

Voorlopige editie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA

van 17 januari 2018 (1)

Zaak C-650/16

A/S Bevola,

Jens W. Trock ApS

tegen

Skatteministerium

[verzoek van de Østre Landsret (hof van beroep Oost-Denemarken) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële procedure – Vennootschapsbelasting – Vrijheid van vestiging – Geconsolideerde groepen – Wettelijke belastingregeling krachtens welke een ingezeten vennootschap verliezen van ingezeten vaste inrichtingen van haar belastinggrondslag kan aftrekken, maar die mogelijkheid is uitgesloten voor niet-ingezeten vaste inrichtingen, tenzij wordt gekozen voor het stelsel van de internationale gezamenlijke aanslag”

1. Twaalf jaar na het arrest Marks & Spencer⁽²⁾ moet het Hof opnieuw een geschil beslechten dat is ontstaan in het kader van de vennootschapsbelasting. In deze zaak vraagt de verwijzende rechter of „in omstandigheden die vergelijkbaar zijn met die” van dat arrest, artikel 49 VWEU zich verzet tegen een nationale regel op grond waarvan een Deense vennootschap de verliezen van een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting (VI) niet in mindering kan brengen, tenzij zij opteert voor het stelsel van de „internationale gezamenlijke aanslag”.

2. Het aldus geformuleerde prejudiciële verzoek werpt mijns inziens drie door het Hof te beantwoorden vragen op: a) of het Hof de zogenoemde „Marks & Spencer-uitzondering” handhaaft; b) zo ja, of het deze van toepassing acht op verliezen van VI's en niet enkel op die van dochtervennootschappen; en c) of de in de Deense regelgeving voorziene formule waardoor ingezeten vennootschappen de verliezen van hun niet-ingezeten VI's in mindering kunnen brengen (te weten, de internationale gezamenlijke aanslag) verenigbaar is met het Unierecht wanneer die verliezen definitief zijn.

I. **Toepasselijke bepalingen van Deens recht. Wet op de vennootschapsbelasting**

3. § 8, lid 2, bepaalt:

„Onverminderd § 31 A omvat het belastbare inkomen geen inkomsten en uitgaven die verband houden met een vaste inrichting of vastgoed in een andere staat, op de Faeröer of in Groenland. [...]”

4. § 31 („nationale gezamenlijke aanslag” voor de activiteiten van tot een concern behorende vennootschappen in Denemarken, daaronder begrepen inkomsten die afkomstig zijn van vaste inrichtingen of vastgoed van niet-Deense vennootschappen in Denemarken):

„Tot een concern behorende vennootschappen en groepen, enz. [...] worden gezamenlijk belast (nationale gezamenlijke aanslag). Onder ‚tot een concern behorende vennootschappen en groepen, enz.’ worden vennootschappen, groepen, enz., verstaan die op een bepaald tijdstip in het belastingjaar tot hetzelfde concern behoren; zie § 31 C. In § 31 C, leden 2 tot en met 7, wordt vastgoed gelijkgesteld met vaste inrichtingen. Onder ‚uiteindelijke moedermaatschappij’ worden vennootschappen verstaan die moedermaatschappij zijn zonder dochter te zijn (zie § 31 C).

(2) Vennootschappen die gezamenlijk worden belast, dienen een gezamenlijke belastingaangifte in, waarbij zij de som aangeven van de belastbare inkomsten van iedere individuele vennootschap waarvoor de gezamenlijke aanslag geldt, berekend overeenkomstig de algemene regels van de belastingwetgeving, met de uitzonderingen die van toepassing zijn voor vennootschappen waarvoor de gezamenlijke aanslag geldt. Verliezen die zijn geleden in een vaste inrichting mogen enkel worden verrekend met inkomsten van andere vennootschappen indien deze verliezen krachtens de regels van de plaats waar de vennootschap is gevestigd (een andere staat, de Faeröer of Groenland) niet mogen worden opgevoerd in de belastingaangifte van de vennootschap in die andere staat, de Faeröer of Groenland, dan wel indien is geopteerd voor de internationale gezamenlijke aanslag krachtens § 31 A. Het gezamenlijk te belasten inkomen wordt berekend nadat voor iedere individuele onderneming de verliezen uit vorige belastingjaren die naar latere belastingjaren konden worden overgedragen, zijn verrekend. Indien het gezamenlijk te belasten inkomen positief is, wordt de winst evenredig verdeeld over de winstgevende vennootschappen. Indien het gezamenlijk te belasten inkomen voor een bepaald belastingjaar negatief is, wordt het verlies evenredig verdeeld over de verlieslatende vennootschappen en binnen de betrokken vennootschap overdragen naar het volgende belastingjaar, waarin het dan kan worden verrekend. Verliezen die een vennootschap heeft geleden onder het stelsel van gezamenlijke aanslag kunnen enkel met winsten van diezelfde vennootschap worden verrekend. In het kader van de voorwaartse verliesverrekening worden de oudste verliezen eerst verrekend. Op vroegere belastingjaren betrekking hebbende verliezen van een vennootschap kunnen slechts worden verrekend met winsten van een andere vennootschap indien zij zijn geleden in een belastingjaar waarvoor de betrokken vennootschappen gezamenlijk werden belast en indien deze vennootschappen nadien ook nog steeds onder het stelsel van de gezamenlijke aanslag zijn belast.

[...]

(4) In het kader van de nationale gezamenlijke aanslag wordt de hoogste moedermaatschappij die hieraan deelneemt aangewezen als beheermaatschappij voor de doeleinden van de gezamenlijke aanslag. Indien er geen belastbare Deense hoogste moedermaatschappij is, maar een aantal tot hetzelfde concern behorende Deense belastbare vennootschappen die horizontaal met elkaar verbonden zijn, wordt een van deze vennootschappen die deelnemen aan het stelsel van de gezamenlijke aanslag aangewezen als de beheermaatschappij. [...] De beheermaatschappij is verantwoordelijk voor de betaling van de volledige inkomensbelasting. [...]

(5) Alle gezamenlijk belaste vennootschappen berekenen hun belastbaar inkomen voor dezelfde periode als de beheermaatschappij, ongeacht wanneer volgens de bepalingen van het vennootschapsrecht hun boekjaar valt (zie § 10, lid 5).

[...]

(7) Bij de berekening van het belastbare inkomen mag een gezamenlijk belaste vennootschap ervoor opteren om verliezen, inclusief die welke uit vorige belastingjaren zijn overgedragen, niet mee te tellen. In geval van een vaste inrichting of dochteronderneming in Denemarken die onder de gemeenschappelijke aanslag valt, mogen verliezen bij de berekening van het belastbare inkomen buiten beschouwing worden gelaten wanneer het inkomen van de vaste inrichting of de dochteronderneming is opgenomen in de inkomensaangifte buiten Denemarken, op voorwaarde dat de vermindering die in de betrokken staat wordt toegekend voor de Deense belasting overeenstemt met de in § 33 van de ligningslov (belastingwet) neergelegde regels betreffende belastingverminderingen. Het buiten beschouwing gelaten bedrag zal dan worden overgedragen naar volgende belastingjaren overeenkomstig de regels van § 15 van de belastingwet. Indien het buiten beschouwing gelaten bedrag lager ligt dan het gezamenlijke verlies, zal dit eerste bedrag naar evenredigheid worden verdeeld over de afzonderlijke verlieslatende vennootschappen."

