CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 14 februari 2008 [1]

1. In deze zaak vraagt het Duitse Bundesfinanzhof het Hof of het met de artikelen 43 EG en 56 EG verenigbaar is dat een Duitse vennootschap die bedrijfsinkomsten heeft, verliezen die een vaste inrichting in een andere lidstaat lijdt, niet kan aftrekken bij de bepaling van de winst, omdat op grond van de relevante overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting de inkomsten van die vaste inrichting in Duitsland niet worden belast.

Achtergrond van het hoofdgeding

2. Volgens het dubbelbelastingverdrag tussen Duitsland en Luxemburg (hierna: „DBV") [2] wordt de winst van een vaste inrichting in een staat van een in de andere staat gevestigde vennootschap belast in de eerste staat. Wanneer de vennootschap in Duitsland is gevestigd, worden in Luxemburg belaste inkomsten uitgesloten van het in Duitsland belastbare inkomen. Het Bundesfinanzhof wijst erop dat het die bepaling aldus heeft uitgelegd dat zowel de winst als de verliezen van een vaste inrichting in Luxemburg worden uitgesloten van het belastbare inkomen van een Duitse vennootschap. Ik noem het aldus uitgelegde DBV hierna de „litigieuze maatregel".

3. Lidl Belgium GmbH & Co. KG (hierna: „Lidl"), gevestigd in Duitsland, verrichte haar bedrijfsactiviteiten onder meer via een vaste inrichting in Luxemburg. In 1999, het betrokken boekjaar, leed Lidl hieruit een verlies van 163 382 DEM (83 536 EUR), dat zij eerst bij de bepaling van de totale inkomsten

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Overeenkomst tussen het Groothertogdom Luxemburg en de Bondsrepubliek Duitsland tot het vermijden van dubbele belasting en houdende bepalingen inzake wederzijdse administratieve en juridische bijstand op het gebied van belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, alsmede op het gebied van bedrijfsbelastingen en grondbelastingen, ondertekend te Luxemburg op 23 augustus 1958 (BGBl. 1959 II, blz. 1270).

aftrok. Het Finanzamt weigerde de aftrek. De zaak kwam voor het Bundesfinanzhof, dat de hiervóór vermelde vraag heeft gesteld.

4. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Lidl, de Duitse, de Finse, de Franse, de Griekse, de Nederlandse en de Zweedse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie. Met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk waren deze partijen plus het Finanzamt vertegenwoordigd ter terechtzitting.

Bespreking

5. Alle indieners van opmerkingen zijn het erover eens dat artikel 43 EG (vrijheid van vestiging) de relevante bepaling is, zodat artikel 56 EG (vrij verkeer van kapitaal) overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof irrelevant is. [3] Ik ben het daarmee eens.

6. Ik ben het ook met Lidl en de Commissie eens dat het op het eerste gezicht tegen artikel 43 EG indruist dat een in een lidstaat gevestigde vennootschap de verliezen van een vaste inrichting in een andere lidstaat niet kan aftrekken bij de bepaling van de winst, omdat op grond van de relevante overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting de inkomsten van die vaste inrichting in de eerste lidstaat niet worden belast.

7. Hoewel Frankrijk, Duitsland, Nederland en Zweden stellen dat er geen sprake is van schending van artikel 43 EG, kan ik dat standpunt niet delen. Een Duitse vennootschap met een vaste inrichting in Luxemburg die verlies lijdt, wordt duidelijk ongunstiger behandeld dan een Duitse vennootschap met een vaste inrichting in Duitsland die verlies lijdt: in het tweede geval wordt het verlies meegerekend bij de bepaling van de winst van de vennootschap, in het eerste geval niet. Dat volstaat om artikel 43 EG van toepassing te maken. [4] De vraag waarover het Hof zich moet uitspreken, is of de litigieuze maatregel niettemin gerechtvaardigd kan zijn, met name of de rechtvaardigingsgronden die het Hof in het arrest Marks & Spencer [5] heeft aanvaard in de context van de aftrek

3 — De Franse regering varieert op dit thema, en zegt eenvoudigweg dat de analyse en rechtvaardiging in beide gevallen hoe dan ook dezelfde zijn.

