CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. WATHELET
van 3 september 2015 [1]

Zaak C-388/14

Timac Agro Deutschland GmbH
tegen
Finanzamt Sankt Augustin

[verzoek van het Finanzgericht Köln (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Vrijheid van vestiging — Artikel 49 VWEU — Aftrek van de winst van een vennootschap van de verliezen van haar vaste inrichting in een andere lidstaat — Belastingwetgeving van een lidstaat die voorziet in de bijtelling van die verliezen in geval van overdracht van bedoelde vaste inrichting”

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 49 VWEU. In het bijzonder heeft het betrekking op de aftrek door een in een lidstaat gevestigde vennootschap van de verliezen van haar vaste inrichting in een andere lidstaat, een thema waarover het Hof zich reeds meerdere malen heeft uitgesproken sinds zijn arrest Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

I – **Toepasselijke bepalingen**

A – *Unierecht*

2. Artikel 49 VWEU garandeert de vrijheid van vestiging voor de onderdanen van lidstaten van de Europese Unie. Het luidt:

„[...] beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat [zijn] 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.”

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

B – *Duits recht*

3. In § 2 a, lid 3, eerste tot en met vierde volzin, van het Einkommensteuergesetz (de Duitse wet op de inkomstenbelasting; hierna: „EStG"), zoals van toepassing voor de aanslagjaren 1997 en 1998, wordt bepaald:

„[1.] Indien de inkomsten uit industriële of commerciële activiteiten van een in een andere staat gelegen vaste inrichting vrijgesteld zijn van de inkomstenbelasting op grond van een overeenkomst ter vermijding van dubbele belastingheffing, dient op verzoek van de belastingplichtige het verlies dat deze inkomsten volgens de nationale fiscale bepalingen opleveren, in mindering te worden gebracht bij de berekening van het totaal van de inkomsten, voor zover de belastingplichtige dat verlies zou kunnen verrekenen of in mindering zou kunnen brengen indien de inkomsten niet waren vrijgesteld van inkomstenbelasting, en voor zover het hoger is dan de door die overeenkomst vrijgestelde positieve inkomsten van industriële of commerciële activiteiten van andere in diezelfde staat gelegen vaste inrichtingen. [2.] Voor zover het verlies niet op die wijze werd verrekend, is de aftrek van verliezen toegestaan, mits wordt voldaan aan de voorwaarden van § 10 d. [3.] Indien de totale inkomsten uit industriële of commerciële activiteiten van de vaste inrichtingen in die andere staat, die door de overeenkomst zijn vrijgesteld voor de inkomstenbelasting, in een later aanslagjaar positief zijn, dient het uit hoofde van de eerste en de tweede volzin in mindering gebrachte verlies weer te worden meegeteld bij de berekening van de totale inkomsten over dat aanslagjaar. [4.] De derde volzin is niet van toepassing indien de belastingplichtige aantoont dat hij op grond van de bepalingen van de andere staat die op hem van toepassing zijn, in het algemeen geen verliezen in andere jaren kan aftrekken dan in het jaar waarin hij die verliezen leed."

4. § 52, lid 3, derde en vijfde volzin, EStG, zoals van toepassing in 2005, luidt:

„§ 2 a, lid 3, derde, vijfde en zesde volzin, zoals gepubliceerd op 16 april 1997 (BGBl. 1997 I, blz. 821) blijft van toepassing voor de aanslagjaren 1999 tot en met 2008 voor zover er sprake is van een positief inkomen in de zin van § 2 a, lid 3, derde volzin, of voor zover een in een andere staat gelegen vaste inrichting in de zin van § 2 a, lid 4, in de bewoordingen van de vijfde volzin, wordt omgezet in een kapitaalvennootschap, wordt overgedragen of wordt gesloten. [...] § 2 a, lid 4, is voor de aanslagjaren 1999 tot en met 2008 van toepassing in de volgende bewoordingen:

‚4. Indien een in een andere staat gelegen vaste inrichting

1. wordt omgezet in een kapitaalvennootschap of

2. onder bezwarende titel of om niet wordt overgedragen of

3. wordt gesloten [...], dan wordt het op grond van lid 3, eerste en tweede volzin, afgetrokken verlies weer meegerekend bij het totaalbedrag van de inkomsten tijdens het aanslagjaar waarin de omzetting, de overdracht of de sluiting plaatsvond, waarbij lid 3, derde volzin, op analoge wijze wordt toegepast, voor zover dat verlies niet werd meegerekend of nog zal worden meegerekend uit hoofde van lid 3, derde volzin.'"

C – *Overeenkomsten ter vermijding van dubbele belastingheffing*

5. Artikel 4, lid 1, van de Overeenkomst tussen de Bondsrepubliek Duitsland en de Republiek Oostenrijk ter vermijding van dubbele belastingheffing op het gebied van de inkomsten- en vermogensbelastingen alsmede de bedrijfsbelastingen en grondbelasting van 4 oktober 1954 (BGBl. 1955 II, blz. 749), zoals gewijzigd bij de overeenkomst van 8 juli 1992 (BGBl. 1994 II, blz. 122), bepaalt:

„Wanneer een persoon met woonplaats in één der overeenkomstsluitende staten inkomsten verkrijgt als ondernemer of medeondernemer van een industriële of handelsonderneming die haar activiteiten ook op het grondgebied van de andere overeenkomstsluitende staat verricht, komt het recht om deze inkomsten te belasten deze andere staat alleen toe voor zover zij afkomstig zijn van een vaste inrichting op zijn grondgebied."

6. Artikel 7, lid 1, van de Overeenkomst tussen de Bondsrepubliek Duitsland en de Republiek Oostenrijk ter vermijding van dubbele belastingheffing op het gebied van de inkomsten- n vermogensbelastingen van 24 augustus 2000 (BGBl. 2000 II, blz. 734; hierna: „Duits-Oostenrijkse overeenkomst"), bepaalt:

„Winst van een onderneming van een verdragsluitende staat is alleen in die staat belastbaar, tenzij de onderneming in de andere verdragsluitende staat haar bedrijf uitoefent met behulp van een aldaar gevestigde vaste inrichting. Indien de onderneming aldus haar bedrijf uitoefent, mag de winst van de onderneming in de andere staat worden belast, maar slechts in zoverre als zij aan die vaste inrichting kan worden toegerekend."