5. § 31 A, lid 1, eerste tot en met derde volzin („internationale gezamenlijke aanslag”, met inbegrip van de activiteiten van andere vennootschappen van het concern, zowel Deense als buitenlandse, of van hun vaste inrichtingen), luidt:

„De uiteindelijke moedermaatschappij kan ervoor opteren de tot het concern behorende vennootschappen, groepen, enz. die onder het in § 31 bedoelde stelsel van de gezamenlijke aanslag vallen, gezamenlijk te laten belasten. Dit geldt ook voor alle tot het concern behorende niet-Deense vennootschappen, groepen, enz. waarin geen van de deelnemers persoonlijk aansprakelijk is voor de nakoming van de verplichtingen van de vennootschappen en die winst uitkeren naar rato van het kapitaalbedrag dat de deelnemer heeft geplaatst (internationale gezamenlijke aanslag). De keuze geldt ook voor alle buiten Denemarken gelegen vaste inrichtingen en onroerende goederen die toebehoren aan deze Deense en niet-Deense vennootschappen, groepen, enz. die onder de gezamenlijke aanslag vallen. De voorschriften van § 31 inzake de nationale gezamenlijke aanslag zijn mutatis mutandis van toepassing op de internationale gezamenlijke aanslag, zij het met de in de leden 2 tot en met 14 vermelde toevoegingen en uitzonderingen. [...]"

6. § 31 A, lid 3, derde en zesde volzin, luidt:

„De keuze voor de internationale gezamenlijke aanslag bindt de moedermaatschappij voor een periode van tien jaar, onverminderd het bepaalde in de zesde en de zevende volzin. [...] De uiteindelijke moedermaatschappij mag ervoor opteren toch uit het stelsel van de gezamenlijke aanslag te stappen, maar dit geeft aanleiding tot een volledige samenvoeging van de belastingen: zie lid 11."

II. Feiten van het geding en prejudiciële vraag

7. A/S Bevola is een in Denemarken gevestigde vennootschap die platforms voor vrachtwagens, trailers en toebehoren produceert. Zij is een dochter en kleindochter van andere, eveneens Deense, ondernemingen die in handen zijn van Jens W. Trock Aps, de moedermaatschappij van het concern, die ook in Denemarken is gevestigd.

8. In het belastingjaar 2009 bezat A/S Bevola dochterondernemingen en VI's in verschillende

lidstaten van de Unie. Zij beschikte in het bijzonder over een VI in Finland.

9. De Finse VI staakte haar activiteiten in 2009 en haar verlies, van 2,8 miljoen Deense Kroon (DKK), kon niet worden verrekend in Finland. Daarom heeft A/S Bevola verzocht dit verlies in mindering te brengen op haar belastbare inkomen voor de vennootschapsbelasting in Denemarken.

10. Op 20 januari 2014 heeft de Deense overheid, bij definitieve beslissing van de Landsskatteretten (Nationale Commissie van beroep in belastingzaken), vastgesteld dat A/S Bevola geen recht had op aftrek, aangezien § 8, lid 2, van de wet op de vennootschapsbelasting (zoals gewijzigd bij wet nr. 426 van 6 juni 2005) niet toestond inkomsten en uitgaven die verband houden met een VI in een andere staat op te nemen in de belastbare grondslag, tenzij de vennootschap had geopteerd voor een internationale gezamenlijke aanslag krachtens § 31 A van diezelfde wet.

11. A/S Bevola en Jens W. Trock ApS (hierna: „Bevola”) zijn opgekomen tegen die beslissing bij de Østre Landsret (hof van beroep Oost-Denemarken), en hebben aangevoerd dat aftrek wel mogelijk was geweest indien het verlies was geleden door een Deense VI en dat dit verschil in behandeling een beperking van de door artikel 49 VWEU gewaarborgde vrijheid van vestiging vormde.

12. In deze omstandigheden verzoekt de verwijzende rechter het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Staat artikel 49 VWEU in de weg aan een nationale fiscale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan verliezen van nationale vaste inrichtingen in mindering kunnen worden gebracht, terwijl dit niet mogelijk is voor verliezen van vaste inrichtingen in andere lidstaten, ook niet in omstandigheden die vergelijkbaar zijn met die van het arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2005 in de zaak Marks & Spencer (C-446/03, [EU:C:2005:763,] punten 55 en 56), tenzij het concern heeft geopteerd voor een internationale gezamenlijke aanslag onder de in het hoofdgeding beschreven voorwaarden?”

III. Samenvatting van de opmerkingen van partijen

13. Volgens Bevola kan een nationale wettelijke regeling die niet toestaat dat bij de berekening van de belastbare grondslag de verliezen van een VI in een andere lidstaat in aanmerking worden genomen, een ingezeten vennootschap ervan weerhouden deze op te richten, wat een belemmering van de vrijheid van vestiging vormt aangezien een ingezeten VI en een niet-ingezeten VI zich in objectief vergelijkbare situaties bevinden.

14. Bevola voegt hieraan toe dat ofschoon de rechtspraak aanvaardt dat een beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd kan zijn voor het behoud van de fiscale samenhang van het belastingstelsel, dit enkel geldt wanneer er een rechtstreeks verband bestaat tussen het fiscale voordeel en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde heffing. Een dergelijk verband bestaat niet wanneer de in het arrest Marks & Spencer geformuleerde voorwaarden voorhanden zijn, zoals in casu het geval is.

15. De handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid beschouwt Bevola evenmin als een rechtvaardiging. Het volstaat niet dat het nationale recht de belastingplichtige de mogelijkheid biedt om te kiezen voor een internationale gezamenlijke aanslag waarbij alle vennootschappen en VI's van het concern gedurende tien jaar gezamenlijk worden belast, want deze regeling brengt buitensporig onevenredige en beperkende voorwaarden mee om in aanmerking te komen voor aftrek.⁽³⁾ Zij voert tevens aan dat het Hof heeft geoordeeld dat

een regeling die de vrijheid van vestiging beperkt onverenigbaar is met het Unierecht, ook al is de toepassing daarvan facultatief.(4)

16. De Deense regering stelt, onder erkenning dat haar fiscale integratieregelgeving de vestigingsvrijheid beperkt, dat die regelgeving situaties betreft die niet objectief vergelijkbaar zijn en bovendien wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.

17. Die regering wijst erop dat aangezien de winst van een in een andere lidstaat gevestigde VI van een Deense vennootschap niet onder de fiscale bevoegdheid van Denemarken valt, de situatie van een in Denemarken gevestigde VI van een Deense vennootschap daarmee niet vergelijkbaar is.

18. Zij voegt hieraan toe dat haar regelgeving wordt gerechtvaardigd door de noodzaak een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de betrokken lidstaten te waarborgen en de samenhang van het Deense belastingstelsel te bewaren. Uitgaande van een symmetrische logica is het recht van de Deense vennootschappen om de verliezen van hun VI's in Denemarken in mindering te brengen een onlosmakelijk gevolg van het feit dat de winsten van die VI's onder de Deense heffingsbevoegdheid vallen, wat niet het geval is bij in een andere lidstaat gevestigde VI's.

19. De beperking gaat bovendien niet verder dan de beoogde doelstellingen. Voor zover dit stelsel een vennootschap de mogelijkheid biedt te kiezen voor een internationale gezamenlijke aanslag, verschilt het wezenlijk van de in het arrest Marks & Spencer onderzochte regeling. Het is juist dat deze keuze gedurende tien jaar bindend is voor alle tot het concern behorende vennootschappen, groepen en andere entiteiten die in het buitenland zijn gevestigd, alsook alle VI's en onroerende zaken in het buitenland die behoren tot Deense of buitenlandse vennootschappen die fiscaal geïntegreerd zijn. Deze regel beoogt te verhinderen dat de moedermaatschappij naar believen de vennootschappen of VI's uitkiest waarmee zij een fiscaal geïntegreerde groep zal vormen, wat onvermijdelijk zou leiden tot een selectie van de verlieslatende en uitsluiting van de winstgevende vennootschappen of VI's („cherry picking”). De symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van de verliezen zou anders ernstig in gevaar komen. Voor de Deense regering is een andere, minder strenge oplossing die geschikt is om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen Denemarken en de andere lidstaten te bewaren, niet denkbaar. Een voldoende lange verplichte toepassingsperiode is om diezelfde redenen noodzakelijk.

20. Volgens de Deense regering is de internationale gezamenlijke aanslag niet slechts een theoretische formule: dat slechts weinig grensoverschrijdende concerns daarvan gebruikmaken, komt doordat zij dit niet zien als de fiscaal meest voordelige regeling.

