CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 21 februari 2018 [1]

Zaak C-28/17

NN A/S
tegen
Skatteministeriet

[verzoek van de Østre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het Oosten van Denemarken) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Vennootschapsbelasting – Vrijheid van vestiging – Nationale regeling die het recht van een vennootschap van een fiscaal geïntegreerde groep op aftrek van verliezen van een vaste inrichting die eigendom is van een niet-ingezeten vennootschap van dezelfde groep afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de niet-ingezeten vennootschap deze verliezen niet kan aftrekken van de belastinggrondslag van de vennootschapsbelasting in het land waar zij is gevestigd – Voorkomen van dubbele aftrek”

1. Het Hof heeft in zijn prejudiciële arresten over de gevolgen van de vrijheid van vestiging voor de nationale regels inzake de directe belasting op vennootschappen getracht de door de verwijzende rechters opgeworpen problemen op te lossen, maar deze arresten geven soms aanleiding tot nieuwe vragen.

2. Dit kan worden afgeleid uit de toename van het aantal prejudiciële verwijzingen waarin het Hof uitdrukkelijk een vraag wordt gesteld over de uitlegging (of de draagwijdte en de toepassing) van een eerder arrest inzake vennootschapsbelasting. Om slechts twee recente voorbeelden te geven:

– in de zaak Bevola en Jens W. Trock [2] heeft dezelfde rechter die thans de prejudiciële vragen stelt, het Hof verzocht om een beslissing over de aftrek van verliezen van een vaste inrichting [3] „in omstandigheden die vergelijkbaar zijn met die van het arrest […] Marks & Spencer” [4];

– in de zaken X en X [5] verzocht de Hoge Raad der Nederlanden om opheldering over eerdere uitspraken, in het bijzonder het arrest X Holding [6], in verband met de Nederlandse belastingregels inzake geconsolideerde concerns.

1 Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 Zaak C-650/16, nog aanhangig bij het Hof, waarin ik op 17 januari 2018 conclusie heb genomen (EU:C:2018:15).

3 Om te verwijzen naar een vaste inrichting of filiaal gebruik ik hierna de afkorting „VI”.

4 Arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

5 Gevoegde zaken C-398/16 en C-399/16, nog aanhangig bij het Hof, waarin ik op 25 oktober 2017 conclusie heb genomen (EU:C:2017:807).

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

3. Thans heeft het verzoek om een prejudiciële beslissing opnieuw betrekking op de tegenstrijdigheid tussen de Deense belastingwetgeving en de vrijheid van vestiging. De twijfel van de Østre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het Oosten van Denemarken) is ingegeven door de uitlegging van het arrest Philips Electronics[7], waarvan de feiten zo dicht bij die van het hoofdgeding liggen dat de oplossingen van dat arrest op het eerste gezicht zonder meer kunnen worden geëxtrapoleerd.

4. Het hoofdgeding heeft betrekking op de verrekening van de verliezen van een in Denemarken gevestigde VI die eigendom is van een in Zweden gevestigde vennootschap, die deel uitmaakt van een Deens concern. De Deense autoriteiten hebben niet ingestemd met de aftrek van deze verliezen in het kader van de vennootschapsbelasting die het concern in Denemarken moet betalen, en dat heeft tot de twijfels van de verwijzende rechter geleid.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

5. Artikel 49 VWEU bepaalt:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld."

6. Artikel 54 VWEU luidt:

„De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.

Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen."

7 Arrest van 6 september 2012 (C-18/11, EU:C:2012:532; hierna: „arrest Philips Electronics").

B. Deens recht

1. Selskabsskattelov (Deense geconsolideerde wet nr. 1164 van 6 februari 2016 op de vennootschapsbelasting; hierna: „WVB”)

7. § 31, lid 1, punt 1, bepaalt het volgende:

„In concerns en verenigingen en dergelijke verbonden vennootschappen die vallen onder § 1, lid 1, punten 1 tot en met 2b, 2d tot en met 2j, 3a tot en met 5 en 5b, onder § 2, lid 1, onder a) en b), of onder § 21, lid 4, van de kulbrinteskattelov (Deense koolwaterstofbelastingwet), worden als concern belast (nationale concernbelasting).”

De regeling bepaalt ook dat verliezen van een concernvennootschap door een andere concernvennootschap kunnen worden aangewend als aftrekpost. Een Deens concern kan hetzelfde bedrag echter slechts één keer verrekenen.

8. In § 31, lid 2, punt 1, is bepaald:

„Voor vennootschappen die als concern worden belast, worden gezamenlijke belastbare inkomsten vastgesteld, die bestaan uit de som van de belastbare inkomsten van elke afzonderlijke onderneming die onder de concernbelasting valt, berekend volgens de algemene regels van de belastingwetgeving met de uitzonderingen die voor als concern belaste vennootschappen gelden.”

De Deense regels betreffende de verplichte nationale concernbelasting gelden mede voor Deense VI's van buitenlandse vennootschappen.

9. § 31, lid 2, punt 2, luidt:

„Verliezen van een vaste inrichting kunnen slechts met de inkomsten van andere vennootschappen worden verrekend indien de regels van de vreemde staat […] waar de vennootschap is gevestigd, bepalen dat verliezen niet kunnen worden verrekend bij de berekening van de inkomsten van de vennootschap in de vreemde staat […] waar de vennootschap is gevestigd, of indien is geopteerd voor internationale concernbelasting […].”

2. Wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag (geconsolideerde versie nr. 1162 van 1 september 2016; hierna: „WVH”)

10. § 5G, punt 1, bepaalt het volgende:

„De belastingplichtige […] kan geen aanspraak maken op aftrek voor uitgaven die volgens buitenlandse belastingregels kunnen worden afgetrokken van inkomsten die niet bij de berekening van Deense belasting in aanmerking worden genomen. Dit geldt ook indien de aftrek voor uitgaven volgens buitenlandse belastingregels kan worden afgetrokken van de voor concernvennootschappen en dergelijke berekende inkomsten, wanneer de inkomsten niet in de berekening van de Deense belasting worden opgenomen.”

§ 5G WVH is niet van toepassing op Deense VI's van buitenlandse vennootschappen.

II. Feiten van het geding en prejudiciële vragen

11. NN is de moedermaatschappij van een Deens concern dat onder meer twee dochterondernemingen in Zweden heeft, Sverige 1 en Sverige 2. Deze twee dochterondernemingen waren op hun beurt elk eigenaar van een in Denemarken gevestigde vaste inrichting, die met het oog op het geding als B (eigendom van Sverige 2) en C (eigendom van Sverige 1) zijn aangeduid.

12. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat „de twee vaste inrichtingen […] in 2006 zijn gefuseerd, waarbij B aan Sverige 1 werd overgedragen in ruil voor aandelen. De daaruit ontstane inrichting werd A genoemd".

13. In Zweden werd de fusie naar eigen keuze van het concern fiscaal behandeld als een herstructurering van activiteiten, een belastingvrije verrichting aangezien zij wordt gelijkgesteld met een successie. In Denemarken werd deze fusie echter als een belastbare overdracht van activa tegen de marktwaarde beschouwd.

14. Ten gevolge van de fusie werd de goodwill van inrichting B in de balans opgenomen als een deel van haar belastbare inkomsten in Denemarken. Deze goodwill kon niet worden afgeschreven in Zweden.

15. NN verzocht de verliezen van inrichting A te mogen aftrekken van de resultaten van het concern in 2008, wat de Deense belastingdienst op grond van § 31, lid 2, punt 2, WVB weigerde.

16. De reden voor de afwijzing van dit verzoek was dat de verliezen volgens die bepaling slechts met het geïntegreerde belastingresultaat van het concern kunnen worden verrekend indien de regels van de staat waar de vennootschap die eigenaar van de VI is, is gevestigd (in dit geval Zweden), bepalen dat die verliezen niet kunnen worden verrekend met de winsten van deze vennootschap in deze vreemde staat.

17. Volgens de Deense belastingdienst was het op grond van de Zweedse belastingregels niet verboden de verliezen van de VI die eigendom was van de in Zweden gevestigde dochteronderneming te verrekenen (dit wil zeggen dat het in deze laatste lidstaat aftrekbare verliezen betrof).

18. Dat besluit werd aangevochten bij de Landsskatteret (hoogste bestuurlijke instantie voor fiscale aangelegenheden, Denemarken), die het bevestigde. Daarop heeft NN zich gewend tot de Østre Landsret, die het Hof de volgende prejudiciële vragen heeft gesteld:

„1) Welke factoren moeten in de beschouwing worden betrokken bij de beoordeling of voor ingezeten vennootschappen in een situatie als de onderhavige voor de verrekening van verliezen een voor filialen van niet-ingezeten vennootschappen geldende ‚overeenkomstige voorwaarde' in de zin van punt 20 van het arrest Philips [Electronics] geldt?

2) Indien ervan wordt uitgegaan dat de Deense belastingregels geen verschil in behandeling inhouden als aan de orde in de zaak Philips [Electronics], vormt een verbod op verrekening als hier beschreven – in een geval waarin de verliezen van de [VI] van de niet-ingezeten vennootschap mede onder de heffingsbevoegdheid van het land van ontvangst vallen – op zich een beperking van het recht van vrije vestiging in de zin van artikel 49 VWEU, dat gerechtvaardigd moet zijn op grond van een dwingende reden van algemeen belang?

3) Zo ja, kan een dergelijke beperking dan haar rechtvaardiging vinden in het doel dubbele aftrek van verliezen te verhinderen, het streven naar evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid over de lidstaten of een combinatie van beide?

4) Zo ja, is een dergelijke beperking evenredig?"

III. Samenvatting van de opmerkingen van partijen

19. Volgens NN wenst de verwijzende rechter met de eerste prejudiciële vragen te vernemen of een regel als die van § 31, lid 2, punt 2, WVB een beperking van de vrijheid van vestiging is.

20. NN is van mening dat voor de situatie van een dochteronderneming en die van een VI, beide van een buitenlandse vennootschap, verschillende regels gelden. § 5G, punt 1, WVH is van toepassing op Deense dochterondernemingen van buitenlandse vennootschappen en niet op VI's. In de onderhavige zaak moet worden onderzocht of een Zweedse vennootschap die haar activiteiten in Denemarken via een VI uitoefent bij de berekening van de geconsolideerde resultaten van het Deense concern minder gunstig wordt behandeld dan een lokale vennootschap die zich in een vergelijkbare, zuiver nationale situatie bevindt.

21. Volgens NN heeft het Hof deze twijfel reeds weggenomen in het arrest Philips Electronics en kunnen de daarin gehanteerde criteria op deze zaak worden toegepast, aangezien er in een zuiver binnenlandse situatie en in overeenstemming met de Deense wetgeving geen belemmering is om het verlies te verrekenen met het geconsolideerde belastingresultaat van het concern.