4 — Mocht daarvoor een precedent verlangd worden, dan is dat te vinden in de arresten van 14 december 2000, AMID (C-141/99, Jurispr. blz. I-11619, punten 21-23), en 6 december 2007, Columbus Container Services BVBA (C-298/05, Jurispr. blz. I-10451, punt 53).

5 — Arrest van 13 december 2005 (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837).

van verliezen van *dochtervennootschappen* ook gelden in de context van de aftrek van verliezen van een *vaste inrichting*, en zo ja, of de litigieuze maatregel evenredig is.

8. In het arrest Marks & Spencer erkende het Hof dat een nationale wettelijke regeling volgens welke het voor een ingezeten vennootschap niet mogelijk is, het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap af te trekken van haar belastbare winst, terwijl zij het verlies van een ingezeten dochtervennootschap wel mag aftrekken, een met de artikelen 43 EG en 48 EG strijdige beperking van de vrijheid van vestiging oplevert. Het Hof overwoog evenwel dat de beperking gerechtvaardigd was op grond van (i) het doel van handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid, (ii) het gevaar van een dubbele verrekening van het verlies en (iii) het gevaar van belastingontwijking, mits de beperking natuurlijk niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van die doelstellingen.

9. Lidl, Duitsland en de Commissie stellen [6] dat die rechtvaardigingsgronden niet gelden voor wettelijke regelingen die de aftrek van de verliezen van een vaste inrichting beperken. Finland, Frankrijk, Griekenland, Nederland (subsidiair) en het Verenigd Koninkrijk stellen in wezen dat de situatie van vaste inrichtingen vergelijkbaar is met die van buitenlandse dochtervennootschappen; er is derhalve geen reden om een onderscheid te maken met de zaak Marks & Spencer.

10. In dat arrest begon het Hof de bespreking van de drie rechtvaardigingsgronden met de opmerking dat, om uit te maken of beperking van de groepsaftrek tot het verlies van de ingezeten vennootschappen gerechtvaardigd was, moest „worden onderzocht welke gevolgen een onvoorwaardelijke uitbreiding van een voordeel als [groepsaftrek] zou hebben”. [7] In die context onderzocht en aanvaardde het Hof (mits twee voorbehouden betreffende de eis van evenredigheid) de drie rechtvaardigingsgronden die waren aangevoerd door het Verenigd Koninkrijk en de andere lidstaten die opmerkingen hadden ingediend. Ik zie niet in waarom dezelfde benadering niet zou worden gevolgd bij het onderzoek van de vraag of een maatregel die de aftrek van verliezen van een vaste inrichting van een ingezeten vennootschap beperkt tot de verliezen van haar ingezeten vaste inrichtingen verenigbaar is met het Verdrag. Vanuit het oogpunt van de vennootschap is de mogelijkheid om verliezen van een buitenlandse dochtervennootschap af te trekken via de groepsaftrek duidelijk vergelijkbaar met de mogelijkheid om verliezen van een buitenlandse vaste inrichting af te trekken. De groepsaftrek is immers bedoeld om te voorkomen dat nadelen ontstaan voor ondernemingen die, in plaats van filialen te

6 — Althans in de context van bepaalde argumenten.

7 — Punten 40 en 41.

vestigen, ervoor kiezen om door middel van de oprichting van dochtervennootschappen activiteiten te ontplooien. [8]

11. Of in een gegeven situatie waarin geen sprake is van een dochtervennootschap, maar van een vaste inrichting, plaats is voor toepassing van een van de rechtvaardigingsgronden, dan wel van alle drie [9], is een andere kwestie.