21. Volgens de Oostenrijkse regering worden bij een keus voor de nationale gezamenlijke aanslag noch de winst, noch het verlies van de niet-ingezetene VI's in aanmerking genomen bij de vaststelling van de heffingsgrondslag van de belasting in Denemarken, wat betekent dat de situatie van een VI in Finland niet objectief vergelijkbaar is met die van een VI in Denemarken, waarvan de resultaten volledig zijn onderworpen aan belastingheffing in dit laatste land.(5) Daarentegen worden in het kader van de internationale gezamenlijke aanslag alle dochterondernemingen en alle VI's gelijk behandeld, of zij nu ingezetene zijn of niet. Derhalve is er geen van beide gevallen sprake van een verschillende behandeling van objectief vergelijkbare situaties.

22. Zelfs wanneer men de situaties vergelijkbaar acht zou het verschil in behandeling gerechtvaardigd zijn door de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen. De Deense regeling beoogt de symmetrie tussen de belastingheffing over de winst en de aftrek van de verliezen veilig te stellen, om te voorkomen dat de belastingplichtige vrijelijk de lidstaat kiest

waarin hij zijn winsten of verliezen opgeeft. Volgens de rechtspraak van het Hof(6) is die regeling coherent, want indien de winst van een VI in Finland niet in aanmerking kan worden genomen in Denemarken is het logisch dat het verlies evenmin wordt verrekend.

23. De Oostenrijkse regering merkt op dat het Deense recht het concern waartoe Bevola behoort de mogelijkheid bood te kiezen voor een internationale gezamenlijke aanslag en zo de verliezen mee te nemen in de berekening van de belastbare grondslag. Bijgevolg zou er geen sprake zijn van definitieve verliezen in de zin van de Marks & Spencer-uitzondering, zodat de Deense wetgeving evenredig zou zijn.

24. De Italiaanse regering stelt dat de Marks & Spencer-uitzondering enkel een rol speelt wanneer alle mogelijkheden om het verlies in aanmerking te nemen zijn uitgeput, wat hier niet het geval is. Bevola kan de verliezen van haar VI in Finland in mindering brengen en via een internationale gezamenlijke aanslag betrekken in de heffingsgrondslag van de moedermaatschappij van het concern. Om die reden vormt de betrokken wettelijke regeling geen beperking van de vrijheid van vestiging. De eis van Bevola om de internationale gezamenlijke aanslag gedeeltelijk, uitsluitend op de verliezen, toe te passen, zonder voor de regeling te hebben gekozen, zou de grenzen van de bescherming van de vrijheid van vestiging te buiten gaan en de samenhang in de belastingheffing van internationale concerns in gevaar brengen.

25. De Duitse regering stelde tijdens de mondelinge behandeling dat de situaties van ingezeten en niet-ingezeten VI's niet vergelijkbaar zijn, en beriep zich hierbij op de arresten Nordea Bank Danmark(7) en Timac Agro Deutschland(8).

26. De Commissie wijst erop dat, zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld(9), de situatie van een ingezeten vennootschap die beschikt over een VI in een andere lidstaat vergelijkbaar is met die van diezelfde vennootschap met een VI in diezelfde lidstaat. Het Hof heeft echter onlangs in de arresten Nordea Bank Danmark(10) en Timac Agro Deutschland(11) gekozen voor een andere benadering, op grond van het verschil in behandeling.

27. Het onderzoek naar het verschil in behandeling is volgens de Commissie evenwel relevant wanneer moet worden nagegaan of de beperking gerechtvaardigd is. Anders zou de conclusie zijn dat twee situaties als verschillend zouden moeten worden aangemerkt omdat een lidstaat heeft besloten deze verschillend te behandelen. In de twee in deze zaak vergeleken situaties willen vennootschappen in aanmerking komen voor aftrek van de verliezen van hun VI's, waardoor het vergelijkbare situaties zijn.

28. Zelfs indien wordt geoordeeld dat het verschil in behandeling gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, zou nog moeten worden nagegaan of het niet verder gaat dan nodig is om het nagestreefde doel te bereiken. Het Hof heeft in het arrest Marks & Spencer reeds geoordeeld dat de uitsluiting van de aftrek van verliezen van een niet-ingezeten dochtervennootschap die de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van aftrek heeft uitgeput onevenredig is, welke redenering op grond van het arrest Lidl Belgium ook kan worden toegepast op niet-ingezeten VI's van ingezeten vennootschappen.(12) Indien de verliezen van de Finse VI van de vennootschap Bevola daadwerkelijk definitief waren, wat moet worden vastgesteld door de nationale rechter, is de Deense fiscus verplicht aftrek hiervan toe te staan.

29. Aan deze verplichting doet het bestaan van het stelsel van internationale gezamenlijke belastingaanslag geen afbreuk nu die keus (waarbij alle inkomsten van het gehele concern worden onderworpen aan de Deense belasting) door de nationale wetgever zelf voor internationale concerns als weinig realistisch is aangemerkt.

IV. Procedure bij het Hof

30. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ter griffie van het Hof ingekomen op 19 december 2016.

31. Bevola, de Oostenrijkse, de Italiaanse en de Deense regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend en waren aanwezig ter terechtzitting van 25 oktober 2017, waaraan ook de Duitse regering heeft deelgenomen.

V. Beoordeling

32. De verwijzende rechter gaat ervan uit dat de door hem te beoordelen feiten kenmerken hebben die vergelijkbaar zijn met die van de zaak Marks & Spencer en dat het arrest van het Hof in die zaak daarop van toepassing zou kunnen zijn. Hij twijfelt echter aan de verenigbaarheid van de nationale regels met die rechtspraak.

33. Deze vaststelling is cruciaal om uit te kunnen gaan van een ter terechtzitting besproken premisse. Volgens de Deense regering is het niet duidelijk of de verliezen van de VI van Bevola in Finland als definitief in de zin van punt 55 van het arrest Marks & Spencer kunnen worden aangemerkt.⁽¹³⁾ Het staat hoe dan ook aan de verwijzende rechter om dit geschil op te lossen, want alleen hij beschikt over de relevante beoordelingselementen om vast te stellen of „de definitieve aard van de betrokken verliezen daadwerkelijk [...] [is] aangetoond”⁽¹⁴⁾. Indien de verliezen uiteindelijk niet definitief zouden zijn, zou de prejudiciële vraag louter hypothetisch en derhalve niet-ontvankelijk zijn.

34. Op het gevaar af voor specialisten in vennootschapsbelastingrecht in herhaling te treden, herinner ik eraan dat het Hof in het arrest Marks & Spencer de verenigbaarheid met het Unierecht heeft onderzocht van een wettelijke regeling op grond waarvan een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moederverenootschap de (definitieve) verliezen van haar niet-ingezetenen in België, Frankrijk en Duitsland gevestigde dochterondernemingen niet mocht aftrekken. Die aftrek was in het kader van de fiscale integratie echter wel toegestaan in geval van verliezen van een in het Verenigd Koninkrijk ingezeten dochteronderneming.

35. Het Hof heeft toen een algemene regel en een uitzondering vastgesteld. De regel is dat met een regeling met die kenmerken⁽¹⁵⁾ „rechtmatige doelstellingen worden nagestreefd die zich met het Verdrag verdragen en gerechtvaardigd zijn uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang, en dat deze regeling daarenboven geschikt is om deze doelstellingen te verwezenlijken”⁽¹⁶⁾. De uitzondering, die voortkomt uit het evenredigheidsbeginsel, is, kort gezegd, dat de moederverenootschap die verliezen in mindering kan brengen wanneer zij definitief zijn, dat wil zeggen, wanneer de vennootschap alle door het nationale recht (van de lidstaat waar de dochteronderneming is gevestigd) geboden mogelijkheden om ze in mindering te brengen heeft uitgeput.⁽¹⁷⁾

36. De zogenoemde „Marks & Spencer-uitzondering” heeft geleid tot een welhaast oneindig debat⁽¹⁸⁾ en is herhaaldelijk getoetst. Ook al heeft het Hof in latere uitspraken de reikwijdte ervan beperkt⁽¹⁹⁾, het blijft deze uitzondering hoe dan ook handhaven, zoals uit het arrest (van de Grote Kamer) van 3 februari 2015 blijkt.⁽²⁰⁾

37. Deze benadering van het Hof eerbiedigt mijns inziens niet alleen het stare-decisiscriterium, maar beantwoordt ook aan een gedegen beginsel van fiscale rechtvaardigheid, dat de heffing van belastingen verbindt aan de fiscale draagkracht.⁽²¹⁾ Indien belasting wordt geheven over de winst van een rechtspersoon gedurende een bepaald belastingjaar, is het logisch dat voor de

vaststelling hiervan zijn verlies niet buiten beschouwing kan worden gelaten, aangezien de financiële draagkracht van de belastingplichtige (meer in het bijzonder, zijn fiscale draagkracht) daardoor verhoudingsgewijs is afgenomen.