22. NN meent dat in de onderhavige zaak het behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, bij ontstentenis van andere gegevens, geen voldoende rechtvaardiging vormt.[8] De achterliggende rechtvaardigingsgrond bestaat in het waarborgen van de symmetrie tussen het recht om winst te belasten en de mogelijkheid om verliezen af te trekken.[9]

23. NN meent voorts dat de regel ook niet wordt gerechtvaardigd door de wil om dubbele aftrek van verliezen te verhinderen. Zelfs wanneer deze in Zweden zouden kunnen worden afgetrokken, wat hier niet het geval is, zou de belastingbevoegdheid van Denemarken niet worden aangetast. Volgens NN blijkt uit de punten 22 tot en met 33 van het arrest Philips Electronics dat de vastgestelde beperking evenmin is gerechtvaardigd door het gecombineerde doel van evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid over de lidstaten en verhindering van dubbele aftrek van dezelfde verliezen.

24. Ten slotte meent NN dat de in het Deense recht ingevoerde beperking, zelfs als zij kan worden gerechtvaardigd, in dit specifieke geval niet evenredig is, aangezien er volgens de Zweedse wetgeving geen verlies bestaat, en er dus geen sprake is van dubbel gebruik van hetzelfde verlies.

25. Uitgaande van het arrest Philips Electronics stelt de Deense regering dat in de onderhavige zaak de vrijheid van vestiging niet wordt beperkt: het concern NN had volgens de Deense regeling geen grotere aftrek kunnen genieten indien A, in plaats van een Deens filiaal van een Zweedse dochteronderneming, een Deense dochteronderneming was geweest. § 31, lid 2, punt 2, WVB en § 5G, punt 1, WVH behandelen beide situaties op dezelfde wijze.

26. De situatie van een Deense VI en die van een Deense dochteronderneming van een niet-ingezeten vennootschap zijn objectief vergelijkbaar, aangezien het risico van dubbele aftrek van verliezen enkel voor grensoverschrijdende situaties bestaat.

27. Volgens de Deense regering strekt de tweede prejudiciële vraag ertoe te vernemen of de bepalingen van het VWEU met betrekking tot de vrijheid van vestiging van toepassing zijn op niet-discriminerende maatregelen, zoals die van § 31, lid 2, punt 2, WVB. Aangezien de betrokken regel geen verschil in behandeling meebrengt van objectief vergelijkbare situaties, is er geen sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging.

8 Zij haalt in deze zin de arresten van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punten 43 en 51); 29 maart 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, EU:C:2007:194, punt 41), en 18 juli 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punt 51), aan.

9 Arrest van 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punt 33).

28. De Deense regering is van mening dat indien dat verschil in behandeling dat de vrijheid van vestiging beperkt, zou bestaan, het gerechtvaardigd zou zijn, aangezien het als doel heeft dubbele aftrek van verliezen te voorkomen. Bijgevolg zijn het onderhavige geval en de situatie die zich voordeed in het arrest Philips Electronics niet identiek.

29. De Deense regering benadrukt dat de noodzaak van regels om dubbele aftrek van verliezen te voorkomen zowel door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: „OESO") als door de Europese Unie is erkend. Uit de artikelen 2 tot en met 9 van richtlijn (EU) 2016/1164[10] blijkt dat deze voorkoming een legitiem streven vormt.

30. Wat het evenredigheidsbeginsel betreft, stelt de Deense regering dat § 31, lid 2, punt 2, WVB niet verder gaat dan nodig is om de ermee nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken. De regel is van toepassing los van de vraag of het verlies effectief in de andere lidstaat is afgetrokken. Wanneer enkel de daadwerkelijke aftrek van een verlies in een lidstaat een belemmering vormt voor het eveneens aftrekken van dat verlies in Denemarken, zou de belastingplichtige de dubbele aftrek kunnen plannen, en het verlies eerst in Denemarken in mindering brengen, om het later, in de volgende belastingjaren, in de andere staat af te trekken.

31. De Commissie is van mening dat de fiscale integratie, die het mogelijk maakt om binnen een concern verliezen van een vennootschap te verrekenen met de winst van andere vennootschappen, een belastingvoordeel oplevert en dat volgens punt 20 van het arrest Philips Electronics § 5G WVH een beperking van de vrijheid van vestiging vormt aangezien die een maatregel invoert die het voor vennootschappen van andere lidstaten minder aantrekkelijk kan maken om in Denemarken een VI op te richten. De vennootschappen van andere lidstaten die dochterondernemingen of VI's in Denemarken hebben, worden aldus gediscrimineerd ten aanzien van exclusief Deense concerns die geen grensoverschrijdende activiteiten uitoefenen.

32. Volgens de Commissie is de situatie van VI's overeenkomstig de betrokken wetgeving vergelijkbaar met die van ingezeten vennootschappen.

33. De Commissie, die zich beroept op het arrest Philips Electronics, is van mening dat noch de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, noch het voorkomen van dubbele aftrek van verliezen deze beperking rechtvaardigt.

34. De Commissie wijst erop dat in de specifieke situatie van het hoofdgeding, waarin de verliezen niet in Zweden kunnen worden afgetrokken, het risico dat de verliezen noch in het ene noch in het andere land kunnen worden afgetrokken, aantoont dat de beperking van de vrijheid van vestiging onevenredig is.

35. Ter terechtzitting heeft de Duitse regering betoogd dat het voorkomen van dubbele aftrek de Deense wetgevingsmaatregelen rechtvaardigde en dat het standpunt van de Commissie, waarbij zij de lering van het arrest Philips Electronics overneemt, de geldigheid van richtlijn 2016/1164 in het gedrang kan brengen. De Commissie ontkent dit categorisch.

IV. Procedure bij het Hof

36. De verwijzingsbeslissing is ter griffie van het Hof ingekomen op 19 januari 2017.

37. NN, de Deense regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

10 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).