7. Artikel 23, lid 1, eerste volzin, van de Duits-Oostenrijkse overeenkomst luidt:

„De belasting voor in de Bondsrepubliek Duitsland wonende personen wordt vastgesteld als volgt:

a) onder voorbehoud van onderstaand punt b) zijn inkomsten uit de Republiek Oostenrijk en in de Republiek Oostenrijk gelegen vermogensbestanddelen die uit hoofde van deze overeenkomst belastbaar zijn in de Republiek Oostenrijk, geen grondslag voor de Duitse belastingheffing."[2]

II – **Feiten van het hoofdgeding**

8. Timac Agro Deutschland (hierna: „Timac Agro") is een kapitaalvennootschap naar Duits recht. Zij behoort tot een Frans concern. Sedert 1997 had zij een vaste inrichting in Oostenrijk. Op 31 augustus 2005 is de Oostenrijkse vaste inrichting onder bezwarende titel overgedragen aan een in Oostenrijk gevestigde vennootschap, die tot hetzelfde concern behoort als Timac Agro. De overeenkomst tot overdracht betrof in het bijzonder roerende en onroerende zaken. Het klantenbestand is overgedragen voor één euro, aangezien de klanten reeds tot het klantenbestand van de verwervende zustervennootschap behoorden.

9. Destijds is de vraag gerezen hoe om te gaan met de verliezen van die niet-ingezeten vaste inrichting, want tussen 1997 en 2005 heeft de voornoemde Oostenrijkse vaste inrichting over al haar boekjaren met uitzondering van de jaren 2000 en 2005 verlies geleden; die verliezen werden door Timac Agro in Duitsland afgetrokken.

2 — Artikel 23, lid 1, punt b), is niet van belang voor de behandeling van de prejudiciële vragen die de verwijzende rechter stelt. Overigens verwijst laatstgenoemde er in zijn beslissing niet naar, terwijl partijen er ook geen schriftelijke opmerkingen over hebben ingediend.

10. Naar aanleiding van een belastingcontrole zijn de heffingsgrondslagen van Timac Agro over de jaren 1997 tot en met 2004 herzien. Enerzijds zijn de verliezen van de Oostenrijkse vaste inrichting over de jaren 1997 en 1998, die aanvankelijk waren afgetrokken van de inkomsten van Timac Agro, bijgeteld bij de belastbare inkomsten over het jaar 2005. Anderzijds is geweigerd om de verliezen van die vaste inrichting over de jaren 1999 tot en met 2004 in aanmerking te nemen bij de heffingsgrondslagen van Timac Agro.

11. Timac Agro, dat deze herzieningen betwist, heeft beroep ingesteld bij het Finanzgericht Köln. Ter staving van dat beroep stelt zij dat zowel de bijtelling van de verliezen van haar Oostenrijkse vaste inrichting over de jaren 1997 en 1998, als de onmogelijkheid om de verliezen van die vaste inrichting over de jaren 1999 tot en met 2004 af te trekken in strijd is met de vrijheid van vestiging.

12. Wat de bewuste bijtelling betreft, meent de verwijzende rechter dat het Hof nog niet de vraag heeft beantwoord of de bijtelling van verliezen naar aanleiding van de overdracht van een niet-ingezeten vaste inrichting in overeenstemming is met het Unierecht.

13. De verwijzende rechter wijst erop dat de feiten die leidden tot het arrest Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588) weliswaar deels vergelijkbaar zijn met de feiten in het hoofdgeding, maar dat in dat arrest sprake was van bijtelling van de verliezen van de niet-ingezeten vaste inrichting ten belope van haar winst. In het hoofdgeding daarentegen is overgegaan tot bijtelling van de verliezen vanwege de overdracht van de niet-ingezeten vaste inrichting zonder dat sprake is van enig verband met eventuele winst van die vaste inrichting.

14. Bijgevolg vraagt de verwijzende rechter zich af – in de veronderstelling dat het Hof van oordeel is dat de principes van het arrest Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588) in dit geval eveneens van toepassing zijn – of het in de punten 55 en 56 van het arrest Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763) door het Hof geformuleerde principe van de definitieve verliezen (hierna: „Marks & Spencer-uitzondering”)[3] van toepassing zou kunnen zijn op de verliezen over de boekjaren 1997 en 1998, die nu zij weer zijn bijgeteld, niet meer in Duitsland in aanmerking worden genomen.

15. Wat betreft de weigering om de verliezen van de Oostenrijkse vaste inrichting over de jaren 1999 tot en met 2004 in aanmerking te nemen, wijst de verwijzende rechter erop dat de Republiek Oostenrijk op grond van het bepaalde in de Duits-Oostenrijkse overeenkomst de exclusieve bevoegdheid had om belasting te heffen over de inkomsten van die Oostenrijkse vaste inrichting. De in de overeenkomst ter vermijding van dubbele belastingheffing opgenomen regeling is derhalve niet alleen van toepassing op winsten maar ook op verliezen. Bijgevolg kan het beroep van Timac Agro alleen slagen indien die overeenkomst in strijd zou zijn met de vrijheid van vestiging.

16. De verwijzende rechter vraagt zich ook af of definitieve verliezen in de zin van de Marks & Spencer-uitzondering over deze periode in aanmerking zouden moeten worden genomen. Voor hem zijn tot op heden de criteria niet duidelijk in welke gevallen de Marks & Spencer-uitzondering van toepassing is.

17. In dat kader heeft het Finanzgericht Köln besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing.

3 — Kort gezegd heeft het Hof in dat arrest (punten 55 en 56) geoordeeld dat een restrictieve maatregel met betrekking tot de verrekening van verliezen van niet-ingezeten dochtervennootschappen disproportioneel kan zijn ingeval de niet-ingezeten dochtervennootschap de mogelijkheden van verliesverrekening in haar vestigingsstaat heeft uitgeput; het staat aan de moedermaatschappij om dit aan te tonen.

III – **Prejudiciële vraag en procesverloop voor het Hof**

18. Bij beslissing van 19 februari 2014, ingekomen bij het Hof op 14 augustus 2014, heeft het Finanzgericht Köln besloten het Hof krachtens artikel 267 VWEU te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 49 VWEU [...] aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling zoals die van § 52, lid 3, EStG, voor zover daarin wordt bepaald dat de bijtelling van verliezen van een [niet-ingezeten] vaste inrichting die vroeger van de heffingsgrondslag [van de ingezeten moedermaatschappij] zijn afgetrokken, niet gebeurt vanwege het behalen van winst maar vanwege de overdracht van deze vaste inrichting aan een andere kapitaalvennootschap die tot hetzelfde concern als de verkoper behoort?

2) Moet artikel 49 VWEU [...] aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling zoals die van artikel 23, lid 1, onder a), van de [Duits-Oostenrijkse overeenkomst], op basis waarvan inkomsten uit Oostenrijk worden uitgesloten van de heffingsgrondslag van de Duitse belasting indien deze inkomsten in Oostenrijk kunnen worden belast, wanneer het door een Oostenrijkse vaste inrichting van een Duitse kapitaalvennootschap geleden verlies niet meer in Oostenrijk kan worden verrekend, omdat de vaste inrichting is overgedragen aan een Oostenrijkse kapitaalvennootschap die tot hetzelfde concern behoort als de Duitse kapitaalvennootschap?”

19. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door het Finanzamt Sankt Augustin, de Duitse, de Franse en de Oostenrijkse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk, alsook door de Europese Commissie.

