CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 13 maart 2014[1]

Zaak C-48/13

Nordea Bank Danmark A/S
tegen
Skatteministeriet

[verzoek van het Østre Landsret (Denemarken) om een prejudiciële beslissing]

„Belastingwetgeving — Vrijheid van vestiging — Nationale winstbelasting — Concernbelasting — Belasting van activiteit van buitenlandse vaste inrichtingen van binnenlandse vennootschappen — Voorkoming van dubbele belasting door belastingverrekening (verrekeningsmethode) — Naheffing over eerder verrekende verliezen bij overdracht van vaste inrichtingen binnen concern bij vervallen van heffingsbevoegdheid”

1. Het Hof van Justitie moet zich in de onderhavige procedure wederom bezighouden met de grensoverschrijdende concernbelasting door een lidstaat en de verenigbaarheid daarvan met de vrijheid van vestiging. En wederom moet het Hof zich buigen over de rechtvaardigingsgrond van de „noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven”, die het in het arrest Marks & Spencer[2] voor het eerst uitdrukkelijk heeft erkend en waarvan de omvang nog steeds niet voldoende verduidelijk lijkt.

2. De voorgelegde zaken worden echter ook steeds ingewikkelder. Het onderhavige Deense verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de belasting van een binnenlandse vennootschap tezamen met haar in andere lidstaten gelegen vaste inrichtingen. De buitenlandse vaste inrichtingen waren door Denemarken weliswaar volledig in de belasting betrokken, doch was de in het buitenland betaalde belasting volgens de zogenoemde verrekeningsmethode verrekend met de Deense belasting. In het onderhavige geval hadden de buitenlandse vaste inrichtingen echter enkel verliezen behaald. Over al deze verliezen, die in het kader van de belasting van de binnenlandse vennootschap waren verrekend, wordt thans op basis van een bijzondere regeling een naheffing toegepast, omdat de vaste inrichtingen binnen het concern zijn overgedragen aan vennootschappen die niet zijn onderworpen aan de Deense heffingsbevoegdheid.

3. De onderhavige procedure betreft evenwel niet een exotisch geval zonder algemene betekenis. Er is integendeel juist gelegenheid, de rechtspraak van het Hof inzake grensoverschrijdende verliesverrekening in het algemeen en bij toepassing van de verrekeningsmethode in het bijzonder, verder te ontwikkelen.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

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

I – **Toepasselijke bepalingen**

4. In het Koninkrijk Denemarken wordt belasting geheven over de winst van vennootschappen die in het binnenland zijn gevestigd.

5. Indien een dergelijke vennootschap in een andere Noordse staat (Zweden, Finland of Noorwegen) een vaste inrichting heeft, kan het Koninkrijk Denemarken ingevolge artikel 7 van het Noordse verdrag tot voorkoming van dubbele belasting, de vennootschap ook belasten voor het deel van de winst dat aan deze buitenlandse vaste inrichting kan worden toegerekend. Volgens artikel 25 van het verdrag moet de van de vaste inrichting geheven buitenlandse belasting worden verrekend met de Deense belasting, echter maximaal ter hoogte van de belasting die in het Koninkrijk Denemarken is berekend over de winst van de vaste inrichting.

6. In de voor het hoofdgeding bepalende juridische situatie moesten de lopende winsten en verliezen van de buitenlandse vaste inrichtingen van binnenlandse vennootschappen in Denemarken in de belastingheffing worden betrokken.

7. In bepaalde gevallen werd echter een correctie toegepast op de verliesverrekening. § 33 D, lid 5, Ligningslov bepaalde daartoe:

„Wanneer een vaste inrichting die buiten Denemarken [...] is gelegen, geheel of gedeeltelijk wordt vervreemd aan een verbonden vennootschap, [...], worden afgetrokken verliezen die niet worden gecompenseerd door winst in latere jaren, eveneens in de aangifte van het belastbare inkomen betrokken, ongeacht welke verminderingsmethode is gebruikt [...]”.

8. Deze regeling gold volgens de verwijzende rechter alleen wanneer de overnemende verbonden vennootschap niet samen met de vervreemdende vennootschap werd belast. Volgens de toelichting op het betrokken wetsontwerp moest deze regeling voorkomen dat Deense vennootschappen eerst de verliezen van hun buitenlandse vaste inrichtingen in mindering op hun winst konden brengen en deze vaste inrichtingen dan later, zodra zij winst behaalden, overdroegen aan een verbonden buitenlandse vennootschap om in Denemarken geen belasting over die winst te hoeven betalen.

II – **Hoofdgeding**

9. Verzoekster in het hoofdgeding is de vennootschap Nordea Bank Danmark A/S. Zij is rechtsopvolgster van een bank die in 2000 samen met een Zweedse, een Finse en een Noorse bank is opgegaan in het Nordea-concern.

10. In de jaren 1996 respectievelijk 1997 tot en met 2000 bezat de rechtsvoorgangster in Zweden, Finland en Noorwegen vaste inrichtingen in de vorm van bankfilialen. Deze leden in al die jaren verlies. In totaal werd derhalve 204 402 324 DKK – wat naar de huidige wisselkoers ongeveer overeenkomt met 27 miljoen EUR – in mindering gebracht op de berekeningsgrondslag van de Deense belasting.