12. Wat de eerste rechtvaardigingsgrond betreft, komt het mij voor dat de onverkorte handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten kan betekenen dat op de bedrijfsactiviteiten van de vaste inrichting in een lidstaat van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap zowel ter zake van winst als ter zake van verlies uitsluitend de fiscale regels van de eerste staat toepasselijk zijn. [10] De lidstaat waarover het in het arrest Marks & Spencer ging (het Verenigd Koninkrijk) claimde geen recht op het heffen van belasting van buitenlandse dochters van ingezeten vennootschappen. In de onderhavige zaak zou de betrokken lidstaat bij gebreke van het DBV belasting mogen heffen van een vaste inrichting buiten zijn grenzen; hij heeft evenwel van dat recht afgezien door de winst van een dergelijke inrichting van belasting vrij te stellen. Het resultaat is hetzelfde. Zoals het Hof in het arrest Marks & Spencer overwoog: „Indien een vennootschap de mogelijkheid zou worden geboden, te opteren voor verrekening van haar verlies in de lidstaat waar ze gevestigd is, dan wel in een andere lidstaat, zou een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten groot gevaar lopen, aangezien de belastinggrondslag in de eerste staat zou worden vermeerderd en in de tweede zou worden verminderd met het bedrag van het overgedragen verlies”. [11] In dezelfde zin zou in de onderhavige zaak de door Duitsland en Luxemburg overeengekomen en in het DBV weerspiegelde symmetrie tussen belastingheffing en aftrek worden doorbroken indien Duitsland de aftrek van de verliezen van een vaste inrichting van een Duitse vennootschap in Luxemburg zou toestaan terwijl het heeft afgezien van het recht om de winst van een dergelijke inrichting te belasten.

13. Met betrekking tot de tweede rechtvaardigingsgrond overwoog het Hof in het arrest Marks & Spencer dat de lidstaten het gevaar van een dubbele verrekening van het verlies moeten kunnen verhinderen, dat dit gevaar ontstaat wanneer de groepsaftrek wordt uitgebreid tot het verlies van niet-ingezeten dochtervennootschappen, maar dat het verdwijnt door een regel die de aftrek voor dat verlies uitsluit. [12]

14. Ook nu zie ik niet in waarom dat beginsel in een geval als het onderhavige

8 — Zie punt 16 van de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak Marks & Spencer.

9 — De vraag of de drie rechtvaardigingsgronden cumulatief zijn, wordt verder onderzocht.

10 — Arrest Marks & Spencer, punt 45.

11 — Punt 46.

12 — Punten 47 en 48.

niet zou gelden. Er is duidelijk ruimte voor een dubbele verrekening van het verlies. Dat gevaar is zelfs groter in de context van verliezen van een vaste inrichting die operationeel blijft dan in de context (zoals in de zaak Marks & Spencer) van verliezen van dochtervennootschappen die aan derden waren verkocht of hun handelsactiviteiten volledig hadden stopgezet. In het eerste geval bestaat het gevaar dat indien de verliezen kunnen worden verrekend in de lidstaat van vestiging van de vennootschap, zij in de lidstaat van de vaste inrichting opnieuw worden ingebracht zodra die vaste inrichting winst maakt, zonder dat de lidstaat van vestiging van de vennootschap het verkregen voordeel kan terugvorderen. Uit het antwoord van de vertegenwoordiger van Lidl op een vraag van de rechter-rapporteur tijdens de terechtzitting in deze zaak blijkt inderdaad dat het verlies dat tot deze verwijzing heeft geleid, thans is gecompenseerd met in Luxemburg gemaakte winst. [13] Zoals het Hof in het arrest Marks & Spencer overwoog, moeten de lidstaten het gevaar van een dubbele verrekening van het verlies kunnen verhinderen, welk gevaar verdwijnt door een regel die de aftrek voor dat verlies uitsluit. [14]