20. Alle partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend stellen voor om de prejudiciële vragen negatief te beantwoorden, zij het dat de Commissie een meer genuanceerd antwoord[4] gaf en dat het Verenigd Koninkrijk in zijn schriftelijke opmerkingen niet inging op de eerste vraag.

21. Deze partijen hebben ook mondelinge opmerkingen gemaakt ter terechtzitting van 1 juli 2015.

IV – **Analyse**

A – *Voorafgaand vereiste van vergelijkbaarheid van de situaties*

1. Heffing van directe belastingen en het Unierecht

22. Weliswaar behoren de directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten, maar deze zijn verplicht om die bevoegdheid in overeenstemming met het Unierecht uit te oefenen[5], en meer in het bijzonder met de Verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer: in deze zaak staat de in artikel 49 VWEU bekrachtigde vrijheid van vestiging centraal.

4 — Ten aanzien van het principe stelt de Commissie dat in geval van een overdracht van een niet-ingezeten vaste inrichting bijtelling van eerder afgetrokken verliezen gerechtvaardigd kan zijn vanwege dwingende redenen van algemeen belang met betrekking tot de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en de voorkoming van belastingontwijking. Maar zij meent dat een dergelijke maatregel alleen proportioneel is indien de bijtelling beperkt blijft tot het bedrag van de door die vaste inrichting gerealiseerde winst met inbegrip van eventuele winst die ten tijde van de overdracht wordt „verborgen” in de prijs voor de overdracht. Als twijfels bestaan over de waarde van de transactie staat het Unierecht toe dat de staat waar de moedermaatschappij gevestigd is, nagaat of de prijs voor de overdracht voldoet aan het „arm length”-criterium.

5 — Zie onder andere: arresten Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punt 21), Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 29), Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, punt 36), Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punt 18), FIM Santander Top 25 Euro Fi (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 14) en Blanco en Fabretti (C-344/13 en C-367/13, EU:C:2014:2311, punt 24).

23. Volgens vaste rechtspraak van het Hof wordt die vrijheid belemmerd indien door een wettelijke regeling van een lidstaat een ingezeten vennootschap met een vaste inrichting in een andere lidstaat vanuit fiscaal oogpunt ongunstiger wordt behandeld dan een ingezeten vennootschap met een vaste inrichting in dezelfde lidstaat. [6]

24. In dit kader vormt een bepaling op grond waarvan verliezen van een vaste inrichting in aanmerking kunnen worden genomen bij de bepaling van de winst en de berekening van de belastbare inkomsten van de hoofdvennootschap, een fiscaal voordeel. [7] „De toekenning of de weigering van een dergelijk voordeel uit hoofde van een vaste inrichting die in een andere lidstaat dan die vennootschap is gevestigd, moet derhalve worden aangemerkt als een element dat de vrijheid van vestiging kan beïnvloeden." [8]

25. Het weigeren van dat voordeel aan alleen de in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichtingen, betekent een fiscaal ongunstiger behandeling, want hierdoor kan een vennootschap in een lidstaat van de Unie er immers van worden weerhouden om haar activiteiten uit te oefenen via een vaste inrichting in een andere lidstaat. Maar dit verschil in behandeling vormt volgens de rechtspraak van het Hof slechts dan een bij artikel 49 VWEU verboden beperking, indien de situaties objectief vergelijkbaar zijn. [9]

26. Met andere woorden, tenzij een dergelijk verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang [10], is het alleen verenigbaar met de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging indien het betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn. [11]

2. Vereiste van objectieve vergelijkbaarheid

a) Criteria

27. Zelfs als het vereiste van objectieve vergelijkbaarheid van zuiver binnenlandse en grensoverschrijdende situaties voor het uit hoofde van vrij verkeer verbinden van sancties aan een verschillende fiscale behandeling tussen een niet-ingezetene en een ingezetene (of in dit geval: tussen een in Duitsland gevestigde vennootschap met een vaste inrichting in Oostenrijk en een andere in Duitsland gevestigde vennootschap met een vaste inrichting op hetzelfde grondgebied) eerder doet

6 — Zie in die zin arrest Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

7 — Zie in die zin arresten Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punt 23), Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, punt 32) en Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 20).

8 — Arrest Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, punt 32).

9 — Zie in die zin arresten Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, punt 46), Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, punt 17), A (C-123/11, EU:C:2013:84, punt 33) en Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 23).

10 — Zie in die zin arrest Felixstowe Dock and Railway Company e.a. (C-80/12, EU:C:2014:200, punt 25).

11 — Er zij op gewezen dat het Hof in het arrest SCA Group Holding e.a. (C-39/13–C-41/13, EU:C:2014:1758) de vergelijkbaarheid van de situaties, anders dan gebruikelijk, heeft onderzocht in het kader van zijn onderzoek naar eventuele rechtvaardigingen voor de eerder vastgestelde beperking (punten 28-31 en punt 52).

denken aan discriminatie dan aan een eenvoudige belemmering of beperking, komt dit vereiste voortdurend terug in de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de verhouding tussen de bepalingen van het Verdrag betreffende de belangrijke vrijheden van verkeer en de nationale directe belastingen. [12]

28. In de rechtspraak van het Hof worden de fiscale situaties van ingezetenen en niet-ingezetenen in de meeste gevallen objectief vergelijkbaar geoordeeld [13], waarbij de vergelijkbaarheid moet worden beoordeeld op basis van het door de betrokken nationale fiscale bepalingen nagestreefde doel [14].

29. Er moet echter voor worden gewaakt dat de analyse zich niet enkel beperkt tot het doel van de betrokken maatregel, met het risico van een onjuist beeld van de gehele fiscale situatie van degene tot wie de norm zich richt.

30. Wanneer men immers aanneemt dat een maatregel die de belastingplichtige de mogelijkheid biedt om verliezen van zijn vaste inrichtingen af te trekken, waarschijnlijk beoogt de heffingsgrondslag van die belastingplichtige te verlagen en dat die maatregel op zichzelf beschouwd wordt geanalyseerd, dan zullen de situaties van een vennootschap met een ingezeten vestiging en van een vennootschap met een niet-ingezeten vestiging steeds vergelijkbaar zijn. Zowel de ene als de andere zal willen profiteren van de aftrekbaarheid teneinde de heffingsgrondslag te verlagen. [15]

31. Per slot van rekening is, zoals advocaat-generaal Jääskinen recent uitlegde in zijn conclusie in de gevoegde zaken Miljoen e.a. (C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:429), de doorslaggevende factor bij de vergelijking van de situaties van ingezeten en niet-ingezeten belastingplichtigen in het licht van een eventuele bij het Verdrag verboden beperking „*niet de doelstelling* van de litigieuze regeling [...] *maar eerder* het feit dat een regeling van een lidstaat geen verschil in behandeling mag invoeren dat *in de praktijk tot gevolg* heeft *dat de belastingdruk* voor niet-ingezetenen *uiteindelijk hoger* is, en hen zodoende kan ontmoedigen om van deze vrijheid gebruik te maken”. [16]

32. Bij die aanpak moet eerst worden onderzocht of de betrokken lidstaat (in dit geval de lidstaat waar de hoofdvennootschap gevestigd is, en die postuleert dat de verliezen van een niet-ingezeten vaste inrichting worden afgetrokken) wel of niet bevoegd is om belasting te heffen over de betrokken inkomsten.