38. Wanneer in een grensoverschrijdende context alle mogelijkheden zijn uitgeput om die verliezen in aanmerking te nemen in de lidstaat van de dochteronderneming, betekent dat niet dat de financiële draagkracht van de moederverenootschap ongewijzigd blijft; deze neemt uiteraard af. Het aan het arrest Marks & Spencer ten grondslag liggende beginsel (*ergens* moeten de definitieve verliezen kunnen worden verrekend) waarborgt dan ook dat de belastingdruk aansluit bij de daadwerkelijke financiële draagkracht van de belastingplichtige die deze verliezen heeft geleden.

39. Het standpunt van de verwijzende rechter, die er voor de beoordeling van de verenigbaarheid van zijn nationale recht met het Unierecht van uitgaat dat de Marks & Spencer-uitzondering hier van toepassing is, lijkt me dan ook juist.

40. In deze zaak is sprake van twee bijzondere omstandigheden die niet aan de orde zijn gekomen in het arrest Marks & Spencer. Ten eerste is het verlies waarvan aftrek is gevraagd in Denemarken niet afkomstig van een dochteronderneming, maar van een niet in dat land gevestigde VI. Ten tweede sluit het Deense belastingstelsel de aftrekbaarheid van die verliezen niet volledig uit; het staat aftrek toe als de ingezeten vennootschap kiest voor de regeling van de internationale gezamenlijke aanslag. Beide kwesties moeten afzonderlijk worden onderzocht.

A. De gelijkstelling van niet-ingezeten dochterondernemingen en VI's en van ingezeten en niet-ingezeten VI's voor de toepassing van de Marks & Spencer-uitzondering

41. Het wezenlijke verschil tussen een dochteronderneming en een VI ligt in de rechtspersoonlijkheid van eerstgenoemde, die VI's ontberen. Deze laatsten zijn niet meer dan instrumenten, in diverse vormen (agentschappen, filialen etc.) die deel uitmaken van de structuur van de vennootschap die ze opricht en gebruikt voor haar activiteiten. Een vennootschap kan een VI openen in haar eigen vestigingsstaat of in een andere lidstaat, en haar vrijheid om voor de ene dan wel de andere mogelijkheid te kiezen, mag in beginsel niet worden beperkt, ook niet door belastingmaatregelen (artikel 49 VWEU).

42. Belastingtechnisch gezien worden door het feit dat de VI en de vennootschap die haar opricht in dezelfde lidstaat zijn gevestigd alle mogelijke problemen over de bevoegdheid van die (enige) lidstaat om de winst ervan te belasten, weggeworpen. Uit zuiver nationaal oogpunt bekeken maakt een VI deel uit van het vermogen van de rechtspersoon die haar gebruikt om haar activiteiten uit te oefenen. Fiscaal wordt het verlies of de winst van de vaste inrichting gewoonlijk rechtstreeks en onmiddellijk toegeschreven aan de resultaten van de vennootschap waartoe zij behoort, altijd in de vestigingsstaat.

43. Dat is echter niet het geval wanneer de VI is gevestigd in een andere staat dan de vennootschap die haar heeft opgericht. In dergelijke omstandigheden kunnen VI's worden behandeld als autonome fiscale entiteiten, overeenkomstig de internationale juridische praktijk die tot uitdrukking komt in het door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) opgestelde modelbelastingverdrag, met name in artikel 5 en 7 hiervan.(22)

44. In deze optiek vallen de resultaten van de VI gewoonlijk onder de heffingsbevoegdheid van de lidstaat waar zij is gevestigd, en worden zij niet toegerekend aan de in de lidstaat van oorsprong gevestigde vennootschap die haar heeft opgericht, behalve wanneer een wettelijk of contractueel mechanisme hierop een uitzondering creëert. Van dit laatste is sprake in deze zaak, want, zoals ik hierna uiteen zal zetten, heeft de Deense wetgever er geen problemen mee om de

in Finland gevestigde VI's van Deense vennootschappen te belasten (binnen het stelsel van de gezamenlijke aanslag).

45. De criteria van het arrest Marks & Spencer zijn tot stand gekomen in verband met de combinatie moedervernootschap/dochterondernemingen. Het Hof heeft ze echter later, in het arrest Lidl Belgium(23), toegepast op verliezen van niet-ingezetene VI's, die door de hoofdonterneming in mindering zouden kunnen worden gebracht zoals bedoeld in punt 55 van het arrest Marks & Spencer.

46. De in dit verband door het Hof in 2008 in het arrest Lidl Belgium(24) (impliciet, maar onmiskenbaar) gemaakte gelijkstelling van dochterondernemingen en VI's is in 2010 nader genuanceerd in het arrest X Holding.(25) De discrepantie tussen beide arresten is wellicht het gevolg van een controversieel element(26) bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid van situaties op belastinggebied, wat een omstreden fase is in het proces om vast te stellen of een fiscale beperking op de vrijheid van vestiging conform het Unierecht is.

47. In het arrest X Holding heeft het Hof geoordeeld dat „vaste inrichtingen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, en niet-ingezetene dochterondernemingen [zich] [...] niet in een vergelijkbare situatie [bevinden] *wat de verdeling van de heffingsbevoegdheid betreft zoals die voortvloeit uit een verdrag als het dubbelbelastingverdrag*, en inzonderheid de artikelen 7, lid 1, en 23, lid 2, ervan”.(27) De nadruk lag derhalve niet op de vergelijkbaarheid in abstracto van de situaties, maar op de vergelijkbaarheid ervan in samenhang met de (nationale of contractuele) fiscale regel die deze situaties in aanmerking neemt.

48. Deze benadering kan ook worden toegepast op de combinatie ingezetene VI/niet-ingezetene VI. Dat volgt uit het arrest van 17 juli 2014, Nordea Bank Danmark(28), waarin de regeling inzake de fiscale inaanmerkingneming van de verliezen van een niet-ingezetene VI binnen de Deense wetgeving (voorafgaand aan die welke hier aan de orde is) inzake de winst van ingezetene vennootschappen werd onderzocht.

49. In dat arrest merkte het Hof op: „Aangaande de vergelijkbaarheid van de situaties” zijn VI's in een andere lidstaat niet vergelijkbaar met ingezetene VI's, wat betreft de door een lidstaat vastgestelde maatregelen om de dubbele belasting op de winst van een ingezetene vennootschap te voorkomen of te beperken. Vervolgens verklaarde het Hof echter: „Door de winst van de in Finland, Zweden en Noorwegen gelegen vaste inrichtingen aan de Deense belasting te onderwerpen, heeft het Koninkrijk Denemarken deze inrichtingen voor de aftrek van verliezen [...] gelijkgesteld met ingezetene vaste inrichtingen (zie naar analogie arrest Denkavit Internationaal en Denkavit France, C-170/05, EU:C:2006:783, punten 34 en 35).”(29)

50. In het latere arrest Timac Agro Deutschland(30) bevestigde het Hof, in lijn met het arrest Nordea Bank Danmark(31), waarvan het punt 24 aanhaalde, dat ingezetene VI's en niet-ingezetene VI's in beginsel niet vergelijkbaar zijn. Het voegde hier echter onmiddellijk aan toe dat, aangezien de destijds toepasselijke Duitse regeling beide categorieën VI's had gelijkgesteld, „in die omstandigheden[...] de situatie van een ingezetene vennootschap met een vaste inrichting in Oostenrijk bijgevolg vergelijkbaar [is] met die van een ingezetene vennootschap met een vaste inrichting in Duitsland”(32).

