezen. Dat bij de vaststelling van de belastbare basis van Deutsche Shell voor belastingjaar 1992 geen rekening is gehouden met een wisselkoersverlies, wordt door geen enkel belastingvoordeel gecompenseerd in de lidstaat waar deze vennootschap haar zetel heeft, noch in de lidstaat waar haar vaste inrichting is gelegen.

41 Aangaande, ten tweede, het argument dat er een verdrag is met een verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de twee betrokken lidstaten, zij eraan herinnerd dat, volgens vaste rechtspraak, de lidstaten bij gebreke van communautaire unificatie of harmonisatiemaatregelen bevoegd blijven om de criteria voor de belasting over de inkomsten en het vermogen vast te stellen teneinde, in voorkomend geval door het sluiten van overeenkomsten, dubbele belasting af te schaffen (zie arresten van 3 oktober 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen, C-290/04, Jurispr. blz. I-9461, punt 54; 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, C-374/04, Jurispr. blz. I-11673, punt 52, en 18 juli 2007, Oy AA, C-231/05, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 52).

42 Deze bevoegdheid impliceert ook dat een lidstaat niet ertoe kan worden verplicht, bij de toepassing van zijn fiscale wettelijke regeling rekening te houden met het negatieve resultaat van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van een vennootschap met zetel op het grondgebied van eerstgenoemde staat alleen omdat dit resultaat fiscaal niet in aanmerking kan worden genomen in de lidstaat waar de vaste inrichting is gelegen.

43 De vrijheid van vestiging kan immers niet aldus worden begrepen dat een lidstaat verplicht is, zijn belastingregeling af te stemmen op die van een andere lidstaat, teneinde te waarborgen dat in alle situaties de belasting aldus wordt geheven dat alle verschillen als gevolg van de nationale belastingregelingen verdwijnen, aangezien de beslissingen van een vennootschap betreffende de

oprichting van een commerciële structuur in het buitenland naargelang van het geval meer of minder voordelig of nadelig voor deze vennootschap kunnen uitvallen (zie, mutatis mutandis, arrest van 12 juli 2005, Schempp, C-403/03, Jurispr. blz. I-6421, punt 45).

44 In het hoofdgeding betreft het betrokken belastingnadeel een bepaalde transactie waarmee alleen de Duitse belastingautoriteiten rekening kunnen houden. Hoewel elke lidstaat die een verdrag tot het vermijden van dubbele belasting heeft gesloten, dat verdrag moet uitvoeren door zijn eigen belastingrecht toe te passen en aldus de aan een vaste inrichting toe te rekenen inkomsten moet bepalen, kan niet worden aanvaard dat een lidstaat bij de vaststelling van de belastbare grondslag van de hoofdinrichting geen rekening houdt met een wisselkoersverlies dat de vaste inrichting, vanwege de aard van dit verlies, nooit kan lijden.

45 Op de eerste vraag dient dus te worden geantwoord dat de artikelen 52 en 58 van het Verdrag, in hun onderlinge samenhang gelezen, zich ertegen verzetten dat een lidstaat een wisselkoersverlies dat een vennootschap met statutaire zetel op het grondgebied van deze lidstaat lijdt bij de repatriëring van het dotatiekapitaal dat zij heeft verschaft aan een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting, uitsluit bij de vaststelling van de nationale belastbare grondslag.

Beantwoording van de tweede vraag

46 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, ingeval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, of de artikelen 52 en 58 van het Verdrag, in hun onderlinge samenhang gelezen, zich er ook tegen verzetten dat het betrokken wisselkoersverlies alleen als exploitatiekosten van een onderneming met zetel in een lidstaat aftrekbaar is voor zover uit de in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van deze onderneming geen belastingvrije winst is verkregen.

47 Zoals blijkt uit de overwegingen in de punten 30 en 31 van het onderhavige arrest, kan ook een beperkte verrekening van het door deze vaste inrichting geleden wisselkoersverlies afhankelijk van haar resultaat een vennootschap ervan afhouden, via een dergelijke entiteit haar grensoverschrijdende activiteiten binnen de Europese Gemeenschap voort te zetten en moet deze beperkte verrekening derhalve worden beschouwd als een belemmering van de vrijheid van vestiging.

48 Ter rechtvaardiging van deze beperking hebben het Finanzamt en de Duitse regering hun standpunt herhaald dat het belastingstelsel wordt gerechtvaardigd door de samenhang van de belastingregels en door de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de twee betrokken lidstaten, waarbij zij bij benadering dezelfde toelichting hebben gegeven als in de punten 34 en 35 van het onderhavige arrest is uiteengezet.

