

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

E. SHARPSTON

van 8 november 2007 (1)

Zaak C-293/06

Deutsche Shell

tegen

Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg

(„Vrijheid van vestiging – Vennootschapsbelasting – Wisselkoersverlies van in een lidstaat gevestigde vennootschap bij repatriëring van dotatiekapitaal dat is verschaft aan in andere lidstaat gevestigde vaste inrichting”)

1. In de onderhavige zaak vraagt het Finanzgericht Hamburg (Duitsland) het Hof of het in strijd is met de vrijheid van vestiging dat lidstaat A een wisselkoersverlies bij de repatriëring van het dotatiekapitaal dat een in deze lidstaat gevestigde onderneming heeft verschaft aan een vaste inrichting in lidstaat B met een andere munt, behandelt als deel van de winst van de vaste inrichting en dat verlies op basis van een dubbelbelastingverdrag uitsluit van de berekeningsgrondslag voor de belastingheffing in lidstaat A, hoewel het wisselkoersverlies niet kan worden opgenomen in de voor de belastingheffing in lidstaat B vast te stellen winst van de vaste inrichting, en derhalve in geen van de twee lidstaten in aanmerking kan worden genomen.

Toepasselijke wetgeving

2. Een in Duitsland gevestigde onderneming is in beginsel in Duitsland belastbaar over haar wereldinkomen.(2)

3. Het dubbelbelastingverdrag van 1925 (hierna: „verdrag van 1925”) tussen Duitsland en Italië heeft deze regel gemilderd voor „inkomen uit de activiteit van” een Italiaanse vestiging(3) van een Duitse onderneming. Artikel 3, lid 1, van het verdrag van 1925 stelt een dergelijk inkomen alleen in Italië belastbaar.

4. Naar Duits recht kan iemand die bij een dubbelbelastingverdrag is vrijgesteld van belasting op „inkomen uit een handelsactiviteit” van een buitenlands filiaal verlies in verband met dat inkomen aftrekken voor zover dergelijk verlies (i) kon worden afgetrokken indien het inkomen niet was vrijgesteld, en (ii) het positieve inkomen dat aldus is vrijgesteld, te boven gaat.(4)

5. Wat als inkomen geldt en hoe het moet worden berekend, moet overeenkomstig het EStG worden vastgesteld.(5) Deze wet bepaalt: „Voor zover kosten in rechtstreeks economisch verband met belastingvrije inkomsten staan, mogen zij voor de berekeningsgrondslag niet als exploitatiekosten worden afgetrokken.”(6)

Achtergrond van het hoofdgeding

6. Blijkens het feitenrelaas van de verwijzende rechter is verzoekster in het hoofdgeding, Deutsche Shell GmbH (hierna: „Deutsche Shell”), een vennootschap met zetel en hoofdvestiging in Duitsland. In 1974 heeft Deutsche Shell een filiaal in Italië geopend. De winst van het filiaal kwam naar Italiaans recht op een commerciële en fiscale balans in Italiaanse munt, en voor Deutsche Shell op een afzonderlijke Duitse commerciële en fiscale balans.

7. Deutsche Shell verschafte haar filiaal een dotatiekapitaal, dat op een afzonderlijke Duitse commerciële en fiscale balans kwam tegen de DEM-wisselkoers op het tijdstip van elke betaling in ITL. In de loop van het bestaan van het filiaal werd dit dotatiekapitaal ten dele terugbetaald door de repatriëring van winst die werd afgetrokken van het geactualiseerde dotatiekapitaal. Deze transacties werden uitgevoerd tegen de wisselkoers tussen ITL en DEM op de relevante betalingsdatums.

8. Op 28 februari 1992 bracht Deutsche Shell de activa van het filiaal in in een volledige dochteronderneming (Sierra Gas Srl; hierna: „Sierra”) en sloot het filiaal. Deutsche Shell verkocht vervolgens de door die inbreng verkregen aandelen aan een onafhankelijke Italiaanse vennootschap (Edison Gas SpA; hierna: „Edison”).

9. De transactie vond plaats in ITL. Op 17 juli 1992 werd het geld van de verkoop van de aandelen aan Edison overgemaakt aan Deutsche Shell. In totaal werd na omzetting van ITL in DEM 139 507 643 DEM (ongeveer 71,3 miljoen EUR) overgemaakt. Daarvan werd vóór omzetting 83 658 896 927 ITL gebruikt voor de terugbetaling van het uitstaande dotatiekapitaal. Tegen de wisselkoers van 17 juli 1992 (1000 ITL = 1,3372 DEM) gaf dit een bedrag van 111 868 677 DEM (ongeveer 57 miljoen EUR). Voor verzoekster betekende dit een wisselkoersverlies van 122 698 502 DEM (ongeveer 62,7 miljoen EUR) tegenover de historische verwervingskosten van het terugbetaalde dotatiekapitaal.