11. Naar aanleiding van de vorming van het Nordea-concern werden deze bankfilialen gesloten. Ongeveer de helft van de medewerkers en een deel van het klantenbestand werden overgenomen door Zweedse, de Finse en de Noorse vennootschappen van het Nordea-concern. De overnemende vennootschappen konden de verliezen die eerder door de vaste inrichtingen waren geleden niet meer aftrekken van hun eigen belasting.

12. De Deense fiscus beoordeelde deze gang van zaken als een gedeeltelijke vervreemding van vaste inrichtingen aan verbonden vennootschappen overeenkomstig § 33 D, lid 5, Ligningslov. Hij verhoogde derhalve de berekeningsgrondslag van de belasting over 2000 met het totaal van de verliezen die in de eerdere jaren in mindering waren gebracht. Naar de mening van Nordea Bank Danmark is deze regeling echter in strijd met zowel het Unierecht als de EER-Overeenkomst.

III – **Procesverloop voor het Hof**

13. Het Østre Landsret, waarbij het geschil inmiddels aanhangig is, heeft het Hof van Justitie overeenkomstig artikel 267 VWEU de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moeten artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU (voorheen artikel 43 EG, juncto artikel 48 EG) en artikel 31 van de EER-Overeenkomst juncto artikel 34 van deze overeenkomst aldus worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat een lidstaat die toestaat dat een ingezeten vennootschap verliezen van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting doorlopend in aftrek brengt, over de volledige verliezen van de vaste inrichting (voor zover zij niet worden gecompenseerd door winst in latere jaren) een naheffing oplegt aan deze vennootschap ingeval de vaste inrichting wordt gestaakt en in verband daarmee een deel van de onderneming van de inrichting wordt overgedragen aan een verbonden vennootschap die in dezelfde staat is gevestigd als de vaste inrichting, en wanneer moet worden aangenomen dat de mogelijkheden om de betrokken verliezen te verrekenen zijn uitgeput?”

14. In de procedure voor het Hof hebben Nordea Bank Danmark, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA alsook de Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend.

IV – **Juridische beoordeling**

15. In de onderhavige procedure moet het Hof beslissen of de beschreven naheffing op de verliezen van een buitenlandse vaste inrichting in het kader van de Deense winstbelasting van binnenlandse vennootschappen verenigbaar is met de vrijheid van vestiging van het EG-Verdrag respectievelijk de EER-Overeenkomst, die beide in het hoofdgeding van toepassing zijn.

16. In casu hoeft bij het onderzoek naar het bestaan van een inbreuk op de vrijheid van vestiging geen onderscheid te worden gemaakt tussen vennootschappen in de lidstaten – in zoverre is artikel 43 juncto artikel 48 EG van toepassing – en vennootschappen in het Koninkrijk Noorwegen, waarvoor artikel 31 juncto artikel 34 van de EER-Overeenkomst van toepassing is. Beide bepalingen verbieden namelijk op identieke wijze beperking van de vrijheid van vestiging. [3]

17. Met alle partijen ben ik allereerst van mening dat in het onderhavige geval sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging.

18. De vrijheid van vestiging geeft een vennootschap onder andere het recht haar activiteit in een andere lidstaat uit te oefenen door middel van een filiaal. [4] Ook is het de lidstaat van herkomst van een vennootschap in beginsel verboden, haar vestiging in een andere lidstaat te belemmeren. [5] Van een dergelijke belemmering is sprake wanneer een nadelig verschil in behandeling kan worden vastgesteld tussen een vestiging in een andere lidstaat en een zuiver binnenlandse vestiging. [6]

3 — Zie ook arrest A (C-48/11, EU:C:2012:485, punt 21) inzake artikel 49 VWEU.

4 — Zie onder andere arrest Impacto Azul (C-186/12, EU:C:2013:412, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

5 — Zie onder andere arresten Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456, punt 16), AMID (C-141/99, EU:C:2000:696, punt 21) en Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, punt 20).

6 — Zie onder andere arresten AMID (C-141/99, EU:C:2000:696, punt 27), Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, punten 16-23) en Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, punten 20-34).

19. In het Koninkrijk Denemarken werden vennootschappen met buitenlandse filialen en vennootschappen met binnenlandse filialen door de regeling van § 33 D, lid 5, Ligningslov verschillend behandeld. Wanneer een Deense vennootschap een binnenlands filiaal dreef en dit vervreemdde aan een verbonden vennootschap die niet in Denemarken was belast, werden eerder verrekende verliezen van dit binnenlandse filiaal, anders dan bij een buitenlands filiaal, niet gecorrigeerd. De exploitatie van een filiaal in een andere lidstaat werd zodoende fiscaal benadeeld.