49 Het Finanzamt en de Duitse regering zijn bovendien van mening dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingstelsel beoogt te voorkomen dat een verlies tweemaal in aanmerking wordt genomen door de aftrek uit te sluiten van kosten die worden gemaakt om inkomsten in het buitenland te genereren, aangezien deze inkomsten krachtens het belastingverdrag belastingvrij zijn. Indien het wisselkoersverlies als exploitatiekosten van de onderneming in Duitsland zou worden verrekend, zou Deutsche Shell een dubbel belastingvoordeel genieten, aangezien het positieve resultaat van haar vaste inrichting krachtens het belastingverdrag in Duitsland van belasting is vrijgesteld, zonder dat het wisselkoersverlies voor de Italiaanse belastingheffing kan worden verrekend. Met andere woorden, een en hetzelfde economische procedé zou kunstmatig worden opgesplitst in het voordeel van de vennootschap Deutsche Shell, waarbij de inkomsten van de vaste inrichting krachtens het belastingverdrag zouden zijn vrijgesteld en het wisselkoersverlies zou worden behandeld als exploitatiekosten van de onderneming, die te onderscheiden is van haar overige kosten.

50 Aangezien twee van de door het Finanzamt en de Duitse regering aangevoerde argumenten in wezen een herhaling zijn van hun overwegingen betreffende de eerste vraag, kan worden volstaan met een verwijzing naar de punten 37 tot en met 44 van het onderhavige arrest, waaruit blijkt dat de niet-inaanmerkingneming van het wisselkoersverlies niet kan worden gerechtvaardigd door de in punt 48 genoemde gronden.

51 Aangaande het specifieke argument dat het gevaar bestaat dat Deutsche Shell een dubbel voordeel geniet wegens het wisselkoersverlies, zij opgemerkt dat een lidstaat die afstand van zijn heffingsbevoegdheid heeft gedaan door een bilateraal belastingverdrag te sluiten zoals dat in het hoofdgeding, zich niet erop kan beroepen dat hij voor het resultaat van een vaste inrichting van een op zijn grondgebied gelegen vennootschap geen heffingsbevoegdheid bezit ter rechtvaardiging van de weigering van aftrek van de door deze vennootschap gemaakte kosten die, vanwege de aard ervan, niet kunnen worden verrekend in de lidstaat waar deze inrichting is gelegen.

52 Bovendien is het feit dat uit de vaste inrichting winst is verkregen, niet relevant voor het recht van Deutsche Shell om het wisselkoersverlies dat is ontstaan bij de repatriëring van het aan deze inrichting verschaft dotatiekapitaal, in zijn geheel af te trekken als exploitatiekosten van de onderneming. In het andere geval zou het wisselkoersverlies niet kunnen worden verrekend door de lidstaat waar de vennootschap haar zetel heeft, noch door de lidstaat waar de vaste inrichting is gelegen, aangezien de geldontwaarding van het dotatiekapitaal niet kan blijken uit de in de nationale munteenheid opgestelde boekhouding van de vaste inrichting.

53 Op de tweede vraag dient dus te worden geantwoord dat de artikelen 52 en 58 van het Verdrag, in hun onderlinge samenhang gelezen, zich er ook tegen verzetten dat een wisselkoersverlies alleen als exploitatiekosten van een onderneming met zetel in een lidstaat aftrekbaar is voor zover uit de in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting geen belastingvrije winst is verkregen.

Kosten

54 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) De artikelen 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) en 58 EG-Verdrag (thans artikel 48 EG), in hun onderlinge samenhang gelezen, verzetten zich ertegen dat een lidstaat een wisselkoersverlies dat een vennootschap met statutaire zetel op het grondgebied van deze lidstaat lijdt bij de repatriëring van het dotatiekapitaal dat zij heeft verschaft aan haar in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting, uitsluit bij de vaststelling van de nationale belastbare grondslag.

2) De artikelen 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) en 58 EG-Verdrag (thans artikel 48 EG), in hun onderlinge samenhang gelezen, verzetten zich er ook tegen dat een wisselkoersverlies alleen als exploitatiekosten van een onderneming met zetel in een lidstaat aftrekbaar is voor zover de in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van deze onderneming geen belastingvrije winst heeft behaald.

ondertekeningen

* Procestaal: Duits.