10. De winst uit de inbreng van de Italiaanse dochteronderneming en de daaropvolgende verkoop van aandelen in Sierra werden belast in Italië. Doordat dit in ITL plaatsvond, bleef het wisselkoersverlies evenwel onzichtbaar en bleef het buiten beschouwing voor de berekening van het in Italië belastbare bedrag.

11. Volgens verzoekster dient bij de overgemaakte 139 507 643 DEM rekening te worden gehouden met het wisselkoersverlies van 122 698 502 DEM dat moet worden verrekend met haar winst voor de berekening van haar belastingschuld in Duitsland. Dit werd door het Finanzamt geweigerd. De zaak kwam voor het Finanzgericht Hamburg.

12. Volgens het Finanzgericht had het Finanzamt het verdrag van 1925 uit het oogpunt van het nationale recht correct toegepast. De bewoordingen van dat verdrag en de normale toepassing ervan naar Duits recht boden geen mogelijkheid om het omstreden wisselkoersverlies van 122 698 502 DEM te verrekenen voor de vaststelling van de belastingschuld van Deutsche Shell in Duitsland. De reden was dat het verlies – zij het indirect – was ontstaan „door de activiteit van” het filiaal in Italië en dus als deel van het „inkomen” ervan werd beschouwd. Alleen in die lidstaat kon er dus rekening mee worden gehouden voor de belasting.

13. Het Finanzgericht betwijfelde evenwel of zijn uitlegging en toepassing van de wet verenigbaar waren met het gemeenschapsrecht en met de vrijheid van vestiging van artikel 43 EG. Derhalve heeft het de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is het in strijd met artikel 52 juncto artikel 58 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG juncto artikel 48 EG) 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 dubbelbelastingverdrag tussen Duitsland en Italië (1925) 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 juncto artikel 58 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG juncto artikel 48 EG) wanneer voormeld wisselkoersverlies weliswaar bij de berekeningsgrondslag voor de Duitse belastingheffing moet worden betrokken, maar als exploitatiekosten enkel in mindering mag worden gebracht voor zover uit de Italiaanse vaste inrichting geen belastingvrije winst is verkregen?”

Opmerking over de feiten

14. In hun opmerkingen hebben zowel het Finanzamt als Duitsland het feitenrelaas in de verwijzingsbeschikking van het Finanzgericht betwist. Wegens de ongebruikelijke feitelijke omstandigheden van de zaak, vroeg het Hof Deutsche Shell en het Finanzamt om nadere bijzonderheden over de repatriëring van de winst.

15. Volgens het Finanzamt is het feitenrelaas van Deutsche Shell grotendeels fictief, net als het wisselkoersverlies zelf. De gerepatrieerde winst (die in Italië werd belast) was een interne betalingstroom omwille van de transparantie. Het dotatiekapitaal werd gewoon opgenomen in het werkkapitaal van het Italiaans filiaal. Aangezien er een interne compensatierekening was, was het aan de moedermaatschappij betaalde geld niet hetzelfde als het als dotatiekapitaal ontvangen geld.

16. De werkelijke waarde van de kapitaalgoederen werd niet verminderd door de devaluatie van de Italiaanse lire, en de interne waarde van het dotatiekapitaal bleef dus dezelfde in DEM en fluctueerde in ITL, veeleer dan andersom.

17. Duitsland stelt dat Deutsche Shell de belasting over de winst uit de verkoop in Italië (ten bedrage van 95 551 905 DEM belasting) wil compenseren met een overeenkomstige aftrek van speciaal uitgekozen en volledig fictief „verlies” in Duitsland (ten bedrage van 122 698 502 DEM). Het stelt dat verzoekster de winst uit de verkoop van de Italiaanse vestiging artificieel probeert te verdelen door een deel ervan toe te schrijven aan een repatriëring van het dotatiekapitaal.

18. Volgens Deutsche Shell is een situatie waarin door de devaluatie van de ITL tegenover de DEM, de waarde van een als dotatiekapitaal verschaft bedrag in ITL bij omzetting in DEM wordt gehalveerd, allesbehalve fictief. Het daaruit volgende wisselkoersverlies van 122 698 502 DEM had bij de vaststelling van de totale winst van Deutsche Shell in aanmerking moeten worden genomen.

Conclusie betreffende het geschil over de feiten van de zaak

19. Volgens Duitsland is deze zaak volledig ongegrond, is het verlies fictief, en gaat het om een in feite onbestaand schijnprobleem dat voortvloeit uit de onjuiste voorstelling van zaken door Deutsche Shell. Derhalve verzoekt het het Hof de verwijzing niet-ontvankelijk te verklaren.