38. Op 29 november 2017 heeft een terechtzitting plaatsgevonden waarop NN, de Deense en de Duitse regering, alsook de Europese Commissie zijn verschenen.

V. Beoordeling

A. Voorafgaande opmerking

39. Hoewel de verwijzende rechter in zijn eerste vraag specifiek verwijst naar punt 20 van het arrest Philips Electronics (in concreto naar de uitdrukking „overeenkomstige voorwaarde" die daar wordt gebruikt), stemt de uiteenzetting van zijn twijfels in grote lijnen overeen met de benadering die het Hof heeft gevolgd bij de analyse of de regeling van de directe belasting door de lidstaten een belemmering van de vrijheid van vestiging vormt die in strijd is met het VWEU. [11]

40. Het Hof bepaalt immers in de eerste plaats of er een verschil in behandeling bestaat tussen vergelijkbare situaties, dat de vrijheid van vestiging kan beperken. Vervolgens, indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, analyseert het of de beperking gerechtvaardigd is door dwingende redenen van algemeen belang. Ten slotte, indien de beperking gerechtvaardigd is, stelt het vast of de beperking evenredig is.

41. Ik volg dezelfde methode, met dien verstande dat naar mijn mening slechts één antwoord hoeft te worden gegeven, in plaats van vier opeenvolgende antwoorden, op de door de Østre Landsret gestelde vragen.

42. In elk geval wordt de controverse die aan de orde is in de prejudiciële verwijzing opgeheven indien, zoals ter terechtzitting is opgemerkt, de verliezen die de VI heeft geleden in Denemarken kunnen worden afgetrokken wanneer het concern NN ten overstaan van de Deense belastingdienst kan aantonen dat er geen risico bestond dat de verliezen ook in Zweden werden verrekend. [12] Het staat aan de verwijzende rechter om deze hypothese te verifiëren.

B. Beoordeling ten gronde

43. Het Deense systeem tot het voorkomen van dubbele aftrek is opgebouwd rond twee regels: a) een algemene regel, namelijk § 5G WVH, en b) een specifieke regel voor de VI's, te weten § 31, lid 2, punt 2, WVB.

44. § 5G WVH bepaalt dat in Denemarken gevestigde vennootschappen voor de berekening van hun Deense inkomsten geen aanspraak kunnen maken op aftrek voor uitgaven die volgens buitenlandse belastingregels kunnen worden afgetrokken van inkomsten die niet bij de berekening van Deense belasting in aanmerking worden genomen. Dezelfde regel geldt voor uitgaven die volgens buitenlandse belastingregels kunnen worden afgetrokken van de door vennootschappen van een geconsolideerd concern verworven inkomsten, wanneer die inkomsten niet in de berekening van de Deense belasting worden opgenomen. Volgens de verwijzingsbeslissing is deze bepaling ook van toepassing op vennootschappen en andere entiteiten als bedoeld in de §§ 31 en 32 WVB. [13]

11 De vier vragen komen ook in grote lijnen overeen met die welke de verwijzende rechter in de zaak Philips Electronics formuleerde.

12 In antwoord op vragen van het Hof gaf de Deense regering toe dat die mogelijkheid niet kon worden uitgesloten.

13 Punt 38 van de verwijzingsbeslissing.

45. Voor in Denemarken gevestigde VI's die eigendom zijn van buitenlandse vennootschappen is de regeling vastgesteld in § 31, lid 2, punt 2, WVB, die deel uitmaakt van de regeling van de concernbelasting: de verliezen van die inrichtingen kunnen slechts met de inkomsten van andere vennootschappen worden verrekend indien de regels van de vreemde staat waar de vennootschap is gevestigd, bepalen dat deze verliezen niet kunnen worden verrekend bij de berekening van de inkomsten van de vennootschap in die vreemde staat of indien is geopteerd voor internationale concernbelasting.

46. De concernbelastingsregeling is verplicht in Denemarken en geldt voor Deense inrichtingen die eigendom zijn van in het concern opgenomen buitenlandse vennootschappen. In een situatie waarin Denemarken zijn heffingsbevoegdheid over die inrichtingen volledig uitoefent, zal de belastingheffing bij het geconsolideerde concern zonder storende invloeden verlopen. De Deense wetgeving houdt echter rekening met de mogelijkheid dat er zich problemen voordoen ten gevolge van het feit dat de staat waarin de vennootschap is gevestigd (in dit geval Zweden) zijn belastingbevoegdheid uitoefent. Dat is de bestaansreden van de wettelijke bepaling in § 31, lid 2, punt 2, WVB.

47. De verwijzende rechter[14] legt § 5G WVH uit in samenhang met § 31, lid 2, punt 2, WVB in bewoordingen die in het achterhoofd moeten worden gehouden: „wanneer een Deense vennootschap die aftrek claimt voor verliezen in een buitenlandse dochteronderneming waarmee zij gezamenlijk wordt belast […] kan aantonen dat er geen mogelijkheid bestaat de verliezen in aftrek te brengen voor de belastingheffing in het buitenland, is de aftrek echter niet beperkt volgens § 5G, lid 1 […]".[15]

48. Om in het kader van dit geding te kunnen beslissen wanneer er sprake is van een verschil in behandeling tussen een zuiver interne situatie en een grensoverschrijdende situatie, moet eerst worden bepaald of het relevant is dat er een VI en geen dochteronderneming in het spel is.

