CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
A. M. COLLINS
van 3 maart 2022[1]

**Zaak C-538/20**

**Finanzamt B**
**tegen**
**W AG,**
**in tegenwoordigheid van:**
**Bundesministerium der Finanzen**

[Verzoek van het Bundesfinanzhof (hoogste federale rechter in belastingzaken, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – artikelen 43 en 48 EG – Vrijheid van vestiging – Vennootschapsbelasting – Bedrijfsbelasting – Aftrek van verliezen van een in een lidstaat gelegen vaste inrichting die behoort tot een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap – Voorkoming van dubbele belasting door vrijstelling van de inkomsten van de niet-ingezeten vaste inrichting – Vergelijkbaarheid van de situaties – Begrip ‚definitieve verliezen'"

## I. Inleiding

1. Met het onderhavige verzoek van het Bundesfinanzhof (hoogste federale rechter in belastingzaken, Duitsland) om een prejudiciële beslissing wordt het Hof in wezen verzocht om vast te stellen of een ingezeten moedervennootschap op grond van artikel 43 EG, gelezen in samenhang met artikel 48 EG[2], de verliezen mag aftrekken die zijn geleden door haar niet-ingezeten vaste inrichting, die haar activiteiten heeft gestaakt waardoor die verliezen niet meer kunnen worden verrekend in de staat waar deze niet-ingezeten vaste inrichting is gelegen, in omstandigheden waarin de winsten en verliezen van deze niet-ingezeten vaste inrichting op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in de staat waar de moedervennootschap is gevestigd, zijn vrijgesteld van belasting.

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen een in Duitsland gevestigde vennootschap, W, en de Duitse belastingdienst over de weigering van die dienst om voor de vaststelling van het bedrag van de door W verschuldigde vennootschapsbelasting en de grondslag

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] Thans artikelen 49 en 54 VWEU. De bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap moeten worden toegepast, aangezien het Verdrag van Lissabon ten tijde van de feiten van het hoofdgeding nog niet in werking was getreden.

van de bedrijfsbelasting voor het belastingjaar 2007 de definitieve verliezen[3] van haar in het Verenigd Koninkrijk gelegen bijkantoor in aanmerking te nemen. In het bijzonder rijst de vraag of de benadering die het Hof in het arrest Bevola en Jens W. Trock[4] heeft gekozen ten aanzien van de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties van ingezetenen en niet-ingezetenen wat de aftrekbaarheid van definitieve verliezen betreft, kan worden toegepast op de onderhavige zaak, waarin de vrijstelling van de winst – en symmetrisch, van de verliezen – van de niet-ingezeten vaste inrichting voortvloeit uit een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting en niet, zoals in de zaak die tot voornoemd arrest heeft geleid, van een unilaterale bepaling van nationaal recht.

## II. Toepasselijke bepalingen

### *A. Tussen Duitsland en het Verenigd Koninkrijk gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting*

3. Op 26 november 1964 heeft de Bondsrepubliek Duitsland met het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland een verdrag gesloten tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar vermogenswinsten (hierna: „verdrag”).[5]

4. Artikel III, lid 1, van het verdrag luidt als volgt:

„De industriële of commerciële winst van een onderneming van een van de grondgebieden wordt slechts op dat grondgebied belast, tenzij de onderneming op het andere grondgebied via een aldaar gevestigde vaste inrichting een industriële of commerciële activiteit verricht. Indien zij op dat andere grondgebied via een aldaar gelegen vaste inrichting nijverheids- of handelsactiviteiten verricht, kan die winst op het andere grondgebied worden belast, maar slechts voor zover deze aan die vaste inrichting kan worden toegerekend.”

5. In artikel XVIII lid 2, onder a), van het verdrag wordt het volgende bepaald:

„Voor een ingezetene van de Bondsrepubliek wordt de belasting als volgt vastgesteld:

a) Tenzij het bepaalde onder b) hieronder van toepassing is, worden alle inkomensbestanddelen van in het Verenigd Koninkrijk gelegen bronnen en alle in het Verenigd Koninkrijk gelegen vermogensbestanddelen die op grond van dit verdrag in het Verenigd Koninkrijk kunnen worden belast, uitgesloten van de grondslag op basis waarvan in de Bondsrepubliek belasting wordt geheven, onder voorwaarde dat de in artikel VIII, lid 1, bedoelde vermogenswinsten

[3] Het Hof heeft het begrip „definitieve verliezen” gepreciseerd in het arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), waarin het heeft geoordeeld dat nationale bepalingen die een ingezeten moedervennootschap beletten om in een andere lidstaat door een in die lidstaat gevestigde dochtervennootschap geleden verliezen af te trekken van haar belastbare winst, terwijl zij de aftrek van verliezen van een ingezeten dochteronderneming wel toestaan, een beperking van de vrijheid van vestiging vormen die gerechtvaardigd kan zijn door dwingende redenen van algemeen belang. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat in geval van definitieve verliezen de restrictieve maatregelen verder gingen dan nodig voor het bereiken van de belangrijkste nagestreefde doelstellingen. In de hieronder in het antwoord op de derde vraag opgenomen uitleg wordt nader ingegaan op het begrip „definitieve verliezen”.