20. Ondanks de felheid van de argumenten over de feiten, is evenwel niet aangetoond dat de procedure kennelijk ongegrond is. Niet het bestaan van de feiten als zodanig, maar meer hoe bepaalde feiten moeten worden uitgelegd, lijkt mij het echte geschil tussen partijen.

21. De nationale rechter moet uitmaken of het feitenrelaas in de verwijzingsbeschikking inderdaad klopt, en, indien voor het Hof de feiten anders zijn uiteengezet, daarmee rekening houden bij zijn eindbeslissing in de zaak.(7)

22. Het is vaste rechtspraak(8) dat, aangezien artikel 234 EG op een duidelijke taakverdeling tussen de nationale rechter en het Hof is gebaseerd, het Hof voor zijn arrest in een prejudiciële zaak moet uitgaan van het feitenrelaas in de verwijzingsbeschikking van de nationale rechter. Bij een verwijzing krachtens artikel 234 EG heeft het Hof tot taak het recht uit te leggen.

23. Derhalve acht ik de verwijzing ontvankelijk.

De eerste vraag

24. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het in strijd is met artikel 43 EG en artikel 48 EG dat lidstaat A een wisselkoersverlies van een op zijn grondgebied gevestigde onderneming bij de repatriëring van het aan een filiaal in lidstaat B verschaft zogenaamde dotatiekapitaal behandelt als deel van de winst van de vaste inrichting, en op grond van een vrijstelling krachtens een dubbelbelastingverdrag uitsluit van de berekeningsgrondslag voor de belastingheffing, hoewel het wisselkoersverlies niet kan worden opgenomen in de voor de belastingheffing in lidstaat B vast te stellen winst van de vaste inrichting, zodat het in geen van beide staten in aanmerking wordt genomen.

25. Het probleem rijst doordat het wisselkoersverlies in het kader van de activiteit van een buitenlands filiaal van een Duitse onderneming – waaronder het verlies bij de sluiting van het filiaal – naar Duits recht wordt geacht te horen bij het inkomen van dat filiaal. Wanneer derhalve dat inkomen krachtens een dubbelbelastingverdrag is vrijgesteld van Duitse belasting, kan het wisselkoersverlies bij de berekening van de Duitse belasting van deze onderneming niet in aanmerking worden genomen. Per definitie heeft het wisselkoersverlies geen gevolgen voor de winst van het filiaal in Italië (aangezien het eerst verschijnt bij de omzetting van het geld dat wordt overgemaakt aan de onderneming in de valuta van de lidstaat waar de onderneming is gevestigd). Derhalve kan er noch door het filiaal noch door de moedermaatschappij rekening mee worden gehouden.

26. Volgens vaste rechtspraak brengt de vrijheid van vestiging voor vennootschappen die naar het recht van een lidstaat zijn opgericht en die hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, het recht mee om in een andere lidstaat een bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel

van een filiaal.(9)

27. Evenmin is het aanvechtbaar dat, hoewel de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging volgens hun bewoordingen er vooral toe strekken de gelijke behandeling van buitenlandse vennootschappen in de lidstaat van ontvangst te garanderen, zij voor de lidstaat van oorsprong niettemin ook een verbod inhouden om de vestiging van een naar zijn recht opgerichte en onder de definitie van artikel 48 EG vallende vennootschap in een andere lidstaat te bemoeilijken.(10)

28. Een mogelijke benadering van de prejudiciële verwijzing is, na te gaan of moedermaatschappijen in een dergelijke situatie, vergeleken met de behandeling van een passend vergelijkingspunt, worden gediscrimineerd. Een andere en misschien eenvoudigere benadering is, na te gaan of het Duitse recht de vrijheid van vestiging beperkt en, zo ja, of dit gerechtvaardigd is.

Discriminerende behandeling

29. Om vast te stellen of het Duitse recht Deutsche Shell aldus discrimineert dat haar vrijheid van vestiging wordt geschonden, moet een passend vergelijkingspunt worden gevonden.