49. Zoals ik in de conclusie in de zaak Bevola en Jens W. Trock[16] heb aangegeven, bestaat het wezenlijke verschil tussen een dochteronderneming en een VI in de rechtspersoonlijkheid van de eerste, waaraan het VI's ontbreekt. VI's zijn enkel instrumenten die zijn geïntegreerd in de structuur van de vennootschap die ze opricht en voor haar activiteiten gebruikt onder verschillende vormen (agentschappen, filialen en andere). Een vennootschap kan een VI in haar eigen staat van vestiging of in een andere lidstaat openen en haar vrijheid om te kiezen voor de ene of de andere mag in beginsel niet worden beperkt, ook niet via fiscale maatregelen (artikel 49 VWEU).

50. Het feit dat de VI en de vennootschap die haar opricht in dezelfde staat zijn gevestigd, sluit fiscaal bezien en vanuit een louter nationaal oogpunt elk probleem uit met betrekking tot de reikwijdte van de bevoegdheid van deze (enige) staat om hun winst te belasten. Vanuit zuiver nationaal oogpunt maakt een VI deel uit van het vermogen van de rechtspersoon die deze VI gebruikt om zijn activiteiten uit te oefenen. Op fiscaal gebied wordt haar verlies of winst rechtstreeks en onmiddellijk toegewezen aan het resultaat van de vennootschap die eigenaar is, steeds in de staat van vestiging.

51. Dat is echter niet het geval wanneer de VI in een andere staat is gevestigd dan de vennootschap die haar heeft opgericht. In dat geval kan de VI als een zelfstandige fiscale entiteit worden behandeld, in overeenstemming met de internationale rechtspraktijk die tot uitdrukking komt in het door de OESO opgestelde model van belastingverdrag, in het bijzonder de artikelen 5 en 7 ervan.[17]

14 Hij haalt in dit verband een arrest aan van 2010 (zonder vermelding van de datum ervan), TfS 2011.687.

15 Punt 41 van de verwijzingsbeslissing.

16 Zaak C-650/16, EU:C:2018:15.

17 Het Hof heeft reeds vastgesteld dat het met het oog op de verdeling van de heffingsbevoegdheid niet onredelijk is dat de lidstaten zich laten leiden door de internationale praktijk en in het bijzonder door 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).

52. Volgens deze benadering vallen de resultaten van de VI normaal gezien onder de heffingsbevoegdheid van de staat waar zij is gevestigd, en worden zij niet toegerekend aan de oprichtende vennootschap die is gevestigd in de lidstaat *van oorsprong*, behalve wanneer een wettelijk of verdragsrechtelijk mechanisme hierop een uitzondering maakt.

53. In het Deense recht wordt een VI van een buitenlandse vennootschap op fiscaal gebied op dezelfde wijze behandeld als een dochteronderneming, en wordt zij dus als een integrerend deel van de Deense fiscaal geïntegreerde groep beschouwd. Wanneer een dochteronderneming of een VI van een buitenlandse vennootschap in meer of mindere mate onderworpen is aan de heffingsbevoegdheid van de staat waarin deze laatste is gevestigd (in dit geval Zweden) en daardoor verstoringen kunnen ontstaan, past de Deense belastingwetgeving echter de hierboven beschreven mechanismen toe om dubbele aftrek van verliezen te voorkomen.

54. Het is op basis van dit uitgangspunt dat moet worden nagegaan of de WVB en de WVH de vrijheid van vestiging van concerns met grensoverschrijdende activiteiten beperken door te bepalen dat zij hun verliezen in de voornoemde omstandigheden niet kunnen aftrekken, en of de situatie van die concerns vergelijkbaar is met die van *volledig* Deense concerns, waarvoor de fiscale regeling gunstiger is.

55. Vanuit formeel oogpunt kan volgens mij niet worden ontkend dat het *volledig* Deense concern een voordeel heeft en dat andersom voor het Deense concern met niet-ingezeten dochterondernemingen een beperking geldt: de moedermaatschappij van dit laatste kan de negatieve resultaten van een van haar buitenlandse entiteiten slechts aftrekken indien is voldaan aan de voorwaarden van § 31, lid 2, punt 2, WVB of van § 5 WVH, terwijl het *volledig* Deense concern de verliezen van een van haar dochterondernemingen kan aftrekken van het geconsolideerde resultaat, zonder dat het aan die voorwaarden is onderworpen.[18] Een dergelijke ongelijke behandeling maakt het voor concerns in beginsel minder aantrekkelijk om de vrijheid van vestiging uit te oefenen via in andere lidstaten gevestigde vennootschappen.

56. Bevinden de beide concerns zich in vergelijkbare situaties? Bij de behandeling van dit aspect moet rekening worden gehouden met het doel van de betrokken regeling[19], dat in dit geval beperkt is tot het voorkomen van dubbele aftrek.

57. Het Hof antwoordde bevestigend op deze vraag in de punten 19 en 20 van het arrest Philips Electronics, en verwierp in dit verband de tegengestelde opvatting van het Verenigd Koninkrijk. Het Hof oordeelde dat er sprake was van een beperking van de vrijheid van een niet-ingezeten vennootschap om zich in een andere lidstaat te vestigen en dat de situaties objectief vergelijkbaar waren in het geval van „een nationale regeling die voor overdracht via groepsaftrek van verliezen die zijn geleden door een in die lidstaat gelegen vaste inrichting van een niet-ingezeten vennootschap aan een ingezeten vennootschap, de voorwaarde stelt dat het niet mogelijk is deze verliezen met een buitenlandse belasting te verrekenen, terwijl voor de overdracht van verliezen die een ingezeten vennootschap in die lidstaat heeft geleden, een overeenkomstige voorwaarde niet geldt”.[20]

58. Zoals de Commissie opmerkt, zonder dat haar betoog door de Deense regering overtuigend is weerlegd, kan de in het arrest Philips Electronics verrichte beoordeling van de vergelijkbaarheid worden toegepast op de onderhavige zaak, ook vanuit het oogpunt van het doel van de Deense regel. Wat het doel van het voorkomen van dubbele aftrek van verliezen betreft, moeten zowel de regels voor zuiver interne situaties, als die welke gelden wanneer er sprake is van grensoverschrijdende aspecten, ervoor zorgen dat dezelfde kosten of verliezen slechts eenmaal worden verrekend.