51. Uit deze opeenvolging van uitspraken blijkt dat het moeilijk is te onderscheiden of er daadwerkelijk betrouwbare criteria bestaan om vast te stellen wanneer moedervernootschappen, dochterondernemingen en VI's zich in objectief vergelijkbare situaties bevinden, naargelang zij al dan niet ingezetenen van een lidstaat zijn. De onvermijdelijke casuïstiek waardoor het Hof zich heeft moeten laten leiden bij gebrek aan positief recht dienaangaande (afgezien van artikel 49 VWEU) kan een gevoel van onbehagen, zelfs onzekerheid(33) teweegbrengen bij de jurist die

streeft naar de voorspelbaarheid van oplossingen. Maar dat is nog geen reden om de beoordeling van de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties, waarop het Hof zich steeds weer beroept, achterwege te laten.

52. Uit het vorenstaande kunnen twee conclusies worden getrokken. Ten eerste moet de fiscale behandeling van niet-ingezeten VI's en buitenlandse dochterondernemingen in beginsel worden gelijkgesteld met betrekking tot de aftrek van definitieve niet te absorberen verliezen in de vestigingsstaat van de VI, zoals het Hof heeft beslist in het arrest Lidl Belgium.(34)

53. Dit criterium stemt mijns inziens het meest overeen met het beginsel dat ten grondslag ligt aan richtlijn 2011/96/EU(35), waarvan overweging 9 luidt: „De betaling van uitkeringen van winst aan, en de ontvangst ervan door een vaste inrichting van een moedermaatschappij moet op dezelfde wijze worden behandeld als betalingen tussen een dochteronderneming en een moedermaatschappij.” De aldus geformuleerde gelijke behandeling bij de betaling van winstuitkeringen geldt mijns inziens ook voor door een VI geleden verliezen, zodat VI's voor deze specifieke doeleinden moeten worden gelijkgesteld met dochterondernemingen.

54. Als ik me niet vergis, wordt ditzelfde criterium bevestigd door de oplossing die richtlijn (EU) 2016/1164(36) biedt ter bestrijding van belastingontwijking op de interne markt. Al is zij ratione temporis niet van toepassing op deze prejudiciële verwijzing, die richtlijn werpt enig licht op de zaak wanneer zij in overweging 4 en inzonderheid in artikel 7 oproept tot toepassing van dezelfde fiscale regels op entiteiten en „vaste inrichtingen van de belastingplichtige vennootschappen die in een andere lidstaat of andere lidstaten gelegen zijn”.

55. Voorts blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat Denemarken de behandeling van niet-ingezeten VI's en niet-ingezeten dochterondernemingen in wezen gelijkstelt: artikel 31 A van de wet op de vennootschapsbelasting, dat de internationale gezamenlijke aanslag betreft, voorziet voor „tot het concern behorende niet-Deense vennootschappen” en voor „alle buiten Denemarken gelegen vaste inrichtingen en onroerende zaken die toebehoren aan deze [...] vennootschappen [...] die onder de gezamenlijke aanslag vallen” in dezelfde regeling.

56. De tweede conclusie betreft de objectieve vergelijkbaarheid van ingezeten VI's en niet-ingezeten VI's. Een groot deel van het debat had betrekking op dit punt, niet alleen tijdens de schriftelijke procedure maar met name ter terechtzitting. Ter weerlegging van de bezwaren van de Commissie(37) tegen de door het Hof in de arresten Nordea Bank Danmark(38) en Timac Agro Deutschland(39) gekozen oplossing, pleit de meerderheid van de regeringen die hebben deelgenomen aan de onderhavige procedure ervoor deze oplossing zonder meer toe te passen, wat zou betekenen dat de situatie van de VI van Bevola in Finland niet kan worden vergeleken met die van een VI in Denemarken.

57. Ik denk echter niet dat de toepassing van die twee arresten op deze zaak er noodzakelijkerwijs toe leidt dat afbreuk wordt gedaan aan de objectieve vergelijkbaarheid van de zaak waarop het geschil betrekking heeft. Enerzijds hadden de in die arresten onderzochte verliezen een, als het ware, recurrent karakter. Dat wil zeggen dat zij jaar na jaar optraden, wat een à la carte keuze van de meest gunstige periodes bevorderde. De VI van Bevola was echter juist in het laatste jaar van haar bestaan – het jaar waarin zij sloot – verlieslatend. Die factor lijkt niet van belang, maar is dat wel degelijk, zoals ik hierna zal uitleggen. Anderzijds moet, indien het oordeel over de vergelijkbaarheid in verband moet worden gebracht met de inhoud en het doel van de nationale wettelijke regeling ter zake, rekening worden gehouden met de uiteenzetting over de nationale regeling in de verwijzingsbeslissing.

58. Wanneer een VI verlies lijdt, en er wordt besloten haar activiteiten te beëindigen door haar te sluiten, moeten de activa worden verkocht, de vorderingen te gelde worden gemaakt en de

schulden worden voldaan, wat resulteert in een liquidatiesaldo. De verliezen van de ingezeten VI door die sluiting, die zichtbaar zijn in het liquidatiesaldo, worden rechtstreeks overgedragen aan de vennootschap waartoe de VI behoort. Wanneer diezelfde definitieve verliezen⁽⁴⁰⁾ echter afkomstig zijn van een niet-ingezeten VI, kunnen zij niet worden overgedragen aan enige entiteit in de lidstaat waar de VI zich bevond. Bijgevolg komen die verliezen, indien zij niet kunnen worden meegenomen in de belastinggrondslag van de oprichtende vennootschap, in een vacuüm terecht.

59. Voor deze situatie was de Marks & Spencer-uitzondering bedoeld, waarvan de toepassing in het bijzonder is gerechtvaardigd doordat de definitieve verliezen van een niet-ingezeten VI voor de houdster ervan leiden tot een vermogensverlies dat overeenkomt met een afname van haar financiële en bijgevolg fiscale draagkracht. In geval van definitieve verliezen die samenhangen met de beëindiging van een VI kan die factor bij de beoordeling van de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties niet uit het oog worden verloren. De situaties van een ingezeten VI en een niet-ingezeten VI, beide met definitieve verliezen, zijn juist om die reden vergelijkbaar vanuit het oogpunt van de eerbiediging van het beginsel van fiscale draagkracht van de moedermaatschappij.

60. Mijns inziens komt deze benadering niet in conflict met de arresten Nordea Bank Danmark⁽⁴¹⁾ en Timac Agro Deutschland⁽⁴²⁾. In beide arresten was de vergelijkbaarheid tussen ingezeten en niet-ingezeten VI's gebaseerd op het bestaan van regels waaruit een verband voortvloeide tussen de niet-ingezeten VI en de belastingautoriteiten van de lidstaat van de vennootschap waartoe zij behoorden. Dit verband ontstaat als gevolg van een definitief verlies, dat moet worden toegerekend aan de vennootschap die als gevolg van dat verlies financiële schade heeft geleden, zodat de door haar te betalen belasting overeenstemt met haar werkelijke fiscale draagkracht.

61. De Deense wet betreffende het stelsel van internationale gezamenlijke aanslag lijkt niet ten doel te hebben „de dubbele belasting op de winst van een ingezeten vennootschap te voorkomen of te beperken”, anders dan het geval was in de arresten Nordea Bank Danmark⁽⁴³⁾ en Timac Agro Deutschland⁽⁴⁴⁾. Dat mechanisme zou zelfs kunnen leiden tot dubbele belastingheffing, aangezien Denemarken in artikel 31A van de wet op de vennootschapsbelasting zich de bevoegdheid toe-eigent om de winst van „alle” niet-ingezeten dochterondernemingen en van „alle” niet-ingezeten VI's te belasten, wanneer beide tot in Denemarken gevestigde moedervennootschappen behoren.