15. Aangaande de derde rechtvaardigingsgrond, namelijk het gevaar van belastingontwijking, overwoog het Hof in het arrest Marks & Spencer dat de mogelijkheid om het verlies van een niet-ingezeten dochtervennootschap over te dragen aan een ingezeten vennootschap, het gevaar inhoudt dat de verliesoverdracht binnen een vennootschapsgroep zo wordt georganiseerd dat het verlies wordt overgedragen aan vennootschappen in lidstaten waar het belastingtarief het hoogst is, en waar de fiscale waarde van een verlies dus het grootst is. In tegenstelling tot de situatie van dochtervennootschappen, waarin het denkbaar is dat de overdracht van verliezen binnen vennootschapsgroepen stelselmatig wordt georganiseerd en dat verliezen uitsluitend worden gedirigeerd naar vennootschappen van de groep die zijn gevestigd in lidstaten met hogere belastingtarieven [15], is er bij vaste inrichtingen geen mogelijkheid voor een dergelijke „forum shopping" wanneer een vennootschap in een lidstaat verliezen van een vaste inrichting in een andere lidstaat mag aftrekken. Dat is zo omdat, zoals de Commissie betoogt, maatregelen die de „overdracht" van verliezen van een vaste inrichting (in tegenstelling tot die van een dochtervennootschap) mogelijk maken, noodzakelijk noch theoretisch denkbaar zijn: verliezen van een vaste inrichting zijn verliezen van de belastingplichtige moedermaatschappij. Verliezen van binnenlandse vaste inrichtingen kunnen derhalve rechtstreeks en dadelijk worden afgetrokken. Het enige verschil tussen die binnenlandse situatie en de onderhavige zaak is de verdeling van de heffingsbevoegdheid: bevindt de vaste inrichting zich in een andere lidstaat waarmee een dubbelbelastingverdrag bestaat als in deze zaak, dan zal die staat het uitsluitende recht hebben om belasting te heffen op het inkomen van de vaste inrichting in kwestie. Dat verandert niets aan het feit dat

13 — Daar het verlies is geleden in 1999 maar in Luxemburg pas in 2003 kon worden verrekend, werd Lidl nog steeds benadeeld doordat zij haar verlies niet eerder kon compenseren met haar winst in Duitsland. De kwestie van cashflow wordt hierna onderzocht in de context van evenredigheid.

14 — Punten 47 en 48.

15 — Opgemerkt moet evenwel worden dat van belastingontwijking door een dergelijke „verliezentransfer" geen sprake lijkt te zijn geweest in de zaak Marks & Spencer, die uitsluitend betrekking had op de verticale, opwaartse overdracht van dochter- naar moedervennootschap.

de belastingplichtige vennootschap verlies lijdt, waardoor haar belastbare inkomen in de staat van vestiging daalt. Het recht van de andere staat om belasting te heffen, schept slechts een tweede aanknopingsfactor voor hetzelfde verlies, en dus een mogelijkheid van dubbele aftrek. In gevallen als dit komt het mij dan ook voor dat de derde rechtvaardigingsgrond van het arrest Marks & Spencer niets toevoegt aan de eerste en de tweede.

16. Ik ben het dan ook met Duitsland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Nederland, het Verenigd Koninkrijk, Zweden en de Commissie eens dat een nationale wettelijke regeling die de mogelijkheid dat een vennootschap verliezen van een vaste inrichting in een andere lidstaat aftrekt beperkt, gerechtvaardigd kan zijn door de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de verschillende betrokken lidstaten te waarborgen en door het gevaar dat verliezen dubbel worden verrekend.

17. In de verwijzingsbeslissing overweegt het Bundesfinanzhof dat het niet zeker is of het Hof de drie rechtvaardigingsgronden van het arrest Marks & Spencer als cumulatief heeft opgevat, zodat aan alle drie moet zijn voldaan.

18. In het arrest Marks & Spencer had het Hof het inderdaad over de „drie rechtvaardigingsgronden, samen beschouwd", hetgeen pleit voor die opvatting. In het arrest N overwoog het Hof echter dat „de onverkorte handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten een […] legitiem doel is", zonder dat het verwees naar andere rechtvaardigingsgronden. [16] In het arrest AA aanvaardde het Hof dat de wettelijke regeling van een lidstaat die een in die lidstaat gevestigde dochteronderneming belet een overdracht aan een moedermaatschappij van haar belastbare inkomsten af te trekken, tenzij die moedermaatschappij in dezelfde lidstaat is gevestigd, in beginsel kan worden gerechtvaardigd door twee van de drie in het arrest Marks & Spencer genoemde gronden, namelijk de eerste en de derde. [17] In het arrest Amurta stelde het Hof eerst vast dat geen beroep was gedaan op de tweede en de derde rechtvaardigingsgrond van het arrest Marks & Spencer, maar onderzocht (en verwierp) het toch een argument gebaseerd op de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen. [18] Het lijkt er dus op dat de drie rechtvaardigingsgronden in een gegeven geval niet noodzakelijkerwijs allemaal van toepassing hoeven te zijn. Mijns inziens kan de wettelijke regeling die thans