30. De verwijzingsbeschikking van het Finanzgericht vergelijkt de situatie van verzoekster (een Duitse moedermaatschappij die DEM gebruikt, die een vaste inrichting in Italië heeft opgericht die ITL gebruikt) met de situatie van een hypothetische Duitse moedermaatschappij die DEM gebruikt, die een Duitse (sic) vestiging heeft opgericht die ITL (of een andere valuta) gebruikt. Het Finanzgericht wijst erop dat het wisselkoersverlies in het kader daarvan aftrekbaar zou zijn. Het lijkt evenwel ook te aanvaarden dat er mogelijk erwijs geen vergelijkbare interne situatie is, aangezien een Duits filiaal nooit dotatiekapitaal in vreemde valuta zou krijgen. Partijen hebben in hun opmerkingen enkele verdere hypothetische vergelijkingspunten gesuggereerd.(11)

31. Volgens de Commissie leidt het Duitse recht tot discriminatie. Een verlies voor een moedermaatschappij wordt buiten beschouwing gelaten alleen omdat dat verlies een wisselkoersverlies in verband met een buitenlandse vestiging is. Dat dit probleem alleen in een grensoverschrijdende situatie rijst, is geen rechtvaardiging om te weigeren een dergelijk verlies in aanmerking te nemen. Ondernemingen in die situatie zouden hoe dan ook speciale bescherming moeten genieten.

32. Volgens het Finanzamt, Duitsland en Nederland toont het ontbreken van werkelijke interne vergelijkingspunten aan, dat er geen discriminatie in de toepassing van het Duitse recht is.

33. Ik herinner me een soortgelijk probleem in de zaak AMID.(12) Daarin stelde België dat Belgische ondernemingen met een filiaal in een andere lidstaat zich niet in dezelfde situatie bevonden als ondernemingen die al hun transacties in België hadden geconcentreerd. Deze twee categorieën ondernemingen zouden zich steeds in een verschillende situatie bevinden, zodat de toepassing van een tot uiteenlopende resultaten leidend belastingstelsel niet noodzakelijkerwijs discriminatie oplevert. Het Hof wees dat argument van de hand, op grond dat deze verschillen geenszins verklaren waarom deze twee categorieën ondernemingen niet op dezelfde wijze kunnen worden behandeld.(13)

34. Enkele hypothetische vergelijkbare situaties tussen een Duitse en een Italiaanse vestiging zouden kunnen worden onderzocht. De keuze van een vergelijkingspunt leidt meestal tot een levendig debat, daar de beslissing of er (al dan niet) discriminatie is, vaak juist afhangt van het gekozen vergelijkingspunt. In dit opzicht doet de onderhavige discussie eerder denken aan de oude rechtspraak inzake discriminatie op grond van geslacht, waar veel inkt is verspild aan de

steeds terugkerende vraag van een goed vergelijkingspunt voor een zwangere vrouw.(14)

35. Hoewel een lang debat over discriminatie academisch en intellectueel zeer interessant is, lijkt het mij in de omstandigheden van de onderhavige zaak niet nodig. Voor de beantwoording van de prejudiciële vraag van het Finanzgericht acht de Commissie het niet beslissend of er discriminerende behandeling is geweest, maar of het Duitse recht leidt tot een situatie die beperkend werkt voor degenen die hun vrijheid van vestiging willen uitoefenen.

36. Ik ben het daarmee eens.

Beperking van de vrijheid van vestiging

37. Volgens Deutsche Shell beperkt een regeling waarbij geen rekening kan worden gehouden met een wisselkoersverlies in de lidstaat van oorsprong van de moedermaatschappij of in de lidstaat waar een filiaal is gevestigd, de vrijheid van vestiging van de moedermaatschappij. Zo ook stelt de Commissie dat de moedermaatschappij een verlies heeft geleden dat noch in Italië noch in Duitsland kan worden afgetrokken. Een dergelijk verlies is een beperking van de vrijheid van vestiging.

38. Het Finanzamt benadrukt weliswaar dat er geen discriminerende behandeling is, maar doet geen poging om aan te tonen dat er geen beperking is. Het stelt alleen dat Deutsche Shell geen werkelijk verlies heeft geleden. Indien het feitenrelaas van de verwijzende rechter klopt, lijkt Deutsche Shell echter een werkelijk nadeel te hebben geleden, dat de uitoefening van de vrijheid van vestiging zeker beperkt.

39. In geval van een werkelijk nadeel voor belasting betalende ondernemingen is het van belang de oorzaak ervan na te gaan. Daartoe moet noodzakelijkerwijs het belastingstelsel dat het nadeel meebracht, worden beoordeeld, en onderscheid worden gemaakt tussen een bij artikel 43 EG verboden beperking en een beperking die een ongunstig maar natuurlijk gevolg is van de dispariteiten tussen de belastingstelsels van de verschillende lidstaten.(15)

40. Zowel Duitsland als Nederland baseren zich sterk op de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*.(16) In de punten 37 tot en met 39 van die conclusie (die het Hof niet specifiek heeft gevolgd, hoewel het tot dezelfde conclusie kwam) kwalificeerde advocaat-generaal Geelhoed een aantal omstandigheden met een beperkende werking als „quasi-beperkingen”. Volgens hem waren dergelijke „quasi-beperkingen” alleen een onvermijdelijk gevolg van het feit dat verschillende rechtsstelsels naast elkaar bestaan. Hij gaf twee voorbeelden: beperkingen als gevolg van dispariteiten tussen nationale belastingstelsels en beperkingen als gevolg van de noodzaak de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te verdelen. Zijns inziens konden quasi-beperkingen niet in rechte worden bestreden.