62. Deze laatste omstandigheid draagt er naar mijn mening toe bij dat de beslissing over de vergelijkbaarheid in deze zaak moet overhellen naar een gelijkstelling van ingezeten VI's en niet-ingezeten VI's. Indien de Deense wetgeving de winst van beide categorieën tot de Deense heffingsbevoegdheid rekent door ze in het kader van de internationale gezamenlijke aanslag (artikel 31 A van de wet op de vennootschapsbelasting) op een lijn te stellen, onderwerpt zij in diezelfde mate „de winst van de in Finland[...] gelegen vaste inrichtingen aan de Deense belasting” waarmee zij „deze inrichtingen voor de aftrek van verliezen [...] [gelijkstelt] met [in Denemarken] ingezeten vaste inrichtingen”. Juist dit was de factor voor de objectieve vergelijkbaarheid die het Hof gebruikte in het arrest Nordea Bank Danmark.⁽⁴⁵⁾

63. Bijgevolg kan worden vastgesteld dat, in de regelgevende context van dit geding, de definitieve verliezen van een niet in Denemarken gevestigde VI die zijn ontstaan in het jaar van haar sluiting en niet recupereerbaar zijn in Finland, worden gelijkgesteld met de verliezen van een in Denemarken gevestigde VI wanneer de vennootschap die beide bezit, in dit laatste land is gevestigd.

B. De gevolgen van de Deense regeling inzake „internationale fiscale integratie” voor de toepassing van de „Marks & Spencer-uitzondering”

64. Een verschil in fiscale behandeling in de lidstaat van de moedervereniging tussen ingezetenen en niet-ingezetenen VI's en dochterondernemingen kan voor die moedervereniging een belemmering vormen om haar vrijheid van vestiging uit te oefenen doordat zij ervan wordt afgeschrikt dochterondernemingen of VI's in andere lidstaten op te richten. De bepaling van het VWEU waar het hier om gaat is derhalve artikel 49, en dat verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen betekent in beginsel een beperking van de daarin verankerde vrijheid.

65. Het Hof heeft aandacht besteed aan de problemen die ontstaan doordat de wettelijke regeling van bepaalde lidstaten toestaat dat ingezetenen verenigingen van een concern voor de fiscale integratieregeling kiezen, terwijl niet-ingezetenen verenigingen die niet onder de fiscale bevoegdheid van die lidstaten vallen, worden uitgesloten. In dit kader kan een niet-ingezetene dochteronderneming van het concern haar verliezen niet overdragen aan de ingezetene moedervereniging aangezien de nationale fiscale wetgeving haar juist verhindert deel uit te maken van de geconsolideerde groep.⁽⁴⁶⁾ In de zaak waarop deze prejudiciële verwijzing betrekking heeft, doet zich hetzelfde voor, ook al betreft het hier VI's.

66. Nu de situatie van niet-ingezetenen VI's en dochterondernemingen is vergeleken, kan het Marks & Spencer-arrest zonder buitensporige moeilijkheden worden gebruikt om de kwestie te beslechten. Zoals ik reeds heb benadrukt waar ik heb verwezen naar hetgeen de verwijzende rechter stelt, moet ervan worden uitgegaan dat de situatie in deze zaak analoog is aan die welke is onderzocht in dat arrest, dat wil zeggen, dat het gaat om een VI in Finland waarvan de niet-recupereerbare (definitieve) verliezen in dit land niet verrekenbaar zijn met de resultaten van de Deense moedervereniging, doordat het Deense nationale stelsel van fiscale eenheid wordt toegepast.

67. De onderscheidende factor is dat de Deense wettelijke regeling:

- enerzijds het stelsel van „nationale gezamenlijke aanslag” regelt, op grond waarvan de verenigingsbelasting voor het hele concern (over de resultaten van de ingezetenen verenigingen, de VI's en het in Denemarken gelegen vastgoed van Deense verenigingen) wordt geheven binnen de fiscale integratieregeling;

- anderzijds de mogelijkheid biedt te kiezen voor het stelsel van „internationale gezamenlijke aanslag”, dat de resultaten van de zowel Deense als buitenlandse verenigingen van het concern omvat, alsook van al hun VI's in het buitenland gedurende een minimumperiode van tien jaar.

68. Volgens de belastingautoriteiten van Denemarken (en de andere lidstaten die aan de zijde van deze lidstaat hebben geïntervenieerd) kunnen volgens dit laatste stelsel definitieve verliezen van niet-ingezetenen VI's volledig worden afgetrokken. Het Deense belastingstelsel zou derhalve geen belemmering vormen voor de vrijheid van vestiging in de zin van het arrest Marks & Spencer, aangezien de Deense verenigingen altijd zouden kunnen kiezen voor de formule van internationale fiscale eenheid.

69. In de motivering van het arrest Marks & Spencer werd benadrukt dat de nationale norm, die ertoe leidde dat de verliezen van de niet-ingezetene dochteronderneming uiteindelijk niet konden worden afgetrokken, onevenredig was. Volgens dit criterium moet de verwijzende rechter, zoals ik reeds heb opgemerkt, zich in het bijzonder vergewissen van de omstandigheden betreffende de

beweerde onmogelijkheid om in Finland het aldaar door de VI van Bevola geleden verlies af te trekken.

70. Indien deze premisse wordt bevestigd, is de Marks & Spencer-uitzondering van toepassing, en slaat de balans door naar de kant van de niet gerechtvaardigde schending van de vrijheid van vestiging, aangezien aftrek van de definitieve verliezen van de Finse VI niet mogelijk is.

71. Is het als tegenwicht voor deze aftrek voldoende dat de Deense wet ingezeten vennootschappen de mogelijkheid biedt te kiezen voor het stelsel van internationale gezamenlijke aanslag, met de daaruit voortvloeiende mogelijkheid in het kader van deze formule de definitieve verliezen van niet-ingezeten VI's en dochterondernemingen af te trekken?

72. De oplossing hangt logischerwijs af van de regeling waarin dat stelsel voorziet. Deze kan in beginsel zowel redelijk zijn als een onaanvaardbare beperking van de vrijheid van vestiging inhouden. Het onderzoek ervan moet mijns inziens in twee delen uiteenvallen: a) dat betreffende de subjectieve uitbreiding van de internationale integratie (concreet, het oogmerk van het stelsel om alle vennootschappen en alle VI's van het concern te omvatten, en b) dat betreffende de tijdsspanne van de onderwerping aan dit belastingstelsel.

73. Vanuit het eerste oogpunt lijkt de Deense regel tegemoet te komen aan een door het Hof gedeelde zorg op dit gebied. Zo heeft het Hof in het arrest X Holding(47), bijvoorbeeld het volgende gepreciseerd: „Zou vennootschappen de mogelijkheid worden geboden, te opteren voor verrekening van hun verliezen in de lidstaat waar hun vestiging is gelegen dan wel in een andere lidstaat, dan zou de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten immers groot gevaar lopen, aangezien de belastinggrondslag in de eerste lidstaat zou worden vermeerderd en in de tweede zou worden verminderd met het bedrag van de overgedragen verliezen (zie reeds aangehaalde arresten Marks & Spencer, punt 46; Oy AA, punt 55, en Lidl Belgium, punt 32).”

74. In die zaak bood de nationale belastingregel inzake niet-ingezeten dochterondernemingen de moedervennootschappen een keuzevrijheid („cherry picking”) die niet verenigbaar was met de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.(48) Het oogmerk om die consequentie te vermijden, blijkt uit de Deense ontwerpwet tot wijziging van de vennootschapsbelasting, die (deels) is overgenomen in de verwijzingsbeslissing: „ondernemingen [zouden] de Deense belasting anders simpelweg [...] kunnen vermijden door de buitenlandse filialen verlieslatende activiteiten te laten verrichten en winstgevende activiteiten onder te brengen in vennootschappen die niet onderworpen zijn aan de Deense belasting”.(49)

75. Een belastingstelsel dat consolidatie onder deze voorwaarden toestaat maar geen keuze biedt om de „contouren van de integratie” af te bakenen, omdat het bepaalt dat *alle* vennootschappen en *alle* VI's van het concern in de groep moeten worden opgenomen, verhindert stellig dat de moedervennootschap naar eigen inzicht bepaalt welke resultaten van niet-ingezeten entiteiten zij het beste kan consolideren, met het risico van uitholling van de belastinggrondslag. Vanuit dat oogpunt stelt het bovendien internationale en nationale concerns op één lijn door ze aan dezelfde regeling te onderwerpen, en draagt het bij aan het behoud van de samenhang van het belastingstelsel door de symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van verliezen te behouden.