16 — Arrest van 7 september 2006 (C-470/04, Jurispr. blz. I-7409, punt 42).

17 — Arrest van 18 juli 2007 (C-231/05, Jurispr. blz. I-6373, punten 51-60).

18 — Arrest van 8 november 2007 (C-379/05, Jurispr. blz. I-9569, punten 57-59).

aan de orde is in beginsel worden gerechtvaardigd door de eerste en de tweede van de in het arrest Marks & Spencer genoemde gronden, namelijk de doelstellingen van handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en van het vermijden van een dubbele verrekening van verliezen.

19. Een beperkende maatregel kan slechts gerechtvaardigd zijn indien hij ook het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt in die zin dat hij geschikt is om de ermee nagestreefde doelen te verwezenlijken en niet verder gaat dan ter bereiking van die doelen noodzakelijk is.

20. In deze zaak wijst niets erop dat de litigieuze maatregel niet geschikt is om de hiervoor genoemde doelen te bereiken. Ik kan daarentegen niet aanvaarden dat hij niet verder gaat dan daarvoor noodzakelijk is, of met andere woorden, dat hetzelfde resultaat niet door minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.

21. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat de overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel bijzonder belangrijk is, wanneer de nationale wetgeving grensoverschrijdende transacties volledig uitsluit van de nationale behandeling. [19] In een dergelijke situatie, waarin de aan de orde zijnde nationale wetgeving per definitie erg restrictief is, is het des te belangrijker dat zorgvuldig wordt onderzocht of het doel van de regeling niet door minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.

22. In de onderhavige zaak belet de litigieuze maatregel dat een vennootschap verliezen van een vaste inrichting in een andere lidstaat aftrekt van haar winst. Ten gevolge daarvan zal een vennootschap onder bepaalde omstandigheden belasting moeten betalen op meer dan haar totale nettowinst. Dat is mijns inziens een volstrekt onevenredig middel om de doelstellingen van handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en van het vermijden van een dubbele verrekening van verliezen te verwezenlijken.

23. Bovendien is het duidelijk dat minder beperkende maatregelen mogelijk zijn. Het staat buiten kijf dat de Duitse wettelijke regeling [20] vóór 1999 uitdrukkelijk bepaalde dat een vennootschap verliezen van een vaste inrichting in een andere lidstaat kon aftrekken voor zover die verliezen meer bedroegen dan de winst van de vaste

19 — Arrest van 4 maart 2004, Commissie/Frankrijk (C-334/02, Jurispr. blz. I-2229, punt 28).

20 — § 2a, lid 3, van het Einkommensteuergesetz 1997 (BGBl. 1997 I, blz. 821).

inrichting, en mits de aftrek weer werd verrekend in latere jaren waarin de vaste inrichting winst maakte.

24. Een dergelijke regel, die de aftrek van verliezen mogelijk maakt maar tegelijkertijd voorziet in een naheffing voor de afgetrokken verliezen wanneer in de toekomst winst wordt gemaakt, zou een duidelijk minder restrictief middel zijn om het gevaar van dubbele verrekening van verliezen te vermijden dan een regel die aftrek van dergelijke verliezen geheel en al uitsluit. Hoewel een regel inzake aftrek en naheffing leidt tot een verlies van symmetrie en derhalve het doel van evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid niet helemaal bereikt, is die asymmetrie slechts tijdelijk wanneer de vaste inrichting naderhand winstgevend wordt. Bovendien zou kunnen worden bepaald dat eerder afgetrokken verliezen ambtshalve weer in de belastbare resultaten worden opgenomen indien nog geen verdiscontering is geschied na bijvoorbeeld vijf jaar, of indien de vaste inrichting ophoudt in die vorm te bestaan. [21]