41. Daarop zal ik later bij de bespreking van de rechtvaardiging nader ingaan.(17) Hier lijkt mij beslissend of een onderneming in een grensoverschrijdende situatie wordt *benadeeld*. De mogelijke benadeling van een onderneming door verlies bij ongunstige wisselkoersfluctuaties in het kader van transacties tussen deze onderneming en een vestiging over de grens blijft, *alleen* ingeval die onderneming via een vestiging over de grens optreedt, buiten beschouwing voor de berekening van de belastingschuld.

42. Ook valt te betwijfelen of de onderhavige situatie alleen ontstaat door de noodzaak van samenwerking tussen het Duitse en het Italiaanse belastingstelsel. Het nadeel ontstaat als gevolg van een wisselkoersverlies, dat eerst in Duitsland zichtbaar wordt. Derhalve kan alleen de Duitse belastingdienst er rekening mee houden. Het door Deutsche Shell geleden nadeel is dus toe te schrijven aan de beslissingen van de Duitse autoriteiten. Deze beslissingen worden weliswaar

genomen in het kader van het verdrag van 1925, maar daaruit volgt niet dat de verschillen alleen voortvloeien uit het feit dat twee belastingstelsels naast elkaar bestaan.

43. Een dergelijke situatie vergroot de risico's voor een onderneming die een filiaal in een lidstaat met een andere valuta wil oprichten. Niet alleen speelt voor de moedermaatschappij het normale risico van het welslagen van het filiaal, maar in dergelijke omstandigheden is er ook meer risico bij de verschaffing van het dotatiekapitaal aan het filiaal.(18)

44. Als gevolg van de uitoefening van haar vrijheid van vestiging heeft Deutsche Shell een verlies geleden, waarmee geen rekening kan worden gehouden voor de vaststelling van haar totale winst voor de belastingberekening. Daardoor wordt de uitoefening van de vrijheid van vestiging onbetwistbaar minder aantrekkelijk. Ik concludeer, dat de omstandigheden van de onderhavige zaak leiden tot een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van de artikelen 43 EG en 48 EG.

Rechtvaardiging

45. Het is vaste rechtspraak dat een beperking van het recht om de vrijheid van vestiging uit te oefenen, in bepaalde omstandigheden te rechtvaardigen kan zijn.

46. Een dergelijke beperking is evenwel slechts toelaatbaar wanneer zij een met het Verdrag verenigbaar rechtmatig doel nastreeft en door dwingende redenen van openbaar belang is gerechtvaardigd.

47. Voorts moet worden aangetoond dat de beperking geschikt is om dit rechtmatige doel te verwezenlijken en niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel.(19)

48. In hun opmerkingen suggereren de procespartijen een aantal mogelijke rechtvaardigingen voor de onderhavige fiscale behandeling. Ik zal ze beurtelings bespreken.

Evenwichtige toewijzing van heffingsbevoegdheden

49. Zowel Duitsland als Nederland vestigen de aandacht van het Hof op de bevoegdheidsverdeling tussen de Duitse en de Italiaanse belastingdienst. Duitsland voert ook de nationale soevereiniteit als rechtvaardiging aan. Het ziet de regeling van het verdrag van 1925 als een logische weg om de Duitse en de Italiaanse fiscale bevoegdheden in grensoverschrijdende situaties te verdelen. Het wisselkoersverlies vond zijn oorsprong in Italië, zodat het onder Italiaanse bevoegdheid viel en in dat land in aanmerking had moeten worden genomen.

50. Zoals zowel Deutsche Shell als de Commissie in hun opmerkingen beklemtonen, was in 1992 in Italië de ITL in omloop en werden alle belastingen dus alleen in ITL berekend. Eerst bij de omzetting van ITL in DEM werd het wisselkoersverlies duidelijk. Bijgevolg is dit argument intrinsiek onhoudbaar en moet het als rechtvaardiging van de hand worden gewezen.

51. Voorts is de totale uitsluiting van een verlies, dat in een van de twee betrokken lidstaten onzichtbaar is en niet kan worden beschouwd als inkomen van het filiaal in de normale zin van dat woord, een onevenredige uitoefening van de bevoegdheid van lidstaten om de heffingsbevoegdheid tussen hen te verdelen.