20. Volgens de rechtspraak is een dergelijk nadelig verschil in behandeling echter met de vrijheid van vestiging verenigbaar, wanneer het hetzij situaties betreft die niet objectief met elkaar vergelijkbaar zijn (zie sub A), hetzij dit door een dwingende reden van algemeen belang is gerechtvaardigd (zie sub B).[7]

A – *Noodzaak om de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties te toetsen*

21. Traditioneel zou dus eerst moeten worden getoetst of vennootschappen met een binnenlands filiaal en die met een filiaal in een andere lidstaat zich in een objectief vergelijkbare situatie bevinden, en wel op basis van de door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doelstelling.[8]

22. Ofschoon ik in het verleden zelf dergelijke toetsingen heb uitgevoerd[9], lijkt het mij tijd daarvan afstand te nemen.[10] Ten eerste is het onmogelijk deze toetsing te scheiden van die van de rechtvaardigingsgrond, noch zijn er criteria voorhanden waarmee kan worden bepaald in welke gevallen de situaties in alle opzichten niet objectief vergelijkbaar zijn. Ten tweede zou een dergelijke vaststelling ook in de weg staan aan een passende afweging tussen de fundamentele vrijheid en de betrokken rechtvaardigingsgrond van een verschil in behandeling.

23. Het vereiste van objectieve vergelijkbaarheid kan worden gezien als een dogmatisch overblijfsel uit de tijd waarin het Hof op het gebied van de vrijheid van vestiging enkel rechtvaardigingsgronden aanvaardde die uitdrukkelijk in het Verdrag waren bepaald.[11] Veel gronden die vanuit het standpunt van een lidstaat werden aangevoerd ter rechtvaardiging van een verschil in behandeling tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties konden derhalve enkel in het kader van de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties worden besproken.

24. Nu het Hof echter ook ongeschreven rechtvaardigingsgronden heeft erkend, is een nieuwe situatie ontstaan. De gronden die pleiten voor een verschil in behandeling, worden nu regelmatig afgewogen in het kader van de toetsing van verschillende erkende – of eventueel nog in de toekomst te erkennen – rechtvaardigingsgronden. Het mag derhalve geen verrassing heten dat het Hof in de gevallen waarin het de toetsing van de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties serieus neemt, in wezen hetzelfde onderzoekt als wat het later nogmaals toetst vanuit het oogpunt van de rechtvaardiging.[12]

7 — Arresten X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punt 20), Commissie/België (C-250/08, EU:C:2011:793, punt 51), Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, punt 17) en A (C-123/11, EU:C:2013:84, punt 33); zie over het vrije kapitaalverkeer, arrest K (C-322/11, EU:C:2013:716, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

8 — Arresten X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punt 22), Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, punt 17) en A (C-123/11, EU:C:2013:84, punt 33).

9 — Zie als laatste bijvoorbeeld mijn conclusies in de zaken Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:222, punten 31 e.v.) en Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, punten 56 e.v.).

10 — Zie al mijn conclusies in de zaken A (C-123/11, EU:C:2012:488, punten 40 e.v.) en SCA Group Holding e.a. (C-39/13–C-41/13, EU:C:2014:104, punt 32).

11 — Zie bijvoorbeeld arrest Royal Bank of Scotland (C-311/97, EU:C:1999:216, punt 32).

12 — Zie ook arrest K (C-322/11, EU:C:2013:716, punten 37 e.v. en 49 e.v.).

25. In het bijzonder in recente beslissingen op het gebied van fiscaal recht is de intensiteit van de toetsing van de vergelijkbaarheid van de situaties dan ook zeer variabel geweest. Zo achtte het Hof soms voor een bevestiging van objectieve vergelijkbaarheid reeds voldoende dat in beide situaties een fiscaal voordeel werd nagestreefd. [13] Anderzijds zijn er uitspraken waarin de regeling van de betrokken lidstaat diepgaand is onderzocht. [14] Soms ziet het Hof echter ook geheel af van toetsing van de objectieve vergelijkbaarheid van situaties [15] of stelt het zonder motivering dat er vergelijkbaarheid is. [16]

26. Uit de rechtspraak van het Hof in zijn algemeenheid kan niet worden opgemaakt onder welke omstandigheden een verschil tussen de vergeleken situaties de objectieve vergelijkbaarheid uitsluit. In het onderhavige geval kan bijvoorbeeld worden geconstateerd dat de situatie van een buitenlands en een binnenlands filiaal objectief verschilt, omdat enkel wanneer het buitenlandse filiaal wordt belast, er sprake kan zijn van verrekening met de Deense belasting. Naar welke maatstaven moet echter worden bepaald of dit voor de correctie van de verliesverrekening een relevant onderscheid is?

27. Zou men nu echter concluderen dat de situaties niet objectief vergelijkbaar zijn, dan valt – anders dan bij het onderzoek van een rechtvaardigingsgrond – de mogelijkheid weg om de evenredigheid van het verschil in behandeling van een binnenlandse en een grensoverschrijdende situatie te toetsen. Een passende afweging tussen de doelstellingen die met de fundamentele vrijheid verband houden en de achterliggende reden van de differentiëring tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties wordt derhalve onmogelijk. Daarom wordt een evenwichtige oplossing enkel gewaarborgd wanneer de reden voor het verschil in behandeling in aanmerking wordt genomen in het kader van de beoordeling van een rechtvaardigheidsgrond.