[4] Arrest van 12 juni 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424, punten 37 en 38).

[5] Verdrag van 26 november 1964 tussen het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en de Bondsrepubliek Duitsland tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, laatstelijk gewijzigd op 23 maart 1970, *Bundesgesetzblatt* (Duits staatsblad, hierna: „BGBl.”) (BGBl. 1966 II, blz. 358, BGBl. 1967 II, blz. 828 en BGBl. 1971 II, blz. 45).

uitsluitend worden uitgesloten indien zij in het Verenigd Koninkrijk worden belast. De Bondsrepubliek behoudt evenwel het recht om bij de bepaling van haar belastingtarief de inkomens- en vermogensbestanddelen die aldus zijn uitgesloten, in aanmerking te nemen.

[...]"

### *B. Duits recht*

6. § 1 van het Körperschaftsteuergesetz (wet op de vennootschapsbelasting; hierna: „KStG")[6], in de versie die gold ten tijde van de feiten van het hoofdgeding, luidt:

„(1) De volgende vennootschappen, verenigingen van personen en pools van activa die hun zetel of bestuur op het nationale grondgebied hebben, zijn onbeperkt vennootschapsbelastingplichtig:

1. kapitaalvennootschappen (met name Europese vennootschappen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen en commanditaire vennootschappen);

[...]

(2) De verplichting tot betaling van vennootschapsbelasting is onbeperkt en geldt voor alle inkomsten.

[...]"

7. In § 8, lid 2, KStG, in de versie die gold ten tijde van de feiten van het hoofdgeding, staat vermeld dat alle inkomsten van een onbeperkt belastingplichtige worden geacht voort te komen uit industriële of handelsactiviteiten.

8. In § 2, leden 1 en 2, van het Gewerbesteuergesetz (wet op de bedrijfsbelasting; hierna: „GewStG")[7], in de versie die gold ten tijde van de feiten van het hoofdgeding, staat het volgende te lezen:

„(1) [1]Alle industriële of handelsactiviteiten die op het nationale grondgebied worden verricht, zijn onderworpen aan de bedrijfsbelasting. [2]Onder industriële of handelsactiviteiten wordt verstaan industriële of handelswerkzaamheden in de zin van het Einkommensteuergesetz (wet op de inkomstenbelasting; hierna: ‚EStG'). [3]Industriële of handelsactiviteiten worden geacht in Duitsland te zijn verricht wanneer voor die activiteiten op Duits grondgebied [...], een vaste inrichting wordt aangehouden.

(2) [1]Activiteiten van kapitaalvennootschappen (met name Europese vennootschappen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen en commanditaire vennootschappen) worden in alle gevallen als industriële of handelsactiviteiten beschouwd.

[...]"

[6] BGBl. 2002 I, blz. 4144, laatstelijk gewijzigd in de periode waarop het hoofdgeding betrekking heeft, bij de wet van 7 december 2006 (BGBl. 2006 I, blz. 2782).

[7] BGBl. 2002 I, blz. 4167.

9. Ingevolge § 7, eerste volzin, GewStG, in de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geldende versie, wordt onder bedrijfswinst verstaan de overeenkomstig de bepalingen van het EStG of het KStG vastgestelde winst uit industriële of handelsactiviteiten die in aanmerking moet worden genomen bij het berekenen van het inkomen voor het belastingtijdvak, vermeerderd en verminderd met de in de §§ 8 en 9 GewStG bedoelde bedragen.

## III. Hoofdgeding en prejudiciële vragen

10. W is een naamloze vennootschap met statutaire zetel en hoofdkantoor in Duitsland. Zij houdt zich bezig met de handel in effecten. Haar boekjaar eindigt op 30 juni.

11. W heeft in augustus 2004 een bijkantoor in het Verenigd Koninkrijk geopend. Aangezien het bijkantoor geen winst had gemaakt, heeft W in februari 2007 besloten het kantoor te sluiten. In het handelsregister van het Verenigd Koninkrijk wordt vermeld dat de werkzaamheden van het bijkantoor in de eerste helft van 2007 zijn gestaakt.