25. Een dergelijke regel van aftrek en naheffing beperkt het fundamentele recht van vrijheid van vestiging van de belastingplichtige ongetwijfeld minder dan een algeheel verbod om verliezen van een vaste inrichting in een andere lidstaat af te trekken van de winst van een vennootschap. Toch is hij nog steeds geschikt om de doelstellingen van handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en van het vermijden van een dubbele verrekening van verliezen te verwezenlijken. Volgens mij beantwoordt hij dan ook duidelijk beter aan de evenredigheidseis dan de oplossing die het Hof heeft aanvaard in het arrest Marks & Spencer.

26. Het Hof heeft in het arrest Marks & Spencer zelf overwogen dat de restrictieve maatregel (een wettelijke regeling inzake groepsaftrek die niet gold voor buitenlandse dochtervennootschappen) verder ging dan nodig was voor het bereiken van de belangrijkste nagestreefde doelstellingen in een situatie waarin de mogelijkheden van verliesverrekening in de vestigingsstaat van de dochtervennootschap waren uitgeput. [22] Derhalve kan worden verondersteld (hoewel het arrest dienaangaande uiterst lapidair is) dat het Hof van oordeel was dat de restrictieve maaregel in andere omstandigheden evenredig zou zijn geweest.

27. Evenwel moet voor ogen worden gehouden dat de zaak Marks & Spencer betrekking had op verliezen van dochtervennootschappen die waren geliquideerd of

21 — Zoals wordt gesuggereerd in het voorstel van de Commissie voor een richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de verliezen van hun in andere lidstaten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, COM(90) 595 def. van 24 januari 1991 (PB 1991, C 53, blz. 30): zie artikelen 5 tot en met 8 en de toelichting.

22 — Punt 55. Het Hof voert een dubbele toetsing in: uitputting van de mogelijkheid van aftrek voor het lopende en vroegere belastingjaren, en het niet bestaan van „een mogelijkheid […] dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend".

verkocht. Bijgevolg was (althans in het eerste geval) een naheffing met betrekking tot afgetrokken verliezen in de toekomst niet mogelijk. [23] In die omstandigheden is het wellicht begrijpelijk dat het Hof zijn antwoord aldus heeft geformuleerd en dat het zijn analyse niet heeft voltooid door in detail te onderzoeken of het cashflownadeel dat voortvloeit uit het feit dat verliezen niet dadelijk kunnen worden verrekend, maar naar later moeten worden overgedragen, niet overdreven restrictief was om de nagestreefde doelen te bereiken.

28. In gevallen als het onderhavige, waarin sprake is van een functionerende vaste inrichting, kan daarentegen niet worden gesteld dat de mogelijkheid om in de staat van de vaste inrichting verliezen naar later over te dragen, een aanvaardbaar alternatief is voor aftrek in de vestigingsstaat van de vennootschap. Zelfs indien een overgedragen verlies naderhand wordt gecompenseerd, heeft de vennootschap intussen per definitie een cashflownadeel geleden.

29. Het Hof is zich zeer goed bewust van het belang van cashflow voor ondernemingen. Het heeft bij herhaling geoordeeld dat de uitsluiting van een cashflowvoordeel in een grensoverschrijdende situatie terwijl het beschikbaar is in een vergelijkbare binnenlandse situatie, een beperking van de vrijheid van vestiging oplevert. [24] Dit is met name benadrukt in het arrest Marks & Spencer. Het Hof verklaarde daarin uitdrukkelijk dat doordat het verlies van de verliesgevende vennootschappen sneller wordt aangezuiverd wanneer het onmiddellijk wordt verrekend met winst van andere vennootschappen van de groep, de betrokken groepsaftrek voor de vennootschapsgroep een cashflowvoordeel is. Wanneer de moedervennootschap van een dergelijk voordeel wordt uitgesloten voor het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap, wordt zij belemmerd in de uitoefening van haar vrijheid van vestiging doordat zij wordt afgeschrikt van de oprichting van dochtervennootschappen in andere lidstaten. Deze uitsluiting vormde dus een beperking van de vrijheid van vestiging. [25]