76. Het risico dat in een geval als het onderhavige sprake zal zijn van „cherry picking” is echter minimaal. Ik herinner eraan dat het ging om het laatste jaar waarin de VI van Bevola in Finland actief was, dat wil zeggen, het jaar waarin de sluiting van deze VI plaatsvond. Deze situatie kan dan ook niet zonder meer gelijk worden gesteld met andere situaties waarin de moedervennootschap die beschikt over niet-ingezeten VI's of dochterondernemingen waarvan het

voortbestaan geen twijfel lijdt, naar believen besluit de door hen geleden verliezen in mindering te brengen.

77. Al bij al ben ik echter van mening dat de door de Deense wetgever als tegenwicht voor de Marks & Spencer-uitzondering gekozen oplossing onevenredig belastend is voor ondernemingen die, onder bescherming van artikel 49 VWEU, gebruik willen maken van hun vrijheid van vestiging in andere lidstaten. Dat het betrokken stelsel alleen wordt toegepast indien daarvoor wordt gekozen, neemt niet weg dat het buitensporig beperkend is en mogelijksterwils onverenigbaar is met het Unierecht.(50)

78. Mijns inziens is dat stelsel als zodanig in wezen weinig realistisch, in ieder geval voor de Deense concerns die wereldwijd actief zijn (of althans dochterondernemingen en VI's in diverse landen hebben). De nationale wetgever erkent dit met lovenswaardige eerlijkheid in de opmerkingen in de bijlage bij het wetsontwerp.(51) Het is juist dat geen enkel beginsel een lidstaat verplicht zijn wetgeving aan te passen aan de belangen van concerns. Niettemin moet de toepassing van artikel 49 VWEU (in dit geval de werking van dit artikel ten aanzien van de aftrek van definitieve verliezen, zoals deze in het arrest Marks & Spencer is vastgelegd) worden beschermd met normatieve oplossingen die, hoewel ertoe strekkende belastingontwijking door middel van kunstmatige constructies te voorkomen, die aftrek in de praktijk en ongeacht de economische omvang van het concern niet onmogelijk mogen maken wanneer er legitieme redenen bestaan om de definitieve verliezen af te trekken. Anders zou de verschuldigde belasting niet in verhouding staan tot de financiële draagkracht.

79. Vanuit het tweede oogpunt is de minimumtermijn van tien jaar om deel te nemen aan het stelsel van internationale gezamenlijke aanslag eveneens onevenredig en vormt dit een belangrijke en ongerechtvaardigde belemmering om hiervan gebruik te maken. Gezien de eventualiteiten die de samenstelling van het concern kunnen beïnvloeden (min of meer ingrijpende overgangen of omzettingen van de entiteiten die er deel van uitmaken), komt de redenering van de Deense regering over de noodzaak om een dermate lange termijn vast te stellen teneinde „cherry picking” te voorkomen mij niet overtuigend voor. De ongewenste gedraging die men beoogt te bestrijden (de selectie van de periodes waarin het concern over de gehele linie verliesgevend is en de uitsluiting van belastingjaren waarin winst is gemaakt) kan worden ondervangen door bijvoorbeeld te eisen dat de keuze voor de internationale gezamenlijke aanslag ruim vóór het belastingjaar waarin deze zal worden toegepast kenbaar wordt gemaakt, zonder dat wordt geëist dat vennootschappen hieraan voor een zo lange en gezien hun levensduur weinig realistische periode verbonden blijven.

80. Stellig staat in de rechtspraak te lezen dat „de lidstaten vrij blijven, regels in te voeren of te handhaven die specifiek tot doel hebben, volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de nationale fiscale wet te omzeilen of eraan te ontsnappen, van een belastingvoordeel uit te sluiten”, maar daarin wordt ook benadrukt dat „de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, doch dat deze niettemin verplicht zijn, die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen”(52) wat ook geldt voor de naleving van de vereisten van het evenredigheidsbeginsel bij de toepassing van die nationale regels.

81. Kortom, ik ben van mening dat het in de Deense wetgeving neergelegde stelsel van „internationale gezamenlijke aanslag” het evenredigheidsbeginsel niet eerbiedigt, aangezien het in omstandigheden zoals die in de onderhavige zaak verhindert dat een Deense vennootschap definitieve verliezen in de zin van punt 55 van het arrest Marks & Spencer, die door haar in Finland gevestigde VI waren geleden, kan aftrekken.

VI. Conclusie

82. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vraag van de Østre Landsret (hof van beroep Oost-Denemarken) als volgt te beantwoorden:

„In omstandigheden die vergelijkbaar zijn met die welke in aanmerking werden genomen in het arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2005, Marks & Spencer, is de wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke een in die lidstaat gevestigde vennootschap de verliezen van een nationale vaste inrichting in mindering kan brengen op de belastbare grondslag voor de vennootschapsbelasting, maar niet die van een vaste inrichting die in een andere lidstaat is gelegen, waar die verliezen definitief niet kunnen worden verrekend, niet verenigbaar met artikel 49 VWEU.

Ter verhelping van deze onverenigbaarheid volstaat het niet dat de moedervernootschap kan kiezen voor een ‚internationale gezamenlijke aanslag‘, zoals het stelsel waarin de in het hoofdgeding toepasselijke nationale wettelijke regeling voorziet, dat voor de toepassing van diezelfde belasting van de moedervernootschap verlangt dat zij al haar dochterondernemingen en al haar vaste inrichtingen buiten Denemarken gedurende een periode van tien jaar samenbrengt in een groep.”

- 1 Oorspronkelijke taal: Spaans.
- 2 Arrest van 13 december 2005, C-446/03; hierna: „arrest Marks & Spencer”, EU:C:2005:763.
- 3 Zij beroept zich ter ondersteuning van haar stelling op de totstandkomingsgeschiedenis van de nationale wet, waarin wordt erkend dat concerns van een bepaalde omvang deze regeling niet aantrekkelijk zullen vinden.
- 4 Zij verwijst naar het arrest van 18 maart 2010, Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148, punt 53).
- 5 Zij beroept zich op het arrest van 17 juli 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 24).
- 6 Hiertoe verwijst zij naar het arrest van 7 november 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, punt 51).
- 7 Arrest van 17 juli 2014, C-48/13, EU:C:2014:2087.
- 8 Arrest van 17 december 2015, C-388/14, EU:C:2015:829.
- 9 Arresten van 6 september 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, punt 19); 21 februari 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punt 35), en 1 april 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e.a. (C-80/12, EU:C:2014:200, punt 26).
- 10 Arrest van 17 juli 2014, C-48/13, EU:C:2014:2087.
- 11 Arrest van 17 december 2015, C-388/14, EU:C:2015:829.
- 12 Arrest van 15 mei 2008, C-414/06, EU:C:2008:278, punt 51.
- 13 Blijkbaar bestond er nog steeds twijfel of de verliezen op grond van de Finse wetgeving in latere belastingjaren zouden kunnen worden gerecupereerd in geval van een heropening van de VI van Bevola in dat land. Bevola sluit die mogelijkheid evenwel uit.
- 14 Arrest van 17 december 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829).

15 Arrest Marks & Spencer, punt 27: „een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke het voor een ingezeten moedervernootschap niet mogelijk is, het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervernootschap af te trekken van haar eigen belastbare winst, terwijl het voor deze moedervernootschap wel mogelijk is, het verlies van een ingezeten dochtervernootschap af te trekken”.