28. Wanneer zodoende niet langer behoefte bestaat aan toetsing van de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties en deze toetsing evenmin leidt tot passende resultaten, zou het Hof in de toekomst hiervan moeten afzien. De legitimiteit van een verschil in behandeling zou alleen moeten worden getoetst aan de aanwezigheid van een grond die het verschil in behandeling op evenredige wijze kan rechtvaardigen.

B – *Rechtvaardiging*

29. Derhalve vormt het nadelige verschil in behandeling van buitenlandse filialen in het onderhavige geval alleen dan geen inbreuk op de vrijheid van vestiging van het EG-Verdrag of van de EER-Overeenkomst, wanneer dit verschil door een dwingende reden van algemeen belang wordt gerechtvaardigd.

30. De lidstaten die opmerkingen hebben ingediend staan op het standpunt dat een dergelijke rechtvaardiging bestaat. Zij beroepen zich op de door het Hof erkende rechtvaardigingsgronden van handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten (zie sub 1), handhaving van de samenhang van een fiscale regeling (zie sub 2) en voorkoming van belastingontwijking (zie sub 3).

13 — Arrest X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punt 24).

14 — Arrest K (C-322/11, EU:C:2013:716, punten 37 e.v.).

15 — Zie ook arresten Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punten 18-26), Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, punten 27-39) en Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, punten 18-34).

16 — Arrest National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 38).

1. Verdeling van de heffingsbevoegdheid

31. De handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten is een rechtvaardigingsgrond die in vaste rechtspraak door het Hof is erkend. [17]

32. Naar de mening van het Koninkrijk Denemarken is de naheffing op de verliezen gerechtvaardigd door deze rechtvaardigingsgrond in samenhang met de doelstelling van voorkoming van belastingontwijking. Met de naheffing moet namelijk worden voorkomen dat een concern eerst de verliezen van een buitenlandse vaste inrichting in Denemarken opvoert en dan door de vervreemding van de vaste inrichting binnen het concern de winst laat belasten in een andere lidstaat die fiscaal meer voordeel biedt.

33. Voor de overige lidstaten die opmerkingen hebben ingediend, is de rechtvaardigingsgrond van de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten vooral bepalend vanuit het gezichtspunt van de symmetrie tussen de inaanmerkingneming van winst en verlies in dezelfde lidstaten. Aangezien de buitenlandse vaste inrichting door de vervreemding wordt onttrokken aan de Deense heffingsbevoegdheid, wordt deze symmetrie verstoord, aangezien de toekomstige winsten van de vaste inrichting niet meer in Denemarken worden belast.

34. Met deze verschillende accentuering op de achtergrond moet om te beginnen worden verduidelijkt wat de rechtvaardigingsgrond van de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid nu eigenlijk precies inhoudt.

35. Hiertoe moet eerst een onderscheid worden gemaakt tussen de verdeling van de heffingsbevoegdheid zelf en de handhaving van deze verdeling. Het Hof maakt het in vaste rechtspraak namelijk duidelijk dat de vraag *hoe* de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten wordt verdeeld, de zaak is van de lidstaten zelf. Zij blijven immers bij gebreke van Unierechtelijke harmonisatiemaatregelen bevoegd tot vaststelling van de criteria voor de verdeling van hun belastingbevoegdheid, niet alleen door het sluiten van overeenkomsten, maar ook unilateraal. [18]

36. Toen het Hof deze rechtvaardigingsgrond voor de eerste maal erkende in het arrest Marks & Spencer, heeft het benadrukt dat een *evenwichtige* verdeling van de heffingsbevoegdheid beschermingswaardig is [19], en het heeft dit standpunt ook af en toe herhaald in latere beslissingen. [20]

37. In beginsel kan men er echter vanuit gaan dat de wijze waarop de lidstaten in een bepaald geval hun heffingsbevoegdheden onderling hebben verdeeld, niet door het Hof ter discussie wordt gesteld en dat het de „*handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten*" derhalve in beginsel als uitgangspunt neemt. [21] Hiervan moet ook in het onderhavige geval worden uitgegaan, waarin de buitenlandse vaste inrichtingen van een vennootschap zowel door de bronstaat, waar zich de vaste inrichting bevindt, als door de Deense vestigingsstaat van de vennootschap wordt belast, in het laatste geval echter alleen onder verrekening van de belasting die al in de bronstaat is voldaan.

17 — Zie bijvoorbeeld arresten National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 45), Commissie/Spanje (C-269/09, EU:C:2012:439, punt 76), DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C. (C-380/11, EU:C:2012:552, punt 43), Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, punt 50), Imfeld en Garcet (C-303/12, EU:C:2013:822, punt 68) en DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, punt 46).

18 — Zie bijvoorbeeld arresten Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, punt 25), National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 45), Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, punt 50) en DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, punt 47).

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

20 — Zie ook onder andere arresten Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655, punt 58) en Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, punt 53).