Fiscale samenhang

52. Volgens Duitsland en Nederland kan afbreuk worden gedaan aan de samenhang van het Duitse belastingstelsel indien Deutsche Shell bij de berekening van haar totale winst voor de belasting in Duitsland rekening kon houden met een wisselkoersverlies.
53. Restrictieve maatregelen kunnen gerechtvaardigd zijn door de noodzaak de samenhang van een nationaal belastingstelsel te bewaren. Ter rechtvaardiging van een dergelijke maatregel moet er evenwel een rechtstreeks verband zijn tussen het door een moedermaatschappij geleden financiële nadeel en een overeenkomstig belastingvoordeel dat het door deze onderneming geleden nadeel compenseert.(20) Het Hof heeft deze rechtvaardiging eng uitgelegd.(21)
54. Is er een voordeel dat het in casu door Deutsche Shell geleden nadeel compenseert? Volgens Duitsland is het voordeel van het bestaande stelsel, dat met een winst uit een gunstige wisselkoersfluctuatie evenmin rekening wordt gehouden.
55. Deutsche Shell heeft evenwel een wisselkoersverlies geleden. Dat kan zij niet omzetten in een wisselkoerswinst. Aan verzoekster wordt dus geen compenserend voordeel aangeboden. In dit opzicht komt de onderhavige zaak overeen met de zaak de Groot.(22) In de twee zaken kan de verzoeker geen aanspraak maken op een fiscaal voordeel, maar is hij veeleer in de onmogelijkheid een verlies af te trekken.
56. Het argument van Duitsland, dat degenen voor wie een wisselkoersfluctuatie gunstig blijkt, voordeel hebben bij het actuele systeem, gaat eraan voorbij dat de „voordelen” moeten toekomen aan degenen die als gevolg van de restrictieve maatregel een last moeten dragen. „Belastingvoordelen” als die welke hier worden gecreëerd, zijn geen werkelijke fiscale voordelen, maar leveren veeleer een dubbele ongelijkheid op.
57. Zo ook stelde België in de zaak AMID dat de ongelijkheden in het kader van de Belgische belastingwetgeving gerechtvaardigd waren, aangezien zij een onderneming die zich in de tegenovergestelde situatie van AMID bevond, zouden bevoordelen. Een dergelijke hypothetische onderneming zou in een betere situatie verkeren dan een binnenlandse onderneming zonder vestigingen in Luxemburg. Het Hof verwierp dat argument.(23)
58. Volgens de Commissie wordt de fiscale samenhang in feite beter gehandhaafd door met de gevolgen van een wisselkoersfluctuatie rekening te houden. Zowel de Commissie als Deutsche Shell benadrukken, dat indien het wisselkoersverlies daarentegen een wisselkoerswinst was, de financiële winst daaruit „wit geld” wordt, wanneer het voor de belastingberekening buiten beschouwing blijft. Zij wijzen er ook op dat het bestaande systeem onevenredig ten goede komt aan een onderneming die winst haalt uit wisselkoersfluctuaties, terwijl het een onderneming die door ongunstige wisselkoersfluctuaties financieel nadeel ondervindt, geen compensatie biedt. Dat kan niet als samenhangend gelden.
59. Ik ben het met deze beide opmerkingen eens. Ik denk niet dat het resultaat waartoe het Duitse belastingstelsel in een situatie als de onderhavige leidt, kan worden gerechtvaardigd door verwijzing naar de evenwichtige toewijzing van heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten of door de noodzaak de fiscale samenhang te bewaren. Indien (quod non) de ene of de andere rechtvaardigingsgrond in beginsel aanvaardbaar zou zijn, zou ik hoe dan ook de volledige uitsluiting van verliezen door wisselkoersfluctuaties als onevenredig beschouwen.
60. Derhalve geef ik het Hof in overweging de eerste vraag van het Finanzgericht bevestigend te beantwoorden.