12 — Dat het Hof hoe langer hoe meer is gaan aarzelen om te spreken van discriminatie terwijl het wel bleef vasthouden aan het vereiste van de vergelijkbaarheid van de situaties, komt waarschijnlijk omdat het de mogelijkheid wil behouden om dwingende redenen van algemeen belang als rechtvaardiging te onderzoeken, en niet alleen de limitatief in het Verdrag opgesomde rechtvaardigingsgronden. Behalve ten aanzien van het vrije verkeer van goederen, dat hier niet in geding is, aanvaardt het Verdrag immers alleen de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid als rechtvaardigingsgronden voor discriminatie. Op dergelijke gronden kan op het gebied van de directe belastingen moeilijk een beroep worden gedaan. Maar het Hof heeft in zijn rechtspraak geoordeeld dat dit de enige rechtvaardigingsgronden zijn in geval van discriminatie, waardoor het ipso facto de dwingende redenen van algemeen belang uitsloot. Overigens heeft het Hof zich op dit punt enkele keren tegengesproken. Zo heeft het Hof in het arrest Svensson en Gustavsson (C-484/93, EU:C:1995:379), nadat het eerst expliciet had uitgesloten dat de vastgestelde discriminatie kon worden gerechtvaardigd om dwingende redenen van algemeen belang, toch zijn redenering vervolgd door na te gaan of het argument betreffende de samenhang van een belastingregeling wel of niet moest worden aanvaard. Ook al werd dit argument ten slotte verworpen, het Hof had het principieel niet mogen onderzoeken, aangezien die rechtvaardigingsgrond niet uitdrukkelijk in het Verdrag wordt genoemd.

13 — Ten aanzien van vaste inrichtingen in het buitenland heeft het Hof bijvoorbeeld in het arrest X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89) geoordeeld: „De situatie van een ingezeten moedervennootschap die met een ingezeten dochteronderneming een fiscale eenheid wil vormen, is uit het oogpunt van de doelstelling van een belastingregeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, objectief vergelijkbaar met de situatie van een ingezeten moedervennootschap die met een niet-ingezeten dochteronderneming een fiscale eenheid wil vormen, voor zover beide in aanmerking willen komen voor de voordelen van deze regeling, waardoor met name de winst en het verlies van de in de fiscale eenheid opgenomen vennootschappen kunnen worden geconsolideerd op het niveau van de moedervennootschap en de intragroepstransacties fiscaal neutraal kunnen blijven” (punt 24).

14 — Zie in die zin arresten X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punt 22), Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, punt 17), A (C-123/111, EU:C:2013:84, punt 33) en Felixstowe Dock and Railway Company e.a. (C-80/12, EU:C:2014:200, punt 25).

15 — Zoals advocaat-generaal Kokott al pertinent opmerkte in haar conclusie in de zaak A (C-123/11, EU:C:2012:488): „Indien [...] in dit verband voldoende [is] dat in beide gevallen ingezeten belastingplichtigen in aanmerking willen komen voor de voordelen van een fiscale regeling, dan heeft de toetsing van die voorwaarde slechts een formeel karakter, aangezien hieraan in elk geval [...] zal zijn voldaan” (punt 40).

16 — Punt 55. In zijn conclusie pleit advocaat-generaal Jääskinen er ook voor om de situatie „in haar geheel” te bezien, overwegende dat „*het geheel van de belasting* naar het [betrokken] inkomen [...] in het onderzoek [*moet*] *worden betrokken*” (punt 62, cursiveringen door mij).

b) Toepassing

33. In het algemeen zijn de gevallen waarin het Hof heeft geoordeeld dat de objectieve niet-vergelijkbaarheid van de situaties van ingezetenen en niet-ingezetenen ertoe leidde dat het verschil in fiscale behandeling niet strijdig was met het vrije verkeer, uiteindelijk zeer zeldzaam. [17]

34. Ik zou de rechtspraak van het Hof met betrekking tot het onderhavige probleem, namelijk de aftrek door een in een lidstaat ingezeten vennootschap van de verliezen van een vaste inrichting die zij heeft in een andere lidstaat, als volgt samenvatten.

35. Het Hof heeft in de hierop betrekking hebbende zaken voortdurend een beperking van de vrijheid van vestiging vastgesteld na te hebben geoordeeld dat de situatie waarin zich enerzijds de in een lidstaat ingezeten vennootschap met een vaste inrichting in een andere lidstaat en anderzijds de in een lidstaat ingezeten vennootschap met een vaste inrichting in diezelfde lidstaat bevonden, vergelijkbaar waren. Die vergelijkbaarheid kon expliciet [18] of impliciet [19] worden vastgesteld.

36. Het Hof heeft ook geoordeeld dat er sprake was van vergelijkbare situaties in gevallen waarin een lidstaat had besloten om belasting te heffen over de winsten van vaste inrichtingen in andere lidstaten. In die gevallen heeft de lidstaat immers „[deze inrichtingen] [...] gelijkgesteld met ingezeten vaste inrichtingen”. [20]

37. De situaties van ingezetenen en niet-ingezetenen zijn echter niet vergelijkbaar wat betreft het belastingstelsel van een lidstaat indien die lidstaat de bevoegdheid om belasting van niet-ingezetenen te heffen, niet heeft of niet uitoefent.

38. Datzelfde vereiste verklaart ook het vermoeden dat het Hof uitdrukte in het arrest Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087), namelijk dat „vaste inrichtingen in een andere lidstaat [...] zich [...] niet in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van ingezeten vaste inrichtingen, *wat betreft de door een lidstaat vastgestelde maatregelen om de dubbele belasting op de winst van een ingezeten vennootschap te voorkomen of te beperken*”. [21]

39. Die gedachte is niet nieuw. Zo had het Hof al in het arrest Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773) geoordeeld dat individuele aandeelhouders van een niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervennootschap niet op hetzelfde belastingkrediet recht hadden als individuele aandeelhouders van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervennootschap over de door in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochterondernemingen betaalde dividenden, terwijl over die uitgaande dividenden in het Verenigd Koninkrijk geen belasting werd geheven. Het Hof verduidelijkte in het arrest dat dit anders zou zijn, indien het Verenigd Koninkrijk uit hoofde van een overeenkomst ter vermijding van dubbele belastingheffing of op grond van een eenzijdige beslissing het recht had behouden om uitgaande dividenden in het Verenigd Koninkrijk aan de inkomstenbelasting te onderwerpen.