21 — Zie ook arrest Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak), waarin wordt geoordeeld dat „de nadelen die uit de parallelle uitoefening van belastingbevoegdheden door verschillende lidstaten kunnen voortvloeien, voor zover deze uitoefening geen discriminatie oplevert, geen beperkingen van de verkeersvrijheden vormen".

38. De rechtvaardigingsgrond van de „handhaving" van de verdeling van de heffingsbevoegdheid die zij hebben getroffen, geeft de lidstaten derhalve het recht, deze door henzelf vastgestelde heffingsbevoegdheid uit te oefenen en te beschermen. In die zin kan ook de vaste rechtspraak van het Hof worden opgevat, volgens welke deze rechtvaardigingsgrond „met name" kan worden aanvaard wanneer de betrokken regeling ertoe strekt gedragingen te voorkomen die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden. [22] Het beroep op deze rechtvaardigingsgrond is evenmin uitgesloten wanneer een lidstaat activiteiten belast die niet op zijn grondgebied plaatsvinden, zoals in het onderhavige geval de activiteit van buitenlandse inrichtingen. Het Hof zou anders de lidstaten de heffingsbevoegdheid ontzeggen voor activiteiten die buiten hun grondgebied worden uitgeoefend.

39. Wat de manieren betreft waarop de lidstaten thans hun heffingsbevoegdheid onderling kunnen uitoefenen en handhaven, kunnen tot op heden twee soorten situaties uit de rechtspraak van het Hof inzake deze rechtvaardigingsgrond worden afgeleid.

40. Ten eerste mogen de lidstaten voorkomen dat inkomsten aan hun heffingsbevoegdheid worden onttrokken doordat deze inkomsten naar een andere lidstaat worden verplaatst. [23] Dit betekent dat fictieve of frauduleuze constructies ter verschuiving van de belastingopbrengst tussen de lidstaten mogen worden bestreden. [24]

41. Ten tweede, en spiegelbeeldig, zijn de lidstaten niet verplicht verliezen in aanmerking te nemen van een activiteit die niet door hen, maar door een andere lidstaat wordt belast. De rechtvaardigingsgrond houdt namelijk in dat de symmetrie tussen het recht winsten te belasten en de mogelijkheid verliezen af te trekken, bewaard blijft. [25] De interne markt laat de belastingplichtigen om die reden niet de keuze in welke lidstaat hun verliezen worden verrekend. [26]

42. Uit deze tot nu toe erkende situaties komt naar voren dat de zogenoemde rechtvaardigingsgrond van „handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten" enkel een expressie is van andere erkende rechtvaardigingsgronden, en dan met name met betrekking tot de afbakening van de fiscale soevereiniteit van de lidstaten.

43. Ten eerste namelijk vormt de gedachte dat de inaanmerkingneming van winsten en verliezen van een activiteit niet mag worden gesplitst, slechts de expressie van de rechtvaardigingsgrond van handhaving van de samenhang van een fiscale regeling. Volgens deze rechtvaardigingsgrond kan beperking van een fundamentele vrijheid namelijk zijn gerechtvaardigd, wanneer vaststaat dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen een fiscaal voordeel en de compensatie ervan door een bepaalde belastingheffing. [27] Het Hof heeft in het kader van de beoordeling van deze rechtvaardigingsgrond al vastgesteld dat in die zin een rechtstreeks verband bestaat tussen de inaanmerkingneming van winst en verlies van een activiteit in een lidstaat. [28] In zoverre stelt het Hof terecht dat het streven naar fiscale samenhang en de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten elkaar overlappen. [29]

22 — Arresten Commissie/Duitsland (C-284/09, EU:C:2011:670, punt 77), FIM Santander Top 25 Euro Fi (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 47), SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, punt 45), Beker en Beker (C-168/11, EU:C:2013:117, punt 57), Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, punt 53) alsmede Imfeld en Garcet (C-303/12, EU:C:2013:822, punt 75).

23 — Zie ook arresten Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punt 56), Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, punt 87) en Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, punt 55).

24 — Zie ook arresten SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punten 60-63) en SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, punten 45-47).

25 — Arrest Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, punt 24).

26 — Zie ook arresten Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punt 55), X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punt 29) en A (C-123/11, EU:C:2013:84, punt 43).

27 — Zie arresten Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, punt 44), DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C. (C-380/11, EU:C:2012:552, punt 46) en Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, punt 59).

28 — Arrest K (C-322/11, EU:C:2013:716, punt 69).

29 — Arrest National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 80).