18 In de volledig nationale situatie maakt de VI deel uit van het vermogen van de vennootschap die er eigenaar van is, zodat de verliezen ervan eigen verliezen van die vennootschap zijn.

19 Arrest van 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punt 22).

20 Arrest Philips Electronics, punt 20.

59. Indien de betrokken Deense regeling voor vergelijkbare situaties een verschil in behandeling bevat dat niet-ingezeten vennootschappen kan ontmoedigen zich in Denemarken te vestigen en vice versa [21], moet als volgende stap worden nagegaan of deze beperking eventueel gerechtvaardigd is, zodat zij verenigbaar is met artikel 49 VWEU.

60. Het voorkomen van dubbele aftrek ten gevolge van de overlappende uitoefening van de fiscale bevoegdheden van twee of meer staten verklaart waarom bepalingen als die van de WVB- en de WVH-paragrafen die aan de orde zijn in het onderhavige geding, zijn vastgesteld. Het feit dat het bestaan van deze bepalingen *kan worden verklaard*, betekent echter niet dat het steeds *gerechtvaardigd* is vanuit het oogpunt van de belemmering van de uitoefening van de vrijheid van vestiging.

61. De eventuele rechtvaardiging vereist dat er dwingende redenen van algemeen belang bestaan [22], in welk verband het Hof onder meer het waarborgen van de uitoefening van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten, het behoud van de samenhang van het belastingstelsel of het voorkomen van belastingfraude heeft aanvaard.

62. Volgens de Deense regering moet het voorkomen van dubbele aftrek van verliezen aan de lijst met aanvaardbare rechtvaardigingsgronden worden toegevoegd. Haar argumentatie lijkt echter op het eerste gezicht niet overeen te stemmen met het arrest Philips Electronics, waarin het Hof:

– de dubbele aftrek van verliezen veeleer in verband heeft gebracht met de uitoefening van de heffingsbevoegdheid van de staat waar de VI is gelegen [23];

– heeft opgemerkt dat „de lidstaat waarin de vaste inrichting is gelegen [dit doel] als zodanig niet [mag] aangrijpen om de verrekening van verliezen uit te sluiten op grond dat deze eveneens kunnen worden verrekend in de lidstaat waarin zich de zetel van de niet-ingezeten vennootschap bevindt” [24];

– heeft verklaard dat „de lidstaat van ontvangst, op het grondgebied waarvan de vaste inrichting is gelegen, […] zijn regeling in een situatie als in het hoofdgeding aan de orde […] hoe dan ook niet [kan] rechtvaardigen met een zelfstandig beroep op het risico van dubbele verliesverrekening” [25].

63. Het is dus moeilijk om het voorkomen van dubbele verliesverrekening op basis van het arrest Philips Electronics aan te merken als een dwingende reden van algemeen belang. Sterker nog, datzelfde arrest heeft het aanvoeren van het voorkomen van dubbele verliesverrekening in die zin afgewezen „zelfs als het […] als zelfstandige rechtvaardigingsgrond kon worden ingeroepen”. [26]

64. Misschien is het echter tijd om deze vaststellingen van het arrest Philips Electronics te temperen, aangezien de strijd tegen dubbele aftrek bijzondere aandacht heeft gekregen van de Uniewetgever nadat dat arrest is uitgesproken.

21 Arresten van 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punt 20), en 2 september 2015, Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, punt 21).

22 Arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 35).

23 Arrest Philips Electronics, punt 30: „de heffingsbevoegdheid van de lidstaat waarin de [VI] is gelegen, [wordt] niet geraakt door het risico dat deze verliezen zowel in de lidstaat van ontvangst, waarin de vaste inrichting is gelegen, als in de lidstaat waarin zich de zetel van de niet-ingezeten vennootschap bevindt, in aanmerking worden genomen”.

24 Ibidem, punt 32.

25 Ibidem, punt 33.

26 Ibidem, punt 28.

65. Naar aanleiding van de conclusies van de OESO van 13 en 14 maart 2013 inzake grondslaguitholling en winstverschuiving (BEPS), waarvan de eindverslagen op 5 oktober 2015 zijn gepubliceerd, hebben de Commissie [27] en de Raad [28] erop gewezen dat op het niveau van de Unie gemeenschappelijke en flexibele oplossingen moesten worden gevonden in overeenstemming met de BEPS-conclusies van de OESO.

66. Volgens richtlijn 2016/1164 [29], die is vastgesteld na het daaropvolgende wetgevingsproces, „is [het] voor de goede werking van de interne markt van essentieel belang dat de lidstaten, ten minste, op een voldoende coherente en gecoördineerde wijze hun toezeggingen inzake BEPS implementeren en meer in het algemeen actie ondernemen om belastingontwijkingspraktijken te ontmoedigen en een billijke en doeltreffende belastingheffing in de Unie te waarborgen". In concreto wordt erin benadrukt dat het noodzakelijk is „regels [vast te stellen] om het gemiddelde niveau van bescherming tegen agressieve fiscale planning op de interne markt te verhogen". [30]

67. In dit verband speelt de zogenaamde hybridemismatch, die volgens artikel 2, punt 9, van richtlijn 2016/1164 „een situatie [is] waarbij een belastingplichtige of […] een entiteit betrokken is, en waarin: […] g) er een resultaat van dubbele aftrek is", een belangrijke rol. Dit laatste begrip wordt in dezelfde bepaling gedefinieerd als de „aftrek van dezelfde betaling, lasten of verliezen in het rechtsgebied waar de betaling haar oorsprong vindt, de lasten zijn opgekomen of de verliezen zijn geleden (het rechtsgebied van de betaler), en in een ander rechtsgebied (het rechtsgebied van de investeerder)".