16 Ibidem, punt 51.

17 Ibidem, punt 55: „de in het hoofdgeding omstreden restrictieve maatregel [gaat] verder [...] dan nodig is voor het bereiken van de belangrijkste nagestreefde doelstellingen in een situatie waarin: – de niet-ingezeten dochtervernootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastingjaar waarvoor het verzoek om een belastingaftrek is ingediend, alsmede voor vroegere belastingjaren, in voorkomend geval via een overdracht van dat verlies aan een derde of via de verrekening ervan met de winst van de dochtervernootschap in vroegere belastingjaren, en – er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervernootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervernootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervernootschap aan een derde is verkocht.”

18 In haar conclusie in zaak C-172/13, Commissie/Verenigd Koninkrijk (EU:C:2014:2321), van 3 februari 2015, verklaarde advocaat-generaal Kokott dat er „tot nu toe 142 wetenschappelijke publicaties [zijn] geregistreerd die rechtstreeks de voornoemde arresten als onderwerp hebben”.

19 Zie onder meer Danish, M., „What remains of the Marks & Spencer exception for final losses? – Examining the impact of Commission v. United Kingdom (Case C-172/13)”, *European taxation*, Amsterdam, deel 55 (2015), nr. 9, blz. 417-422; Cerioni, L., „The never-ending issue of cross-border loss compensation within the EU: reconciling balanced allocation of taxing rights and cross-border ability-to-pay”, *EC tax review*, Alphen aan den Rijn, deel 24 (2015), nr. 5, blz. 268-280; Lang, M., „Has the case law of the ECJ on final losses reached the end of the line?”, *European taxation*, Amsterdam, deel 54 (2014), nr. 12, blz. 530-540; Pinetz, E., en Spies, K., „'Final losses' after the decision in Commission v. UK („Marks & Spencer II)”, *EC tax review*, Alphen aan den Rijn, deel 24 (2015), nr. 6, blz. 309-329.

20 Zaak C-172/13, Commissie/Verenigd Koninkrijk, EU:C:2015:50.

21 Ter zitting heeft de Commissie dit punt, mijn inziens terecht, benadrukt.

22 Het Hof heeft reeds eerder vastgesteld dat het met het oog op de verdeling van de fiscale bevoegdheid niet onredelijk is dat de lidstaten zich laten leiden door de internationale praktijk, met name de door de OESO opgestelde modelverdragen. Zie de arresten van 12 mei 1998, Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, punt 31), en 23 februari 2006, Van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, punt 48).

23 Arrest van 15 mei 2008, C-414/06, EU:C:2008:278. Aan de prejudiciële verwijzing lag destijds de vraag ten grondslag „of de artikelen 43 EG en 56 EG zich verzetten tegen een nationale belastingregeling op grond waarvan een ingezeten vennootschap bij de bepaling van haar winst en de berekening van haar belastbare inkomsten verliezen van een haar toebehorende vaste inrichting in een andere lidstaat niet kan verrekenen, terwijl zij verliezen van een ingezeten vaste inrichting wél kan verrekenen”.

24 Arrest van 15 mei 2008, C-414/06, EU:C:2008:278.

25 Arrest van 25 februari 2010, C-337/08, EU:C:2010:89.

26 Ik herinner eraan dat advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in de zaak Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:153) had voorgesteld afstand te nemen van de „traditionele” toetsingsmethode volgens welke „eerst [zou] moeten worden getoetst of vennootschappen met een binnenlands filiaal en die met een filiaal in een andere lidstaat zich in een objectief vergelijkbare situatie bevinden, [...] op basis van de door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doelstelling”. Het Hof heeft dit voorstel in het arrest dat in die zaak op 17 juli 2014 (EU:C:2014:2087) is gewezen, niet aanvaard en is sindsdien de vergelijkbaarheid van (binnenlandse en grensoverschrijdende) belastingsituaties blijven beoordelen in het licht van de doelstelling van de nationale norm die de beperking van de vrijheid van vestiging heeft meegebracht.

27 Arrest van 25 februari 2010, C-337/08, EU:C:2010:89, punt 38 (cursivering van mij).

28 Zaak C-48/13, EU:C:2014:2087.

29 Ibidem, punt 24.

30 Arrest van 17 december 2015, C-388/14, EU:C:2015:829, punt 27.

31 Zaak C-48/13, EU:C:2014:2087.

32 Arrest van 17 december 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punt 28).

33 Wellicht daarom zijn in de verwijzingsbeslissing de overwegingen van wetsontwerp nr. 121, Folketingstidende (Deens parlamentsblad) 2004/2005, overgenomen, volgens welke „het bijzonder moeilijk is om uit te maken of de voorgestelde regels zullen leiden tot een beperking die in strijd is met het Unierecht”.

34 Arrest van 15 mei 2008, C-414/06, EU:C:2008:278.

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

36 Richtlijn van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PB 2016, L 193, blz. 1).

37 Ter terechtzitting heeft de Commissie deze bezwaren genuanceerd en verzekerd dat deze in wezen beperkt bleven tot punt 24 van het arrest van 17 juli 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087), dat is herhaald in punt 65 van het arrest van 17 december 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829). De Commissie wil voorkomen dat lezing van die passages het vermoeden doet ontstaan dat het ter ontkenning van de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties van ingezetenen en niet-ingezetenen VI's volstaat dat een lidstaat ze niet gelijk behandelt, welke ook de omstandigheden zijn.

38 Arrest van 17 juli 2014, C-48/13, EU:C:2014:2087.

39 Arrest van 17 december 2015, C-388/14, EU:C:2015:829.

- 40 Hiernaar verwijst het arrest Marks & Spencer in punt 55.
- 41 Arrest van 17 juli 2014, C-48/13, EU:C:2014:2087.
- 42 Arrest van 17 december 2015, C-388/14, EU:C:2015:829.
- 43 Arrest van 17 juli 2014, C-48/13, EU:C:2014:2087.
- 44 Arrest van 17 december 2015, C-388/14, EU:C:2015:829.
- 45 Arrest van 17 juli 2014, C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 24.
- 46 Arresten Marks & Spencer, punten 22 en 24; 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punten 18 en 19); 2 september 2015, Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, punten 18 en 19), en 6 oktober 2015, Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661, punten 27 en 28).
- 47 Arrest van 25 februari 2010, C-337/08, EU:C:2010:89, punt 29.
- 48 In punt 32 van datzelfde arrest voegt het Hof hieraan toe: „Wanneer de contouren van de fiscale eenheid aldus kunnen worden gewijzigd, zou, wanneer de mogelijkheid werd aanvaard om een niet-ingezeten dochteronderneming daarin op te nemen, dit ertoe leiden dat de moeder vennootschap vrijelijk kan kiezen in welke lidstaat de verliezen van deze dochteronderneming in mindering worden gebracht (zie in die zin de reeds aangehaalde arresten, Oy AA, punt 56, en Lidl Belgium, punt 34).”
- 49 Wetsontwerp nr. 121, Folketingstidende (Deens parlamentsblad) 2004/2005, bijlage A, kolom 4946, afdeling 10.
- 50 Arrest van 18 maart 2010, Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148): „een nationale regeling die de vrijheid van vestiging beperkt, [is] nog steeds in strijd met het recht van de Unie, ook al is de toepassing daarvan facultatief” (punt 53). Hoewel de context van die zaak anders was dan die welke hier aan de orde is, is de geldigheid van het in dat arrest neergelegde beginsel niet beperkt tot de bijzondere omstandigheden van het toendertijd beslechte geding.
- 51 „Het [is] waarschijnlijk dat – minstens de grotere – internationale concerns het in de praktijk, zowel om financiële als om administratieve redenen, niet voordelig zullen achten om hun wereldwijde inkomen te laten meetellen voor de berekening van de Deense belasting.” Uit de in de verwijzingsbeslissing opgenomen statistische gegevens blijkt hoe weinig aantrekkelijk het systeem in de praktijk voor de Deense concerns is gebleken.
- 52 Arrest Marks & Spencer, respectievelijk punten 57 en 29.