12. Wegens de sluiting konden de verliezen die het bijkantoor in de boekjaren 2004/2005, 2005/2006 en 2006/2007 (belastingjaren 2005, 2006 en 2007) had geleden, in het Verenigd Koninkrijk niet meer voor fiscale doeleinden worden overgedragen naar volgende boekjaren. De belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk heeft W derhalve meegedeeld dat het met ingang van het boekjaar 2007/2008 en daarna niet langer nodig was om voor haar bijkantoor een belastingaangifte in te dienen.

13. W betoogde dat „vanwege het Unierecht" de hierboven genoemde door het bijkantoor geleden verliezen bij de vaststelling van haar belastbaar inkomen in Duitsland voor het belastingjaar 2007 in aanmerking moesten worden genomen als definitieve verliezen, ook al waren de inkomsten van het bijkantoor krachtens het verdrag vrijgesteld van belasting in Duitsland. Finanzamt B (belastingdienst B, Duitsland; hierna: „Finanzamt B") heeft geweigerd deze verliezen in aanmerking te nemen bij de bepaling van het bedrag dat W aan vennootschapsbelasting moet afdragen en bij de bepaling van de grondslag van de bedrijfsbelasting voor dat belastingtijdvak.

14. Bij vonnis van 4 september 2018 heeft het Hessische Finanzgericht (belastingrechter in eerste aanleg Hessen, Duitsland) het beroep van W tegen deze weigering toegewezen. Finanzamt B heeft bij de verwijzende rechter beroep in *Revision* tegen dat vonnis ingesteld. Het Bundesministerium der Finanzen (federaal ministerie van Financiën, Duitsland) heeft zich als interveniërende partij aan de zijde van Finanzamt B gevoegd.

15. De verwijzende rechter is van oordeel dat het beroep in *Revision* naar Duits recht gegrond is.

16. Ten aanzien van de aanslag van de vennootschapsbelasting geeft de verwijzende rechter aan dat hoewel W overeenkomstig § 1, lid 1, KStG voor de vennootschapsbelasting onbeperkt belastingplichtig is over al haar inkomsten, de verliezen van haar vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk de heffingsgrondslag van deze belasting niet kunnen verminderen vanwege artikel XVIII, lid 2, onder a), van het verdrag, waarin elk inkomensbestanddeel uit bronnen in het Verenigd Koninkrijk die daar kunnen worden belast, wordt uitgesloten van de heffingsgrondslag van de Duitse belastingen. Hoewel in artikel III, lid 1, van het verdrag uitsluitend de „industriële of commerciële winst" uitdrukkelijk wordt vermeld, constateert de verwijzende rechter dat volgens artikel XVIII, lid 2, onder a), van het verdrag „negatieve inkomsten", zoals de door W

gestelde verliezen, eveneens van de heffingsgrondslag van de Duitse belastingen worden uitgesloten. Die benadering stemt overeen met de vaste rechtspraak van de verwijzende rechter en met het „symmetriebeginsel” [8].

17. Wat de aanslag voor de bedrijfsbelasting betreft, herinnert de verwijzende rechter eraan dat volgens § 7 GewStG de bedrijfswinst wordt bepaald aan de hand van de bepalingen van het KStG. Aangezien de inkomsten van het Britse bijkantoor van W, daaronder begrepen de „negatieve inkomsten”, op grond van het verdrag zijn uitgesloten van de heffingsgrondslag van de vennootschapsbelasting van W, zijn de verliezen van dit bijkantoor evenzo uitgesloten van de heffingsgrondslag van de bedrijfsbelasting van W.

18. De verwijzende rechter vraagt zich evenwel af of de in de artikelen 43 en 48 EG neergelegde vrijheid van vestiging vereist dat definitieve verliezen van de vaste inrichting van W in het Verenigd Koninkrijk in aanmerking moeten worden genomen bij de vaststelling van haar belastbare inkomen in Duitsland voor het belastingjaar 2007. Hij merkt op dat in de rechtspraak van het Hof nog geen voldoende duidelijk antwoord is gegeven op de vraag of definitieve verliezen die een niet-ingezeten vaste inrichting in een andere lidstaat heeft geleden, in de lidstaat van de moedervennootschap in aanmerking moeten worden genomen wanneer een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting voorziet in de vrijstelling van de inkomsten van de niet-ingezeten vaste inrichting. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, wenst de verwijzende rechter tevens te vernemen of de verplichting om definitieve verliezen in aanmerking te nemen ook geldt voor een aanslag voor de bedrijfsbelasting en daarnaast aan de hand van welke criteria de verliezen als definitief moeten worden beschouwd. Hij staat ook stil bij hoe het bedrag van die definitieve verliezen moet worden berekend.