17 — Ik wijs met name op de principiële niet-vergelijkbaarheid van de situaties van ingezetenen en niet-ingezetenen ten opzichte van fiscale bepalingen met betrekking tot voordelen in de persoonlijke situatie en de gezinssituatie van de belastingplichtige (behalve wanneer de niet-ingezetene niet over substantiële inkomsten in zijn vestigingsstaat beschikt). Zie arrest Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31) en voor een recente toepassing arrest Kieback (C-9/14, EU:C:2015:406). Zie ook arresten Blanckaert (C-512/03, EU:C:2005:516) en Schulz-Delzers en Schulz (C-240/10, EU:C:2011:591).

18 — Zie met name arresten Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, punt 19), A (C-123/11, EU:C:2013:84, punt 35) en Felixstowe Dock and Railway Company e.a. (C-80/12, EU:C:2014:200, punt 26).

19 — Zie arresten Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punten 33 en 34), Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punten 25 en 26) en Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, punten 35-39).

20 — Arrest Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 24). Zie in die zin ook arrest Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773), waarin het Hof oordeelde: „Zodra een lidstaat, hetzij unilateraal hetzij door het sluiten van overeenkomsten, niet alleen ingezeten aandeelhouders, maar ook niet-ingezeten aandeelhouders voor het dividend dat zij van een ingezeten [moeder]vennootschap ontvangen, aan de inkomstenbelasting onderwerpt, benadert de situatie van deze niet-ingezeten aandeelhouders evenwel die van de ingezeten aandeelhouders” (punt 68).

21 — Punt 24. Cursivering door mij.

40. Gelet op die overwegingen oordeelde het Hof dat de artikelen 49 VWEU en 63 VWEU „zich niet ertegen verzetten dat een lidstaat, in geval van uitkering van dividend door een in die staat gevestigde vennootschap, aan de vennootschappen die dit dividend ontvangen en eveneens in deze staat zijn gevestigd, een belastingkrediet toekent dat overeenkomt met het gedeelte van de door de uitkerende vennootschap over de uitgekeerde winst betaalde belasting, maar geen belastingkrediet toekent aan in een andere lidstaat gevestigde ontvangende vennootschappen die in de eerste staat niet aan belasting onderworpen zijn voor dit dividend”.[22]

41. Kortom, alleen indien het verschil in behandeling betrekking heeft op vergelijkbare situaties, kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging, en die beperking kan dan alleen in overeenstemming zijn met het Verdrag indien zij wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.

B – *Toepassing in de onderhavige zaak*

1. Noodzaak voor het onderscheiden van twee perioden voor de toepassing van de betrokken Duitse wetgeving

42. Vóór het aanslagjaar 1999 was het mogelijk om van alle inkomsten van een in Duitsland gevestigde onderneming de verliezen af te trekken die een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting leed. Die verliezen werden in beginsel in twee gevallen weer bijgeteld: ofwel ingeval de vaste inrichting in het buitenland winst maakte (en in dat geval ten belope van die winst), ofwel in geval van omzetting, overdracht of sluiting van voornoemde vaste inrichting. Maar vanaf aanslagjaar 1999 werd bij § 52, lid 3, EStG § 2 a, lid 3, eerste volzin, EStG ingetrokken, waardoor de aftrek van die verliezen niet langer mogelijk was.

43. Die wetswijziging verklaart de twee prejudiciële vragen van de verwijzende rechter, die betrekking hebben op verschillende wetgeving.

2. De eerste prejudiciële vraag

44. Met de eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 49 VWEU zich verzet tegen een bepaling als § 52, lid 3, EStG, die voorziet in de bijtelling van verliezen van een niet-ingezeten vaste inrichting, die eerder in aanmerking werden genomen om de heffingsgrondslag van de ingezeten hoofdvennootschap te verlagen, niet vanwege het behalen van winst, maar vanwege de overdracht van die vaste inrichting aan een andere niet-ingezeten kapitaalvennootschap die tot hetzelfde concern als de verkoper behoort.

45. Zoals de verwijzende rechter al opmerkte, wordt het Hof niet voor het eerst om een uitspraak over deze fiscale regeling verzocht.

22 — Arrest Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, punt 74). Zie voor een recent geval waarin het Hof heeft vastgesteld dat het objectieve situatieverschil voortvloeide uit het feit dat een lidstaat na het sluiten van een overeenkomst tot vermijding van dubbele belastingheffing afstand had gedaan van zijn heffingsbevoegdheid voor dividenden die worden uitgekeerd door in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen: arrest Kronos International (C-47/12, EU:C:2014:2200, punten 80-82).

a) Bestaan van een beperking

46. In het arrest Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588) heeft het Hof in deze fiscale regeling immers een beperking van de vrijheid van vestiging gezien, maar heeft het toch geoordeeld dat de bijtelling van de verliezen – in dit geval naar aanleiding van het behalen van winst door de vaste inrichting in het buitenland die eerder de bedoelde verliezen leed, en niet naar aanleiding van de overdracht van die inrichting – gerechtvaardigd was door de noodzaak om de samenhang van de Duitse fiscale regeling te garanderen. [23] Bovendien werd de maatregel geschikt geoordeeld om dit doel te verwezenlijken en evenredig aan dit doel. [24]

47. Voordat het Hof concludeerde dat er sprake was van een beperking, heeft het impliciet aangenomen dat de situaties vergelijkbaar waren toen het vaststelde dat de Bondsrepubliek Duitsland – door toe te staan dat de hoofdvennootschap de verliezen van haar vaste inrichting in Oostenrijk aftrok – „de binnenlandse hoofdvennootschap van de in Oostenrijk gevestigde vaste inrichting eenzelfde fiscaal voordeel [had] verleend als wanneer die vaste inrichting in Duitsland was gevestigd”. [25]

48. Vervolgens oordeelde het Hof dat de Duitse fiscale regeling dit fiscale voordeel weer had weggenomen door de verliezen van de vaste inrichting in Oostenrijk op te nemen in de heffingsgrondslag van de hoofdvennootschap en „daarmee ingezeten vennootschappen met vaste inrichtingen in Oostenrijk in fiscaal opzicht minder gunstig [had] behandeld dan ingezeten vennootschappen met een vaste inrichting die eveneens in Duitsland is gevestigd”. [26]

49. Die conclusie maakte een onderzoek noodzakelijk naar eventuele dwingende redenen van algemeen belang die de beperking van de vrijheid van vestiging kunnen rechtvaardigen. [27]

b) Bestaan van een rechtvaardiging

50. Op de eerste plaats was het Hof in het arrest Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588) van oordeel dat de bijtelling van de verliezen naar aanleiding van het behalen van winst door de vaste instelling in het buitenland die eerder de bedoelde verliezen leed, gerechtvaardigd was door de noodzaak om de samenhang van de Duitse fiscale regeling te garanderen. [28] Bovendien was de maatregel geschikt om voornoemd doel te verwezenlijken en evenredig aan dat doel. [29]

51. Het Hof merkt immers op „dat de bijtelling van verliezen waarin de Duitse fiscale regeling voorziet die in het hoofdgeding aan de orde is, niet los kan worden gezien van het feit dat die verliezen eerder in aanmerking zijn genomen. Deze bijtelling, in het geval van een vennootschap die een in een andere staat gevestigde vaste inrichting bezit ten aanzien waarvan de vestigingsstaat van die vennootschap geen heffingsbevoegdheid bezit, weerspiegelt [...] een symmetrische logica. Er bestond dus een rechtstreeks, persoonlijk en feitelijk verband tussen de twee elementen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde fiscale regeling, daar die bijtelling het logische complement was van de eerder toegestane aftrek.” [30]

23 — Punt 43.