44. Ten tweede is het voorkomen van de verschuiving van inkomsten van de ene naar de andere lidstaat door fictieve of frauduleuze constructies enkel een bijzonder geval van de erkende rechtvaardigingsgrond van het voorkomen van belastingontwijking. Volgens vaste rechtspraak kan een nationale regeling die de vrijheid van vestiging beperkt, namelijk zijn gerechtvaardigd wanneer zij speciaal is gericht op volstrekt kunstmatige constructies die zijn bedoeld om de wetgeving van de betrokken lidstaat te omzeilen.[30] In het kader van de „handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten" gaat het er nu niet om te voorkomen dat een belastingplichtige de belastingheffing geheel omzeilt, maar dat hij door kunstmatige constructies de belastingopbrengst verschuift naar een andere lidstaat. Het Hof ziet dit verband zelfs wanneer het zo nu en dan beide rechtvaardigingsgronden „in hun geheel" beschouwt.[31]

45. Wanneer men nu de zogenoemde rechtvaardigingsgrond van de „handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten" alleen ziet als een bijzondere expressie van andere erkende rechtvaardigingsgronden, wordt ook duidelijk waarom het Hof de handhaving van deze verdeling soms als zelfstandige rechtvaardiging toepast[32] en soms alleen lijkt te erkennen in verband met andere rechtvaardigingsgronden.[33]

46. Het komt de duidelijkheid van de rechtspraak echter ten goede wanneer bij de toetsing van de rechtvaardiging van een beperking van de fundamentele vrijheden de eigenlijke reden niet verborgen blijft achter het etiket „verdeling van de heffingsbevoegdheid", maar duidelijk naar voren komt. Ik zal hieronder daarom alleen die rechtvaardigingsgronden bespreken, die tot nu toe in hun speciale uitdrukkingsvorm werden samengevat onder het begrip „handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten", namelijk in het onderhavige geval de handhaving van de samenhang van een fiscale regeling (zie sub 2) en de voorkoming van belastingontwijking (zie sub 3).

2. Fiscale samenhang

47. Volgens vaste rechtspraak kan de noodzaak om de samenhang van een belastingregeling te bewaren, een beperking van een fundamentele vrijheid rechtvaardigen. Hiervoor moet worden aangetoond dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen een fiscaal voordeel en de compensatie ervan door een bepaalde belastingheffing.[34] In een dergelijk geval kan degene die recht heeft op de fundamentele vrijheid het belastingvoordeel worden geweigerd, indien hij niet ook onderworpen is aan de belastingheffing die daarmee rechtstreeks verband houdt. Beoordeeld moet worden of er een rechtstreeks verband bestaat met de doelstelling die door de betrokken belastingregeling wordt nagestreefd.[35]

48. Het Hof heeft al vastgesteld dat in deze zin een rechtstreeks verband bestaat tussen de inaanmerkingneming van winst en verlies van een activiteit in een lidstaat.[36]

49. Zoals de Commissie terecht heeft aangevoerd, is in het onderhavige geval de symmetrie tussen de inaanmerkingneming van winst en verlies van een activiteit echter in beginsel gewaarborgd zonder dat een naheffing op verliezen noodzakelijk is. Het Koninkrijk Denemarken heeft namelijk in het voor het hoofdgeding relevante tijdvak gekozen voor het belasten van de buitenlandse vaste inrichting en moet derhalve zowel de winsten als de verliezen van de activiteit in aanmerking nemen.

30 — Zie onder meer arresten Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, punt 63) en SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punt 65).

31 — Arrest SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punten 66 en 69).

32 — Zie arrest National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 48).

33 — Zie ook arresten Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 51), Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, punten 38 e.v.) en A (C-123/11, EU:C:2013:84, punt 46).

34 — Zie bijvoorbeeld arresten Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, punt 42), Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, punten 43 e.v.), DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C. (C-380/11, EU:C:2012:552, punt 46) en Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, punt 59).

35 — Zie bijvoorbeeld arresten Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, punt 44) en Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, punt 42).

36 — Arrest K (C-322/11, EU:C:2013:716, punt 69).

50. Onderdeel van deze symmetrie is ook, zoals Nordea Bank Danmark terecht heeft opgemerkt, dat bij de vervreemding van een buitenlandse vaste inrichting Denemarken belasting heft over een eventuele meerwaarde. Indien het, zoals in casu, verbonden vennootschappen betreft die onderling geen of geen passende prijs overeenkomen, kan aan deze vervreemdingswinst – zoals ook is voorzien in het Deense belastingrecht – ingevolge het zogenoemde arm's length-beginsel een objectieve marktwaarde worden toegekend. In zoverre komt de belastingheffing exact overeen met het recht van een lidstaat om de onder zijn fiscale soevereiniteit vallende vermogenstoename van een vennootschap te belasten. [37]

51. Daarbij is het niet van belang dat – zoals bijvoorbeeld het Koninkrijk der Nederlanden aanvoert – zonder de Deense naheffingsregeling de belastingplichtige een recht op verliesaftrek moeten worden verleend, maar de latere daarmee samenhangende winsten niet kunnen worden belast. Dat eventuele latere winsten niet meer kunnen worden belast, is in het kader van de belasting van een activiteit een normale mogelijkheid, bijvoorbeeld in het geval de activiteit economisch niet slaagt of wanneer de heffingsbevoegdheid van een lidstaat ophoudt door de verplaatsing van de zetel.