68. Voor zover een hybridemismatch tot dubbele aftrek leidt, moet dit volgens artikel 9, lid 1, van richtlijn 2016/1164 tot gevolg hebben dat: „a) […] de aftrek in de lidstaat die het rechtsgebied van de investeerder is, [wordt] geweigerd, en b) indien de aftrek niet wordt geweigerd in het rechtsgebied van de investeerder, […] de aftrek [wordt] geweigerd in de lidstaat die het rechtsgebied van de betaler is".

69. Een van de doelstellingen van de wijziging van richtlijn 2016/1164 door richtlijn 2017/952 was de mismatches van de hybride VI's te regelen: „Er is sprake van een hybridemismatch met een vaste inrichting als de verschillen tussen de regels in het rechtsgebied van de vaste inrichting en het rechtsgebied van inwonerschap voor de toerekening van inkomsten en uitgaven tussen verschillende onderdelen van dezelfde entiteit aanleiding geven tot een mismatch met betrekking tot de belastinguitkomsten, waaronder de gevallen waarin een mismatch ontstaat doordat een vaste inrichting krachtens de wetgeving van het rechtsgebied van het bijkantoor buiten beschouwing blijft. Deze mismatches kunnen leiden tot een dubbele aftrek of tot een aftrek zonder betrekking in de heffing, en moeten dus worden weggenomen." [31]

70. Uiteraard stel ik niet voor om op de onderhavige zaak de bepalingen van een richtlijn toe te passen waarvan de omzettingstermijn nog niet is verstreken. [32] Ik meen echter dat uit richtlijn 2016/1164 een verregaande bezorgdheid blijkt, waarvan de omvang waarschijnlijk niet duidelijk was – en bijgevolg niet uitdrukkelijk in wetgeving tot uiting is gekomen – op het ogenblik waarop het arrest Philips Electronics is gewezen.

27 Op 18 maart 2015 legde de Commissie het Europees Parlement en de Raad een mededeling voor over fiscale transparantie ter bestrijding van belastingontduiking en -ontwijking [COM(2015) 136 final], die op 17 juni 2015 werd gevolgd door het Actieplan voor eerlijke en doeltreffende vennootschapsbelasting in de Europese Unie.

28 Conclusies van 8 december 2015 (doc. 15068/15).

29 Die rechtstreekse gevolgen onderging van richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen (PB 2017, L 144, blz. 1).

30 Overwegingen 2 en 3.

31 Overweging 10 van richtlijn 2017/952.

32 Die termijn verstrijkt op 31 december 2019, behalve wat betreft artikel 9 bis, dat betrekking heeft op de „mismatches door een omgekeerde hybride", waarvoor de termijn tot 31 december 2021 loopt.

71. Het Hof had in zijn rechtspraak al enkele aanwijzingen gegeven over het verband tussen het voorkomen van dubbele aftrek en de bestrijding van belastingontwijking. In het arrest Brisal en KBC Finance Ireland [33] heeft het erop gewezen dat „het streven om dubbele aftrek van de […]kosten te vermijden" (in dat geval bedrijfskosten) „in verband kan worden gebracht met de bestrijding van belastingfraude".

72. Maar er moet ook worden gekeken naar het voorkomen van dubbele aftrek in verband met gedragingen die niet noodzakelijk fraude beogen. Zo heeft het Hof in het arrest Marks & Spencer, na te hebben vastgesteld dat „de lidstaten [het gevaar van een dubbele verrekening van het verlies] moeten kunnen verhinderen", erkend dat dit gevaar niet altijd samenvalt met de rechtvaardigingsgrond van de strijd tegen belastingfraude. [34]

73. De dubbele verliesverrekening kan derhalve een gevolg zijn van de gecombineerde toepassing van verschillende belastingregels, ook wanneer er geen sprake is van een fraudeoogmerk. Maar ook dan blijft het een gedraging die in overeenstemming met de door de OESO gesteunde tendens, ook vanuit het oogpunt van het Unierecht moet worden afgewezen. Vandaar dat, zoals ik hierboven al heb opgemerkt, de bedoeling om dat gedrag te vermijden misschien reeds kan worden beschouwd als een (zelfstandige) dwingende reden van algemeen belang, zonder dat zij noodzakelijkerwijs in verband moet worden gebracht met de bestrijding van belastingfraude.

74. Vanuit dit oogpunt staat er in abstracto niets in de weg aan § 31, lid 2, punt 2, WVB, wat betreft de doelstelling dubbele aftrek te voorkomen. Daarom moet nu worden nagegaan hoe deze bepaling in de praktijk wordt toegepast, zoals de Deense belastingdienst dat in de onderhavige zaak heeft gedaan.