30. Die stelling werd geponeerd in de (analytisch gezien eerdere) context van de vraag of de onmogelijkheid om grensoverschrijdende verliezen af te trekken een met artikel 43 strijdige beperking vormde. Het lijkt abnormaal dat het Hof, nadat het duidelijk had aanvaard dat de weigering van een cashflowvoordeel potentieel belangrijk is en nadat het deze weigering (terecht) had aangemerkt als een prima facie schending van artikel 43 EG, niet ook uitdrukkelijk heeft onderzocht of, wanneer de beperking op het eerste gezicht gerechtvaardigd was, de weigering van een

23 — In haar conclusie in de in voetnoot 17 aangehaalde zaak AA stelde advocaat-generaal Kokott zich op het standpunt dat het oordeel van het Hof betreffende de evenredigheid in het arrest Marks & Spencer een gevolg was van de uitzonderlijke aard van de feiten in die zaak (punten 70 en 71). Ik ben het daarmee eens.

24 — Zie bijvoorbeeld arresten van 8 maart 2001, Metallgesellschaft (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punten 44, 54 en 76), en 21 november 2002, X en Y (C-436/00, Jurispr. blz. I-10829, punten 36-38); beschikking van 8 juni 2004, De Baeck (C-268/03, Jurispr. blz. I-5961, punt 24); arresten van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punten 96, 97, 153 en 154), en 29 maart 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, Jurispr. blz. I-2647, punt 29).

25 — Punten 32-34.

cashflowvoordeel die daarvan een onvermijdelijk gevolg was, onevenredig was.

31. Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Zweden betogen dat grote praktische bezwaren in de weg staan aan de introductie van een stelsel dat de aftrek van verliezen combineert met een naheffing. Zoals ik hiervoor al zei, lijkt het er echter op dat de Duitse wettelijke regeling vroeger een dergelijk stelsel inhield; Lidl en de Commissie hebben ook onweersproken gesteld dat een wettelijke regeling die in wezen hetzelfde resultaat had, in Duitsland van kracht was van 1969 [26] tot de intrekking ervan in 1999. [27] Bovendien staan volgens een recente mededeling van de Commissie [28] momenteel vijf lidstaten aftrek van verliezen van vaste inrichtingen in een andere lidstaat toe, ondanks het feit dat de winst op grond van een dubbelbelastingverdrag is vrijgesteld. Tegen die achtergrond kan het argument dat grote praktische bezwaren aan een dergelijk stelsel in de weg staan, moeilijk ernstig worden genomen. [29] Hoe dan ook kunnen praktische bezwaren geen rechtvaardiging vormen voor een schending van een door het Verdrag gewaarborgde vrijheid. [30]

32. Ik ben het dan ook met Lidl, de Finse regering en de Commissie eens dat de nationale wettelijke regeling verder gaat dan nodig is voor het bereiken van de doelstellingen van handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en van het vermijden van een dubbele verrekening van verliezen.

33. Ten slotte stelt Duitsland (meer) subsidiair dat, zo het Hof mocht oordelen dat de vrijheid van vestiging is geschonden, het de gevolgen van het arrest in de tijd zou moeten beperken.

34. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt duidelijk dat de mogelijke financiële gevolgen die een prejudicieel arrest voor een lidstaat

26 — § 2 van het Gesetz über steuerliche Maßnahmen bei Auslandinvestitionen der deutschen Wirtschaft van 18 augustus 1969 (BGBl. 1969 I, blz. 1211, 1214).

27 — Bij het Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 van 24 maart 1999 (BGBl. 1999 I, blz. 402).

28 — Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité betreffende de fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties [COM(2006) 824 def. van 19 december 2006]; zie punt 2.2(b)(2).