19. In deze omstandigheden heeft de verwijzende rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 43 juncto artikel 48 [EG] (thans artikel 49 juncto artikel 54 [VWEU]) aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen wettelijke bepalingen van een lidstaat op grond waarvan een ingezeten vennootschap verliezen van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting niet kan aftrekken van haar belastbare winst wanneer die vennootschap alle mogelijkheden tot aftrek van deze verliezen die haar worden geboden door het recht van de lidstaat waarin deze vaste inrichting gelegen is, heeft uitgeput en wanneer zij daarnaast van die vaste inrichting geen inkomsten meer ontvangt zodat er geen mogelijkheid meer bestaat om die verliezen in die lidstaat te verrekenen (‚definitieve’ verliezen), ook indien die wettelijke bepalingen betrekking hebben op de vrijstelling van winsten en verliezen op grond van een tussen beide lidstaten gesloten bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, moet artikel 43 juncto artikel 48 [EG] (thans artikel 49 juncto artikel 54 [VWEU]) dan aldus worden uitgelegd dat het tevens in de weg staat aan de wettelijke bepalingen van het [GewStG] op grond waarvan een ingezeten vennootschap de in de eerste vraag bedoelde ‚definitieve’ verliezen van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting niet mag aftrekken van haar belastbare bedrijfswinst?

[8] Volgens dat beginsel is de uitsluiting van de mogelijkheid om verliezen van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vaste inrichting in Duitsland te verrekenen, het gevolg van het feit dat over de winst uit die vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk belasting wordt geheven.

3) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, kan er dan in het geval van sluiting van de in de andere lidstaat gelegen vaste inrichting sprake zijn van ‚definitieve' verliezen als bedoeld in de eerste vraag, hoewel er op zijn minst de theoretische mogelijkheid bestaat dat de vennootschap een nieuwe vaste inrichting in de betrokken lidstaat opricht waarvan de winsten eventueel zouden kunnen worden verrekend met de eerdere verliezen?

4) Indien de eerste en de derde vraag bevestigend worden beantwoord, dient de staat waar de moedervennootschap gevestigd is, als in de eerste vraag bedoelde ‚definitieve' verliezen dan eveneens verliezen van de vaste inrichting in aanmerking te nemen die volgens het recht van de staat waar die inrichting gelegen is, ten minste eenmaal naar een volgend belastingtijdvak konden worden overgedragen?

5) Indien de eerste en de derde vraag bevestigend moeten worden beantwoord, is de verplichting om grensoverschrijdende ‚definitieve' verliezen in aanmerking te nemen dan beperkt tot het bedrag van de verliezen die de vennootschap in de betrokken staat waar de vaste inrichting gelegen is, in de boeken had kunnen opnemen indien de verliesverrekening daar niet was uitgesloten?"

20. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door W, de Duitse regering, de Franse regering, de Finse regering en de Europese Commissie.

## IV. Juridische beoordeling

### *A. Eerste vraag*

21. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 43 EG, gelezen in samenhang met artikel 48 EG, zich verzet tegen een belastingregeling van een lidstaat op grond waarvan een ingezeten vennootschap voor de bepaling van het bedrag van de in die lidstaat verschuldigde vennootschapsbelasting niet de mogelijkheid heeft om de definitieve verliezen van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van haar belastbaar inkomen af te trekken, wanneer winst en verlies op grond van een tussen deze twee lidstaten gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in de vestigingsstaat van belasting zijn vrijgesteld.

22. Na te hebben gewezen op de rechtspraak van het Hof inzake definitieve verliezen in het arrest Marks & Spencer[9], voert de verwijzende rechter aan dat hij in een vonnis van 22 februari 2017 de door het Hof in het arrest Timac Agro Deutschland[10] beschreven beginselen heeft toegepast en dus zijn eerdere rechtspraak, die was gebaseerd op de uitspraak van het Hof in het arrest Lidl Belgium[11] heeft gewijzigd. Het Bundesfinanzhof vraagt zich af of het zijn vonnis van 22 februari 2017 moet blijven volgen, gelet op de uitspraak van het Hof in het arrest Bevola en Jens

[9] Arrest van 13 december 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763). Zie voetnoot 3 hierboven.