75. Wanneer er een verlies is vastgesteld in de activiteiten van de VI die in Denemarken is gevestigd, maar eigendom is van de Zweedse dochteronderneming van het Deense concern, kan het bedrag ervan in theorie worden afgetrokken zowel van de belastinggrondslag die wordt belast in de staat van ontvangst (Denemarken), als van de belastinggrondslag van de vennootschap die belasting betaalt in de staat van vestiging (Zweden). Een regel als § 31, lid 2, punt 2, WVB heeft als doel te voorkomen dat de vennootschap dezelfde kosten of verliezen tweemaal *benut*. Anders zou de grensoverschrijdende situatie worden bevoordeeld tegenover de nationale, aangezien in het nationale kader dezelfde belastingautoriteit logischerwijze geen dubbele aftrek kan toestaan [35], terwijl die in een grensoverschrijdend kader wel mogelijk is.

76. De betrokken regel heeft dus het gewenste effect dat het verlies slechts eenmaal wordt verrekend en is in abstracto geschikt om dubbele aftrek te voorkomen. Het is echter essentieel dat de toepassing ervan niet alleen de verwezenlijking van het nagestreefde doel waarborgt, maar ook niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken. [36]

77. Uit de wijze waarop de Deense belastingdienst deze bepaling in het onderhavige geding uitlegt, kan een onevenredige situatie voortvloeien, die tot *dubbele niet-aftrekbaarheid* leidt. Die doet zich voor wanneer de nadruk niet op de *werkelijke* aftrekbaarheid in een andere staat wordt gelegd, maar op de louter *theoretische* mogelijkheid ervan, als reden om de verrekening van verliezen in Denemarken te weigeren.

33 Arrest van 13 juli 2016 (C-18/15, EU:C:2016:549, punt 38).

34 Arrest van 13 december 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763, punten 47-50).

35 § 31, lid 1, punt 1, WVB bepaalt dat een Deens concern dezelfde aftrek slechts eenmaal mag toepassen.

36 Arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 35).

78. Ervan uitgaande dat de bestrijding van dubbele aftrek dit soort nationale wetgevingsmaatregelen rechtvaardigt, is het doel ervan dat de aftrek wordt geweigerd door een van de bevoegde staten, maar niet door beide. [37] De logica van het systeem berust op een elementaire premisse: hetzelfde verlies mag slechts eenmaal worden verrekend.

79. Ik herhaal dat dit resultaat niet kan worden bereikt op basis van een *louter* hypothetische aftrekbaarheid in de andere lidstaat. De weigering van de aftrek op basis van dat criterium kan de toets van het evenredigheidsbeginsel niet doorstaan, en vormt evenmin een passende afspiegeling van het noodzakelijke evenwicht tussen de belastingdruk en de daadwerkelijke financiële draagkracht van de belastingplichtige.

80. Het Deense recht zelf bevat aanwijzingen dat het de aftrek niet volledig wil verbieden, maar juist wil waarborgen dat er slechts één verliesverrekening plaatsvindt. Dat blijkt uit de uitlegging die de Østre Landsret geeft van § 5G, punt 1, WVH in verband met de Deense vennootschappen: zij mogen de verliezen van een buitenlandse dochteronderneming waarmee zij gezamenlijk worden belast, aftrekken indien zij „[kunnen] aantonen dat er geen mogelijkheid bestaat de verliezen in aftrek te brengen voor de belastingheffing in het buitenland”. [38]

81. Of het nu gaat om een praktijk die beperkt is tot de verwijzende rechter, dan wel om vaste rechtspraak, deze oplossing doet het risico afnemen dat ter vermijding van dubbele aftrek voor een al te drastische aanpak wordt gekozen waarbij aftrek van verliezen categorisch wordt geweigerd. Er bestaat geen objectieve reden waarom dit criterium niet eveneens van toepassing zou zijn met betrekking tot de VI's waarop § 31, lid 2, punt 2, WVB betrekking heeft.

82. Logischerwijze zal voor de toepasselijkheid van dit criterium moeten worden aangetoond dat de verliezen niet konden worden verrekend in de andere lidstaat, aangezien de vennootschap die eigenaar is van de VI alle mogelijkheden had uitgeput om die verliezen in die staat te verrekenen, met inbegrip van de mogelijkheden om deze in toekomstige belastingjaren te verrekenen.

83. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of dat het geval was in de onderhavige zaak, aangezien alleen hij over de relevante beoordelingsgegevens beschikt om te bepalen of het mogelijk was de verliezen definitief af te trekken van de belastinggrondslag van de in Zweden gevestigde dochteronderneming van het NN-concern.

VI. Conclusie

84. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de Østre Landsret het volgende antwoord te geven:

„1) Artikel 49 VWEU verzet zich in beginsel niet tegen een nationale regeling als die in het hoofdgeding, op grond waarvan in het kader van de belastingheffing van een concern in lidstaat A de verliezen van een vaste inrichting die in deze lidstaat is gevestigd maar eigendom is van een in lidstaat B gevestigde vennootschap, enkel kunnen worden verrekend met de inkomsten van andere vennootschappen van het concern als die verliezen ingevolge de regels van lidstaat B niet kunnen worden verrekend bij de berekening van de inkomsten van die vennootschap in lidstaat B.

37 Dat is het doel dat de Uniewetgever had bij het opnemen van de OESO-conclusies inzake de bestrijding van grondslaguitholling in de richtlijnen 2016/1164 en 2017/952 (artikel 9, lid 1).

38 Verwijzingsbeslissing, punt 41, aangehaald in punt 47 van deze conclusie.

2) Die nationale regeling is niet verenigbaar met artikel 49 VWEU voor zover zij in omstandigheden als die in het hoofdgeding de aftrek van verliezen in lidstaat A niet toestaat hoewel de belastingplichtige heeft bewezen dat die verliezen definitief niet aftrekbaar zijn in lidstaat B, wat door de verwijzende rechter moet worden beoordeeld."