De tweede vraag

61. Indien de eerste vraag (overeenkomstig mijn conclusie) bevestigend wordt beantwoord, dient de tweede vraag van de verwijzende rechter te worden onderzocht, namelijk in hoever het land van oorsprong de mogelijkheid van aftrek van een wisselkoersverlies bij de sluiting van een vestiging in een andere lidstaat kan uitsluiten. Zou een beperkt recht van aftrek, dat een wisselkoersverlies in de berekeningsgrondslag in het land van oorsprong zou opnemen, maar de aftrek ervan als exploitatiekosten slechts zou toestaan voor zover uit het filiaal in de andere lidstaat geen belastingvrije winst is verkregen⁽²⁴⁾, voldoende zijn voor verenigbaarheid met artikel 43 EG?
62. Volgens de verwijzingsbeschikking van het Finanzgericht kunnen exploitatiekosten niet van de winsten van de moedermaatschappij worden afgetrokken, indien zij een rechtstreeks economisch verband met belastingvrij inkomen hebben. Volgens het Finanzgericht is het inkomen uit de verkoop van de aandelen van Deutsche Shell aan Edison belastingvrij in Duitsland, daar het reeds is belast in Italië.
63. Het Finanzgericht vermeldt evenwel niet, dat bij de berekening van deze belasting het wisselkoersverlies buiten beschouwing bleef.
64. Voorts ging de verwijzende rechter ervan uit dat er een duidelijk rechtstreeks verband was tussen het wisselkoersverlies en de belastingvrije winst van Deutsche Shell uit haar Italiaans filiaal. Zelfs indien het mogelijk zou zijn het wisselkoersverlies in de grondslag voor de berekening van de Duitse belasting op te nemen, heeft de toepasselijke wetgeving⁽²⁵⁾ zijn inziens tot gevolg dat het wisselkoersverlies alleen aftrekbaar zou zijn voor zover het de belastingvrije winst van het filiaal te boven gaat. Aangezien het wisselkoersverlies minder bedroeg dan de totale belastingvrije winst uit de overdracht van de activa van het filiaal aan Sierra en de verkoop van de aandelen in die vennootschap, heeft het Duitse recht naar het oordeel van de verwijzende rechter tot gevolg dat het Finanzamt geen rekening kan houden met dit wisselkoersverlies.
65. Indien dat het geval is, wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 43 EG juncto artikel 48 EG een dergelijk resultaat verbiedt.
66. De opmerkingen over deze vraag zijn zeer summier. Deutsche Shell en de Commissie beperken zich tot de eerste vraag en voegen er alleen aan toe dat, indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, de tweede vraag ook bevestigend moet worden beantwoord.
67. Volgens Duitsland vormt dit geen beperking van de vrijheid van vestiging, en is een beperking als die welke is opgelegd, beperkt tot het geval waarin een verlies een rechtstreeks economisch verband met belastingvrije inkomsten heeft. Nederland heeft de tweede vraag niet specifiek behandeld.
68. Volgens het Finanzamt kunnen in het kader van het verdrag van 1925 deze verliezen in Duitsland niet worden behandeld als geïsoleerde verliezen. De bewoordingen van het verdrag, dat uitgaat van het inkomen, laten een dergelijke conclusie niet toe. Het wisselkoersverlies was slechts een deel van de winst? en verliesrekening van het Italiaans filiaal. Aangezien Deutsche Shell in 1992 via haar Italiaanse filiaal in totaal winst had geboekt, ook als rekening wordt gehouden met het wisselkoersverlies, was er nooit een aftrekbaar verlies in de zin van § 2a, lid 3, EStG.

69. Zoals ik al zei, was het wisselkoersverlies evenwel niet zichtbaar in ITL, zodat het bij de berekening van de Italiaanse belasting over de winst van het filiaal buiten beschouwing bleef.

70. Het lijkt dan ook verkeerd het EStG aldus uit te leggen dat het wisselkoersverlies zelf wordt aangemerkt als een deel van (of als rechtstreeks verbonden met) de winst van de vestiging die in Duitsland belastingvrij was.

71. Als men dit punt benadert vanuit het perspectief van de verwijzende rechter in zijn tweede vraag, gaat men voorbij aan de kern van de zaak, namelijk dat in het Duitse en het Italiaanse stelsel een regeling bestaat waarin geen van beide belastingdiensten rekening kan houden met een wisselkoersverlies. Mijns inziens gebiedt een juiste uitlegging van artikel 43 EG juncto artikel 48 EG een dergelijk verlies (zoals ieder ander exploitatieverlies) volledig in aanmerking te nemen. Gelet op de onzichtbaarheid ervan bij de berekening van de Italiaanse belasting in ITL, moet het bijgevolg in aanmerking worden genomen bij de berekening van de Duitse belasting over de totale winst van Deutsche Shell.

72. Derhalve geef ik het Hof in overweging ook de tweede vraag bevestigend te beantwoorden.

Conclusie

73. Gelet op het voorgaande dienen de vragen van het Finanzgericht Hamburg mijns inziens te worden beantwoord als volgt:

„1) Het is in strijd met artikel 43 EG juncto artikel 48 EG dat de Bondsrepubliek Duitsland als lidstaat van oorsprong een wisselkoersverlies van een Duitse 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 dubbelbelastingverdrag tussen Duitsland en Italië (1925) 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) Het is in strijd met artikel 43 EG juncto artikel 48 EG, wanneer voormeld wisselkoersverlies weliswaar bij de berekeningsgrondslag voor de Duitse belastingheffing moet worden betrokken, maar als exploitatiekosten enkel in mindering mag worden gebracht voor zover uit de Italiaanse vaste inrichting geen belastingvrije winst is verkregen.”

1 – Oorspronkelijke taal: Engels.