29 — Opgemerkt moet worden dat krachtens richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen en heffingen op verzekeringspremies (PB L 336, blz. 15) een lidstaat de bevoegde autoriteiten van een andere lidstaat kan verzoeken om alle inlichtingen om hem in staat te stellen het juiste bedrag van de vennootschapsbelasting vast te stellen.

30 — Arrest Commissie/Frankrijk (aangehaald in voetnoot 19, punt 29), waarin wordt verwezen naar punt 30 van de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer: „Zodra vaststaat dat het nagestreefde doel met andere middelen kan worden bereikt, verbiedt het evenredigheidsbeginsel dat eenvoudige administratieve problemen tot dwingende redenen worden verheven om een discriminerende behandeling te rechtvaardigen, die, in zoverre zij tegen de vermelde vrijheden indruist, enkel met bijzonder sterke argumenten geoorloofd zou kunnen zijn." Zie ook arrest Test Claimants in the FII Group Litigation (aangehaald in voetnoot 24, punten 155-157).

zou kunnen hebben, op zich geen rechtvaardiging vormen voor een beperking van de werking in de tijd van dit arrest, en dat een dergelijke beperking slechts in zeer specifieke omstandigheden kan worden opgelegd, namelijk wanneer er gevaar bestaat voor ernstige economische repercussies, inzonderheid gezien het grote aantal op basis van de geldig geachte wettelijke regeling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, en wanneer blijkt dat zowel particulieren als de nationale autoriteiten tot een met het gemeenschapsrecht strijdig gedrag zijn gebracht op grond van een objectieve, grote onzekerheid over de strekking van de communautaire bepalingen, aan welke onzekerheid het gedrag van andere lidstaten of van de Commissie eventueel heeft bijgedragen. [31]

35. In deze zaak ben ik het met Lidl eens dat niet is voldaan aan de tweede van die cumulatieve voorwaarden. Ik kan niet aanvaarden dat Duitsland, toen het de vroegere wetgeving introk en dus eigenlijk de litigieuze maatregel weer invoerde, redelijkerwijs kan worden geacht daartoe te zijn gebracht door objectieve, grote onzekerheid over de strekking van artikel 43 EG. In 1999 had het Hof reeds beslist dat nationale wettelijke regelingen die groepsaftrek in wezen verbieden wanneer de meeste van de dochtervennootschappen in andere lidstaten zijn gevestigd, in strijd zijn met artikel 43 EG [32], en dat de vrijheid van vennootschappen die hun recht van vestiging uitoefenen om te kiezen voor een dochtervennootschap of een filiaal (vaste inrichting) niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen. [33] Bovendien maakt het uit 1991 daterende voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de verliezen van hun in andere lidstaten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen [34] het standpunt van de Commissie duidelijk: nationale wettelijke regelingen die niet toestaan dat ondernemingen de verliezen van hun in andere lidstaten gevestigde vaste inrichtingen in rekening te brengen, zijn onverenigbaar met de interne markt. [35]

36. Ik geloof dan ook niet dat er in deze zaak enige reden is om de gevolgen van het arrest in de tijd te beperken.

31 — Zie laatstelijk arrest van 18 januari 2007, Brzeziński (C-313/05, Jurispr. blz. I-513, punten 57 en 58).

32 — Arrest van 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695).

33 — Arrest van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk (270/83, Jurispr. blz. 273, punt 22).

34 — Aangehaald in voetnoot 21.

35 — Zie de eerste overweging van de considerans en punt 1 van de toelichting.

Conclusie

37. Gelet op hetgeen voorafgaat, geef ik het Hof in overweging de vraag van het Bundesfinanzhof te beantwoorden als volgt:

„Het is onverenigbaar met artikel 43 EG dat een lidstaat een vennootschap belet, verliezen die een vaste inrichting in een andere lidstaat lijdt, af te trekken bij de bepaling van haar belastbare winst, op grond dat ingevolge de relevante overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting de inkomsten van die vaste inrichting in de eerste lidstaat niet worden belast."