52. Met name de Republiek Oostenrijk heeft echter tegen de symmetrie aangevoerd dat de belasting op de winsten in het onderhavige geval eerder formeel van aard is. Aangezien het Koninkrijk Denemarken de verrekeningsmethode toepast op de belasting van de buitenlandse vaste inrichtingen, moet de in de bronstaat reeds betaalde belasting worden verrekend. Wanneer het belastingtarief in Denemarken gelijk is aan dat in de bronstaat of lager, worden de winsten van de buitenlandse vaste inrichting uiteindelijk helemaal niet in Denemarken belast. Zelfs wanneer het belastingtarief in de bronstaat lager is, heeft Denemarken in ieder geval geen volledige heffingsbevoegdheid.

53. Dit bezwaar is in zoverre gegrond dat de belasting van een buitenlandse vaste inrichting in het kader van de verrekeningsmethode tot andere fiscale resultaten leidt dan de normale belasting van binnenlandse activiteiten. De opbrengst die Denemarken verkrijgt uit de belasting van de buitenlandse vaste inrichting, zal in vergelijking in het algemeen lager zijn. Ook valt een zekere onevenwichtigheid te bespeuren tussen de volledige verrekening van ontstane verliezen en de uiteindelijk hooguit gedeeltelijke belasting van hun winst.

54. De belasting van een buitenlandse vaste inrichting in het kader van de verrekeningsmethode mag evenwel niet worden gelijkgesteld met het niet-heffen van belasting bij de vrijstellingsmethode. Het Hof heeft zich in het arrest Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt over deze situatie gebogen en het uiteindelijk de lidstaat toegestaan een verliesverrekening die ondanks het ontbreken van de heffingsbevoegdheid op grond van de vrijstelling van de inkomsten van een buitenlandse vaste inrichting had plaatsgevonden, achteraf te corrigeren. [38] Anders dan de Bondsrepubliek Duitsland meent, kan dit arrest echter niet op het onderhavige geval worden toegepast, aangezien het Koninkrijk Denemarken zijn heffingsbevoegdheid met betrekking tot de buitenlandse vaste inrichtingen juist wilde uitoefenen en ten minste de mogelijkheid bestond om de winsten ervan ook gedeeltelijk te belasten.

55. In het onderhavige geval hoeft echter niet te worden beslist of de door de verrekeningsmethode beperkte heffingsbevoegdheid van een lidstaat nu in het kader van de fiscale samenhang rechtvaardigt dat ontstane verliezen ook slechts beperkt worden verrekend. Het doel dat duidelijk door de Deense naheffingsregeling wordt nagestreefd, is namelijk niet om een passend evenwicht tussen het belasten van winst en verrekenen van verlies te scheppen voor activiteiten die volgens de verrekeningsmethode worden belast. De regeling is enkel bedoeld – zoals ook het Koninkrijk Denemarken zelf heeft

37 — Zie ook arresten National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 46) en DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, punten 48 e.v.).

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

aangevoerd – om in een bijzonder geval misbruik van de volledige verliesverrekening in het kader van de verrekeningsmethode voorkomen. In de regel zullen belastingplichtigen onder het Deense belastingrecht echter juist profiteren van dit voordeel van volledige verliesverrekening, zelfs wanneer deze verliesverrekening bij gebreke van toekomstige winsten niet meer zal worden gecompenseerd.

56. Gelet op deze wijze van inrichting van de Deense regeling zou een beroep op de rechtvaardigingsgrond van de handhaving van de samenhang van de belastingregeling ook zijn uitgesloten in het licht van de vaste rechtspraak dat een nationale regeling slechts geschikt is om de verwezenlijking van het beoogde doel te waarborgen, wanneer die verwezenlijking waarlijk coherent en systematisch wordt nagestreefd. [39]

57. De onderhavige beperking van de vrijheid van vestiging kan derhalve niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak de samenhang van een belastingregeling te garanderen.

3. Voorkoming van belastingontwijking

58. Volgens vaste rechtspraak kan een nationale regeling die de vrijheid van vestiging beperkt echter zijn gerechtvaardigd ter voorkoming van belastingontwijking, wanneer deze regeling speciaal is gericht op volstrekt kunstmatige constructies die zijn bedoeld om de wetgeving van de betrokken lidstaat te omzeilen. [40] Indien het doel in het bijzonder is te voorkomen dat de winsten naar een andere lidstaat worden overgebracht, lijkt het Hof zelfs minder strenge eisen te stellen. Waar het gaat om handhaving van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten kan namelijk ook een regeling zijn gerechtvaardigd die niet speciaal erop is gericht volstrekt kunstmatige constructies te voorkomen. [41]

59. De regeling die hier aan de orde is, heeft blijkens de memorie van toelichting tot doel te verhinderen dat een concern verliezen van een buitenlandse vaste inrichting eerst in Denemarken gebruikt ter vermindering van de belasting, maar latere winsten alleen in een andere lidstaat laat belasten. Het is denkbaar dat in die zin een mogelijkheid tot ontwijking kan bestaan, met name bij een klassiek verloop van een investering, waarin wegens de begininvesteringen een fase van verlies wordt gevolgd door een fase waarin winst wordt behaald. Derhalve kan de overdracht van de activiteit van een buitenlandse vaste inrichting binnen het concern, zelfs wanneer de verliezen ervan niet meer kunnen worden verrekend door de overnemende vennootschap, voordelig zijn indien het buitenlandse belastingtarief lager is dan het Deense.