2 – § 1, lid 1, Körperschaftsteuergesetz (wetboek vennootschapsbelasting) 1992 („KStG”).

3 – Voor de eenvoud zal ik in deze conclusie „filiaal” voor een dergelijke vaste inrichting gebruiken.

4 – § 2a, lid 3, Einkommensteuergesetz (wetboek inkomstenbelasting) 1992 („EStG”), eerste volzin.

5 – § 8, lid 1, KStG.

6 – § 3c.

7 – Zie de Wenken voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechters (PB 2005, C 143, blz. 1 en 2).

8 – Arresten van 2 juni 1994, AC-ATEL Electronics Vertriebs GmbH (C?30/93, Jurispr. blz. I?2305, punten 16 en 17); 1 december 1998, Levez (C?326/96, Jurispr. blz. I?7835, punten 25 en 26); 29 april 1982, Pabst & Richarz (17/81, Jurispr. blz. 1331, punt 12), en 16 september 1999, World Wildlife Fund (WWF) e.a. (C?435/97, Jurispr. blz. I?5613).

9 – Arrest van 14 december 2000, AMID (C?141/99, Jurispr. blz. I?11619, punt 20), waarin de arresten van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk (270/83, Jurispr. blz. 273, punt 18), en 13 juli 1993, Commerzbank (C?330/91, Jurispr. blz. I?4017, punt 13), worden aangehaald.

10 – Arrest AMID, reeds aangehaald, punt 21, waarin het arrest van 27 september 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, Jurispr. blz. 5483, punt 16), wordt aangehaald.

11 – Deutsche Shell vergelijkt dus een Duitse moedermaatschappij met een filiaal in Duitsland dat meer dan één valuta gebruikt. Zij stelt dat in dit laatste geval bij de berekening van het belastbaar inkomen van een dergelijke vennootschap in Duitsland rekening zou worden gehouden met de fluctuaties van de waarde van de tweede valuta.

12 – Aangehaald in voetnoot 9.

13 – Zie punten 25 en 28.

14 – Arrest Hof van 8 november 1990, Dekker (C?177/88, Jurispr. blz. I?3941, punten 10?14), en conclusie van advocaat-generaal Darmon, punten 23?25.

15 – Zie arrest Hof van 12 mei 1998, Gilly (C?336/96, Jurispr. blz. I?2793), waarin het Hof verklaarde dat het laatste geen beperking vormt die moet worden gerechtvaardigd.

16 – Arrest van 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C?374/04, Jurispr. blz. I?11673).

17 – Zie punten 45 e.v. hieronder, in het bijzonder punten 49 en 50.

18 – Zie, naar analogie, de conclusie van advocaat-generaal Lenz in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 12 april 1994, Halliburton (C?1/93, Jurispr. blz. I?1137, punt 18) (hoewel dat een duidelijk geval van discriminatie was, is de stelling algemeen).

19 – Arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C?446/03, Jurispr. blz. I?10837, punt 35), dat verwijst naar arresten van 15 mei 1997, Futura Participations en Singer (C?250/95, Jurispr. blz. I?2471, punt 26), en 11 maart 2004, De Lasteyrie du Saillant (C?9/02, Jurispr. blz. I?2409, punt 49). Zie ook arrest van 12 september 2006, Cadbury (C?196/04, Jurispr. blz. I?7995, punt 47).

20 – Arresten van 28 januari 1992, Bachmann (C?204/90, Jurispr. blz. I?249), en 28 januari 1992, Commissie/België (C?300/90, Jurispr. blz. I?305); arresten van 14 november 1995, Svensson en Gustavsson (C?484/93, Jurispr. blz. I?3955, punt 18); 16 juli 1998, ICI (C?264/96, Jurispr. blz. I?4695, punt 29), en 7 september 2004, Manninen (C?319/02, Jurispr. blz. I?7477, punt 42).

21 – Zij werd bijvoorbeeld niet aanvaard in de arresten van 29 maart 2007, Rewe (C?347/04, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie); 21 februari 2006, Ritter-Coulais (C?152/03, Jurispr. blz. I?1711); arrest De Lasteyrie du Saillant, aangehaald in voetnoot 19; arresten van 13 november

2003, Schilling (C-209/01, Jurispr. blz. I-13389); 21 november 2002, X en Y (C-436/00, Jurispr. blz. I-10829), en 26 september 2000, Commissie/België (C-478/98, Jurispr. blz. I-7587).

22 – Arrest van 12 december 2002, De Groot (C-385/00, Jurispr. blz. I-11819).

23 – Zie punten 24-28.

24 – Krachtens § 3c EStG; zie punt 5 hierboven.

25 – Zie de punten 4 en 5 hierboven.