24 — Ibidem (punten 44 en 45).

25 — Ibidem (punt 35).

26 — Arrest Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, punt 37).

27 — Ibidem (punt 40). Zie eveneens in die zin arresten Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 35) en A (C-123/11, EU:C:2013:84, punt 33).

28 — Punt 43.

29 — Ibidem (punten 44 en 45).

30 — Arrest Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, punt 42).

52. Men kan niet anders dan vaststellen dat diezelfde symmetrische logica ook geldt naar aanleiding van de overdracht van de vaste inrichting in het buitenland.

53. Het Hof had trouwens al in het arrest Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588) het volgende geconstateerd: „Aan het oordeel dat de beperking die uit die fiscale regeling voortvloeit gerechtvaardigd wordt door de noodzaak om de samenhang daarvan te waarborgen, kan evenmin worden afgedaan door het [...] feit dat de hoofdvennootschap de betrokken vaste inrichting heeft verkocht en dat de winsten en verliezen die deze vaste inrichting tijdens haar bestaan heeft behaald en geleden uiteindelijk een negatief resultaat opleverden."[31] „[D]e bijtelling van het bedrag van de verliezen van de vaste inrichting bij de resultaten van de hoofdvennootschap [is] immers het onlosmakelijke en logische complement van het feit dat zij eerder in aanmerking zijn genomen."[32]

54. Op de tweede plaats ben ik van mening dat, als niet meerdere rechtvaardigingsgronden aanwezig hoeven te zijn om te kunnen concluderen dat een beperking van de vrijheid van vestiging niet strijdig is met het Verdrag[33], de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, die, zoals het Hof in het arrest Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087) herhaalde, „[beoogt] de symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van de verliezen [...] veilig te stellen"[34], ook kan worden aangevoerd als rechtvaardigingsgrond voor de door de Duitse wet bepaalde bijtelling van verliezen in geval van overdracht van de vaste inrichting[35].

55. Als immers een lidstaat (in casu de Bondsrepubliek Duitsland) „de aldus afgetrokken verliezen niet opnieuw [zou] kunnen opnemen in de belastbare winst van de [Duitse] overdragende vennootschap, terwijl [hij] de bevoegdheid om eventuele toekomstige winst te belasten, heeft verloren, dan zou een dergelijke constructie [zijn] heffingsgrondslag kunstmatig uithollen en dus de uit de [Duits-Oostenrijkse overeenkomst] voortvloeiende verdeling van de heffingsbevoegdheid aantasten".[36]

56. In het arrest Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087) heeft het Hof het volgende gepreciseerd: „De noodzaak om deze symmetrie veilig te stellen, vereist dat de voor een vaste inrichting afgetrokken verliezen kunnen worden gecompenseerd door de belasting op de winsten van deze inrichting die worden gemaakt onder de fiscale bevoegdheid van de betrokken lidstaat, te weten *zowel de winst gemaakt tijdens de volledige periode gedurende welke deze inrichting afhing van de ingezeten vennootschap, als de winst gemaakt op het tijdstip van de overdracht van deze inrichting*."[37]

57. Anders dan het geval was in de Deense wetgeving, die aanleiding gaf tot het arrest Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087), is in het onderhavige geval de eventuele winst die gemaakt wordt bij de overdracht van een vaste inrichting in Oostenrijk niet belastbaar in Duitsland. Dan is het logisch om naar aanleiding van die overdracht de eerder in aanmerking genomen verliezen bij te tellen.

58. Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten ernstig gevaar zou lopen indien belastingplichtigen „de mogelijkheid zou worden geboden, te opteren voor verrekening van h[un] verlies in de lidstaat waar ze gevestigd [zijn], dan wel in een andere lidstaat [...], aangezien de belastinggrondslag in de eerste staat zou worden vermeerderd en in de tweede zou worden verminderd met het bedrag van het overgedragen verlies".[38] Ik ben van

31 — Punt 53.

32 — Ibidem (punt 54).

33 — Arrest Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punt 40).

34 — Punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

35 — De vereisten ten aanzien van de fiscale samenhang en de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid overlappen elkaar immers (zie in die zin arrest National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, punt 80).

36 — Arrest Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 30). Die zaak betrof het Koninkrijk Denemarken.

37 — Punt 33. Cursivering door mij.

38 — Arrest Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 46).

mening dat hetzelfde geldt wanneer een belastingplichtige die wordt geconfronteerd met de mogelijkheid om winst van zijn niet-ingezeten vaste inrichting bij te tellen ten belope van het eerder afgetrokken verlies, helemaal vrij is om de hoogte van de prijs voor de overdracht vast te stellen en op die manier een lidstaat de mogelijkheid te ontnemen om gebruik te maken van zijn bevoegdheid om latere winsten van die inrichting bij zijn belastbare inkomen op te tellen.

59. Ten slotte verwijs ik op de derde plaats naar de doelstelling om belastingontwijking te vermijden, die zoals het Hof opmerkte, samenhangt met de doelstelling om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te garanderen. [39]

60. „Gedragingen die erin bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaliter verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied, kunnen namelijk een aantasting opleveren van het recht van de lidstaten om hun belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot die activiteiten, en zo de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar brengen.” [40]

61. In combinatie met de moeilijkheid om de waarde te bepalen van overdrachten binnen een groep gelet op het „arm’s length principle”, dat onder die omstandigheden doorslaggevend moet zijn, kan de overdracht binnen dezelfde groep van een niet-ingezeten vaste inrichting nadat de verliezen ervan zijn afgetrokken, overeenkomen met de hierboven beschreven situatie.

62. Wetgeving als die in het hoofdgeding lijkt me bijgevolg gerechtvaardigd gezien de samenhang van het relevante belastingstelsel, waarbij deze dwingende reden van algemeen belang eventueel kan worden gecombineerd met andere dwingende redenen van algemeen belang, namelijk een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en de vermijding van belastingontwijking.

c) Evenredigheid en de niet-toepasselijkheid van de Marks & Spencer-uitzondering

63. De evenredigheid van de in geding zijnde regelgeving dient nog te worden onderzocht.

64. Wanneer een lidstaat geen enkele mogelijkheid heeft om eventuele winsten te belasten die gemaakt worden bij de overdracht van een niet-ingezeten vaste inrichting die eerder verliezen leed, lijkt nationale regelgeving zoals die in het hoofdgeding me niet alleen geschikt om de door die regelgeving nagestreefde doelstellingen te bereiken, maar ook evenredig aan die doelstellingen.