60. Een nationale regeling ter voorkoming van belastingontwijking mag echter niet verder gaan dan voor het bereiken van deze doelstelling noodzakelijk is. Derhalve moet ten eerste een belastingplichtige de mogelijkheid krijgen bewijzen voor eventuele economische redenen over te leggen. [42] Ten tweede moet de belastingcorrectie beperkt blijven tot dat deel dat uitgaat boven hetgeen zonder de onderlinge verbondenheid van de vennootschappen zou zijn ontstaan. [43]

61. In een massaal proces als de belastingheffing kan niet worden geëist dat ieder afzonderlijk geval verplicht individueel wordt getoetst; feiten die doorgaans een bepaald gevolg hebben of zijn ingegeven door een bepaald motief, moeten integendeel in een algemene regeling worden behandeld.

39 — Zie bijvoorbeeld arrest Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 — Zie bijvoorbeeld arresten Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, punt 63) en SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punt 65).

41 — Arrest SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punt 66).

42 — Zie ook arrest SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punt 77).

43 — Zie ook arrest SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punt 72).

62. In het onderhavige geval zijn de grenzen van een nog toelaatbare normering van een belastingontwijking echter in ieder geval overschreden. Ten eerste heeft de belastingplichtige geen enkele mogelijkheid om tegenbewijs aan te voeren voor de ontduiking, hoewel duidelijk is dat bij de overdracht van een vaste inrichting binnen een concern weloverwogen economische gronden kunnen bestaan voor afstoting, bijvoorbeeld vermindering van dubbele capaciteit, zoals ook in het onderhavige geval is aangetoond. Zoals in de tweede plaats ook uit het onderhavige geval naar voren komt, is het, zoals de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA heeft gesteld, niet evenredig om ook bij iedere slechts gedeeltelijke overdracht van een vaste inrichting een volledige naheffing op te leggen voor eerder verrekende verliezen. Daardoor worden namelijk ook die gevallen getroffen waarin de vaste inrichting in wezen enkel is afgewikkeld.

63. Ten derde en tot slot staat de naheffing over alle verrekende verliezen in geen verhouding tot de belastingderving over de toekomstige winsten, die de Deense regeling moet compenseren. Het Koninkrijk Denemarken mag legitiem enkel die winsten belasten, die op het moment van de vervreemding al zijn ontstaan. De daaropvolgende verhoogde winstkansen vallen namelijk onder de heffingsbevoegdheid van de dan bevoegde lidstaat. De winsten die op het moment van de vervreemding al waren ontstaan, komen echter, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, tot uitdrukking in de vaststelling van de vervreemdingsprijs volgens het arm's lenth-beginsel.[44]

64. Wanneer het Koninkrijk Denemarken deze waarde daarentegen niet passend acht omdat naar zijn opvatting de overdracht binnen een concern kan leiden tot een grotere opbrengst dan de overdracht aan een derde, moet erop worden gewezen dat deze eventuele grotere opbrengst toch al niet tot uiting zou komen indien de vaste inrichting zou blijven worden geëxploiteerd onder de heffingsbevoegdheid van Denemarken. De onderhavige regeling heeft echter uiteindelijk juist tot doel de vaste inrichting onder de heffingsbevoegdheid van Denemarken te houden.

65. Derhalve kan ook het doel van voorkoming van belastingontwijking de onderhavige beperking van de vrijheid van vestiging niet rechtvaardigen, aangezien de Deense regeling verder gaat dan voor het bereiken van deze doelstelling noodzakelijk is.

4. Resultaat wat de rechtvaardiging betreft

66. De onderhavige beperking van de vrijheid van vestiging wordt derhalve niet gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. Derhalve hoeft ook niet te worden ingegaan op het argument van Nordea Bank Danmark, dat een rechtvaardiging overeenkomstig het arrest Marks & Spencer in ieder geval is uitgesloten aangezien de verliesverrekening niet aan een belastingplichtige kan worden geweigerd wanneer – zoals in het onderhavige geval wegens de sluiting van de bankfilialen – alle mogelijkheden tot verliesverrekening in de bronstaat zijn uitgesloten.

V – **Conclusie**

67. De prejudiciële vraag moet aldus worden beantwoord:

„Artikel 43 juncto artikel 48 EG en artikel 31 juncto artikel 34 van de EER-Overeenkomst staan eraan in de weg dat een lidstaat die een ingezeten vennootschap in het kader van de verrekeningsmethode toestaat de verliezen van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting doorlopend in aftrek te brengen, een naheffing oplegt over alle verliezen van de vaste inrichting (voor zover zij niet worden gecompenseerd door winst in latere jaren), indien in naheffing is voorzien in alle gevallen waarin een deel van de onderneming wordt overgedragen aan een verbonden vennootschap die in dezelfde staat is gevestigd als de vaste inrichting."

44 — Zie ook hierboven, bij punt 50.