39 — Arrest Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punt 62).

40 — Idem. In de rechtspraak van het Hof komen in feite meer – in wisselende combinaties genoemde – dwingende redenen van algemeen belang voor die aanvaard werden als rechtvaardigingsgronden voor nationale regelingen die het in aanmerking nemen van verliezen uit activiteiten in het buitenland afwijzen, wanneer die activiteit zelf niet belastbaar is. In haar conclusie in de zaak Europese Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2014:2321), bespreekt advocaat-generaal Kokott die rechtspraak: „ongeacht of het Hof dit nu als verzekering van ‚de samenhang van het belastingstelsel’ [zie arrest K, C-322/11, EU:C:2013:716, punten 64-71], ‚onverkorte handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid’ [zie arresten Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, punt 45; Lidl Belgium, C-414/06, EU:C:2008:278, punt 31; X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, punt 28; A, C-123/11, EU:C:2013:84, punt 42; K, C-322/11, EU:C:2013:716, punt 55, en Nordea Bank Danmark, C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 32], veiligstelling van ‚de symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van de verliezen’ [zie arresten National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, punt 58, en Nordea Bank Danmark, C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak], dan wel als verhindering van ‚dubbele verrekening’ [zie arresten Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, punten 47 en 48; Lidl Belgium, C-414/06, EU:C:2008:278, punten 35 en 36, en A, C-123/11, EU:C:2013:84, punt 44] of van ‚belastingontwijking’ [zie arresten Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, punt 49; Lidl Belgium, C-414/06, EU:C:2008:278, punten 35 en 36, en A, C-123/11, EU:C:2013:84, punt 45] aanduidt. Zie ook arresten National Grid Indus [C-371/10, EU:C:2011:785, punt 80] en K [C-322/11, EU:C:2013:716, punt 72], waarin het Hof een op zijn minst gedeeltelijke overeenstemming tussen de rechtvaardigingsgronden inzake de samenhang van het belastingstelsel en de verdeling van de heffingsbevoegdheid constateerde. Deze rechtspraak vindt bovendien steun in de uitspraken van het Hof met betrekking tot de objectieve vergelijkbaarheid van situaties, waarin – zoals hierboven reeds is uiteengezet [...] – de vraag of een lidstaat een buitenlandse activiteit wel of niet belast, een belangrijke plaats inneemt (punt 31).”

65. Inderdaad heeft het Hof in het arrest Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763) geoordeeld dat de omstreden restrictieve maatregel verder ging dan nodig was. In dat arrest oordeelde het Hof dat er sprake is van een schending van de vrijheid van vestiging wanneer de niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput en er bovendien geen verrekenmogelijkheid in de toekomst bestaat.[41] In een dergelijk uitzonderlijk geval moet de ingezeten moedervennootschap de zekerheid hebben dat ze de verliezen van een dergelijke niet-ingezeten dochtermaatschappij in haar eigen staat van de belastbare inkomsten kan aftrekken.

66. De verwijzende rechter blijkt grote moeite te hebben met die uitzondering op de rechtvaardigingsgrond van een beperking van de vrijheid van vestiging die het Hof sinds zijn arrest Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763) bij voortduring toepast. De recente stellingnames in dit verband van verschillende advocaten-generaal[42], het aantal rechtsgeleerde bijdragen dat aan het probleem is gewijd[43] alsmede de schriftelijke opmerkingen van verschillende lidstaten en de Commissie in de onderhavige zaak bevestigen de moeilijke toepassing van die uitzondering. Toch heeft het Hof de toepasselijkheid ervan recent nog expliciet bevestigd.[44]

67. Hoe dan ook moet worden geconstateerd dat de bijdrage van de Republiek Oostenrijk elke twijfel over het bestaan van eventuele definitieve verliezen wegneemt. De betrokken verliezen in het hoofdgeding zijn niet definitief[45] en het is derhalve niet nodig om de mogelijke toepasselijkheid van genoemde uitzondering verder te onderzoeken.

68. Bovendien wordt, onder voorbehoud van de bevoegdheid van de nationale rechter hieromtrent, nergens in het aan het Hof overgedragen dossier gewag gemaakt van een door de belastingplichtige aangedragen bewijs van het tegendeel.

3. De tweede prejudiciële vraag

69. Met de tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 49 VWEU zich verzet tegen een regeling zoals die van artikel 23, lid 1, onder a), van de Duits-Oostenrijkse overeenkomst, die van de Duitse belastingheffingsgrondslag uitsluit de inkomsten uit Oostenrijk en die in Oostenrijk belastbaar zijn, ingeval verliezen van een Oostenrijkse inrichting van een Duitse kapitaalvennootschap in Oostenrijk niet meer in aanmerking kunnen worden genomen omdat die inrichting is overgedragen aan een Oostenrijkse kapitaalvennootschap die tot hetzelfde concern als de Duitse kapitaalvennootschap behoort.

41 — Punt 55.

42 — Zie naar aanleiding hiervan de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak A (C-123/11, EU:C:2012:488, punten 47-54) en in de zaak Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2014:2321, punten 49-53), en de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak K (C-322/11, EU:C:2013:183, punten 63-89).

43 — Zie voor een recent overzicht van de moeilijkheden die de Marks & Spencer-uitzondering met zich brengt vanuit het oogpunt van de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof de afgelopen tien jaar: Lang, M., „Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line?", *European Taxation*, december 2014, blz. 530-540. Zie voor een poging om het begrip definitieve verliezen vanuit het oogpunt van de recente rechtspraak van het Hof te definiëren, met name Pezella, D., „Final Losses under EU Tax Law: Proposal for a Better Approach", *European Taxation*, februari/maart 2014, blz. 71-79.

44 — Zie arrest Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2015:50, punten 33-36).

45 — Volgens de schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse regering waren de gecumuleerde verliezen van de Oostenrijkse vaste inrichting tot 2005 in principe waardeerbaar en konden zij worden doorgeschoven. De doorgeschoven verliezen konden zo in mindering worden gebracht op een eventuele meerwaarde bij overdracht, terwijl een eventueel saldo in principe voor onbepaalde tijd zou blijven bestaan voor doorgeschoven verliezen van Timac Agro. Zij konden derhalve later worden gebruikt ingeval verzoekster in het hoofdgeding haar activiteiten in Oostenrijk zou hervatten (punt 44 van de schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse regering). Ook konden de verliezen worden overgedragen aan de verkrijgende vennootschap, indien de vaste inrichting „fiscaal neutraal" werd overgedragen (punt 46 van de schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse regering).

70. Ik ben het eens met de Franse regering, die in haar schriftelijke opmerkingen en tijdens de terechtzitting van 1 juli 2015 van mening was dat die vraag uitgaat van de onjuiste veronderstelling dat de verliezen van de Oostenrijkse vaste inrichting van de verzoekende vennootschap in het hoofdgeding niet meer in Oostenrijk in aanmerking kunnen worden genomen vanwege het feit dat die inrichting is overgedragen aan een Oostenrijkse kapitaalvennootschap.

71. Uit de in het kader van de schriftelijke opmerkingen door de Oostenrijkse regering verstrekte informatie blijkt immers onomstotelijk dat de verliezen waarover het in het hoofdgeding gaat, niet definitief waren.

72. In die omstandigheden kan de tweede vraag worden opgevat als volgt: verzet artikel 49 VWEU zich tegen een belastingregeling van een lidstaat als die in het hoofdgeding, die – uit hoofde van een overeenkomst ter vermijding van dubbele belastingheffing die de inkomsten van vaste inrichtingen in de andere overeenkomstsluitende lidstaat vrijstelt van belastingheffing – zich verzet tegen het in aanmerking nemen van de verliezen van die vaste inrichtingen?

a) Primair: objectieve niet-vergelijkbaarheid van de situaties en afwezigheid van beperking

73. Conform de artikelen 7, lid 1, en 23, lid 1, van de Duits-Oostenrijkse overeenkomst en afwijkend van de situatie in de aanslagjaren vóór 1999, heeft de Bondsrepubliek Duitsland bij wetswijziging afstand gedaan van de fiscale bevoegdheid die zij eerder uitoefende ten aanzien van verliezen voortvloeiende uit „de inkomsten uit industriële of commerciële activiteiten van een in een andere staat gelegen vaste inrichting [die] vrijgesteld zijn van de inkomstenbelasting op grond van een overeenkomst ter vermijding van dubbele belastingheffing”. [46]

74. Aangezien er geen fiscaal voordeel kan bestaan indien er geen heffingsbevoegdheid is[47], lijkt de situatie van een vennootschap als Timac Agro mij dan ook niet vergelijkbaar met die van een in Duitsland gevestigde vennootschap met een vaste inrichting in dezelfde lidstaat.

75. Het is mij overigens niet duidelijk, gelet op de verdeling van de heffingsbevoegdheden in de Duits-Oostenrijkse overeenkomst, welke omstandigheden de Bondsrepubliek mogelijk voor ogen had om de doelstelling te waarborgen van de aftrekbaarheid van verliezen, die volgens de Duitse regering het *tijdelijk* verlenen van een cashflowvoordeel is. Zonder greep op de belastingheffing over eventuele latere winsten van de inrichting die verlies leed, nu die op Oostenrijks grondgebied is gevestigd, zijn de situaties niet vergelijkbaar.

76. Aangezien er geen sprake is van objectief vergelijkbare situaties levert een regelgeving als die welke in casu aan de orde is, geen beperking op van de vrijheid van vestiging. [48]

b) Subsidiair: bestaan van een rechtvaardigingsgrond

77. Ingeval het Hof echter zou oordelen dat er sprake is van vergelijkbare situaties en van een beperking, dan beschouw ik die als gerechtvaardigd.

46 — § 2 a, lid 3, eerste volzin, EStG, zoals van toepassing voor de aanslagjaren 1997 en 1998.

47 — Volgens het beginsel dat verwoord wordt in punt 24 van arrest Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087) en eerder al werd toegepast in het arrest Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773).

48 — Het verschil in behandeling vloeit in feite voort uit „de bevoegdheid van de [lidstaten] om, teneinde dubbele belastingen af te schaffen, de criteria ter verdeling van de heffingsbevoegdheid vast te stellen” (arrest Gilly, C-336/96, EU:C:1998:221, punt 30), welke bevoegdheidsverdeling noodzakelijkerwijs plaatsvindt vóór de uitoefening van die heffingsbevoegdheid.

78. Het Hof heeft zich in het arrest Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278) namelijk al gebogen over een regeling waarbij verliezen algemeen worden uitgesloten. In die zaak wenste de verwijzende rechter te vernemen of artikel 49 VWEU zich verzet 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.

79. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat de dwingende redenen van algemeen belang gelegen in de noodzaak, ten eerste, om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de betrokken lidstaten te handhaven, en, ten tweede, het gevaar voor dubbele verliesverrekening te voorkomen, gegrond waren. [49]

80. Het Hof was ook van oordeel dat dit type belastingregelingen geschikt is om de eerder aangehaalde doelstellingen te verwezenlijken [50], alsook evenredig is [51], terwijl de betrokken vennootschap niet had aangetoond dat haar niet-ingezeten dochtervennootschap alle mogelijkheden van verliesverrekening in haar vestigingsstaat voor het betreffende belastingjaar en voor vroegere belastingjaren had uitgeput en dat er geen mogelijkheden bestonden dat het verlies van die dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat in aanmerking kon worden genomen. [52]

81. Het Hof was bijgevolg van oordeel dat „artikel [49 VWEU] zich niet ertegen verzet dat een in een lidstaat gevestigde vennootschap de verliezen van een haar toebehorende vaste inrichting in een andere lidstaat niet van haar belastinggrondslag kan aftrekken, voor zover de inkomsten van deze inrichting krachtens een overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting worden belast in laatstbedoelde lidstaat, waar de betrokken verliezen kunnen worden verrekend in het kader van de belastingheffing over de inkomsten van die vaste inrichting in toekomstige belastingjaren”. [53]

82. Aldus kan niet anders dan worden vastgesteld dat alle elementen die tot dat oordeel hebben geleid, ook aanwezig zijn in de regeling die aan de orde is in het hoofdgeding en dat het Hof hetzelfde antwoord moet geven.

V – **Conclusie**

83. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Finanzgericht Köln te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 49 VWEU verzet zich niet tegen een nationale belastingregeling die bepaalt dat, na de verrekening te hebben toegestaan van verliezen die zijn geleden door een vaste inrichting die gevestigd is in een andere lidstaat dan de vestigingsstaat van de hoofdvennootschap, voornoemde verliezen fiscaal worden bijgeteld voor de berekening van de inkomstenbelasting van die vennootschap vanwege de overdracht van die inrichting aan een andere kapitaalvennootschap die tot hetzelfde concern behoort als de verkoper.

2) Artikel 49 VWEU verzet zich niet tegen een nationale belastingregeling die niet toelaat dat een ingezeten vennootschap de verliezen van een haar toebehorende vaste inrichting in een andere lidstaat van haar belastinggrondslag aftrekt, wanneer de inkomsten van deze inrichting krachtens een overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting in de lidstaat van vestiging zijn vrijgesteld en worden belast in de andere lidstaat.”

49 — Arrest Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punten 30-37).

50 — Ibidem (punt 43).

51 — Ibidem (punt 53).

52 — Ter herinnering: dit betreft de voorwaarden uit de punten 55 en 56 van arrest Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

53 — Arrest Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punt 54 en dictum).