[10] Arrest van 17 december 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829). Voor een gedetailleerdere beschrijving van dat arrest dienen de overwegingen in punt 35 van deze conclusie te worden geraadpleegd.

[11] Arrest van 15 mei 2008 (C-414/06, EU:C:2008:278). Het Hof heeft geoordeeld dat artikel 43 EG zich er niet tegen 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 laatstgenoemde lidstaat, waar de betrokken verliezen kunnen worden verrekend in het kader van de belastingheffing over de inkomsten van die vaste inrichting in toekomstige belastingjaren. Het Hof kwam tot deze conclusie na te hebben vastgesteld dat de betrokken belastingregeling, op grond waarvan dergelijke verliezen konden worden afgetrokken wanneer zij werden geleden door ingezeten vaste inrichtingen, een beperking van de vrijheid van vestiging betrof die gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang.

W. Trock [12], die aldus zou kunnen worden opgevat dat is geoordeeld dat een onbeperkt belastingplichtige vennootschap met een niet-ingezeten bijkantoor dat definitieve verliezen heeft geleden, zich in een vergelijkbare situatie bevindt als een onbeperkt belastingplichtige vennootschap met een ingezeten bijkantoor dat dergelijke verliezen heeft geleden, ook in een geval als het onderhavige, waar de rechtvaardiging voor het niet verrekenen van de definitieve verliezen is gebaseerd op het uit een bilateraal verdrag voortvloeiende symmetriebeginsel. Voor sommige auteurs uit de Duitse rechtsliteratuur, wier opvattingen door het federale ministerie van Financiën worden gedeeld, bestaat er echter een fundamenteel verschil tussen een dergelijk geval en het geval in het arrest Bevola en Jens W. Trock, aangezien het laatstgenoemde arrest een unilaterale bepaling van nationaal recht betrof. De verwijzende rechter vraagt zich af of de juridische herkomst van de regel een andere beoordeling van de objectieve vergelijkbaarheid van de twee situaties rechtvaardigt.

23. De verwijzende rechter geeft aan dat de verdragsluitende staten, teneinde de doelstelling te verwezenlijken dat dubbele belastingheffing over inkomsten van vaste inrichtingen wordt voorkomen, in artikel XVIII, lid 2, onder a), van het verdrag hebben gekozen voor toepassing van de vrijstellingsmethode, waarbij, anders dan bij de verrekeningsmethode, het recht om belasting te heffen wordt toegekend aan de staat waar de vaste inrichting is gelegen en de woonstaat afstand doet van alle – op zijn eigen soevereiniteit gebaseerde – rechten om belasting te heffen. Aangezien die bepaling er op grond van het symmetriebeginsel ook in voorziet dat verliezen van vaste inrichtingen onder de vrijstellingsmethode vallen, beoogt het verdrag dus ook dubbele aftrek van verliezen te voorkomen.

24. Voor vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Unie hebben, brengt de vrijheid van vestiging het recht mee om in andere lidstaten hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een filiaal of een agentschap. [13]

25. Hoewel de bepalingen van het Unierecht betreffende de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan het voordeel van de behandeling als eigen staatsburgers in de lidstaat van ontvangst beogen te waarborgen, verzetten zij zich ertegen dat de lidstaat van oorsprong de vestiging van een van zijn staatsburgers of van een naar zijn wetgeving opgerichte vennootschap in een andere lidstaat belemmert. [14]

26. Deze overwegingen gelden ook wanneer, zoals in casu, een vennootschap met zetel in een lidstaat haar activiteiten in een andere lidstaat verricht via een vaste inrichting. [15]

27. Er zij op gewezen dat het Hof heeft geoordeeld dat 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 het belastbare inkomen van de vennootschap waartoe zij behoort, een fiscaal voordeel vormt. [16]

[12] Arrest van 12 juni 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424). Zoals in punt 42 van deze conclusie gedetailleerder zal worden uitgewerkt, heeft het Hof in dat arrest geoordeeld dat met betrekking tot aan een niet-ingezeten vaste inrichting toe te rekenen definitieve verliezen de situatie van een ingezeten vennootschap met een dergelijke inrichting vanuit het oogpunt van het doel om dubbele aftrek van verliezen te voorkomen, niet verschilt van de situatie van een ingezeten vennootschap met een ingezeten vaste inrichting, ook al zijn de situaties van die twee vennootschappen in beginsel niet vergelijkbaar.

[13] Arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 30).

[14] Arrest van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[15] Arresten van 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punt 20), en 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 17).

[16] Zie in die zin arresten van 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punt 23), en 17 juli 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 20).

28. De verlening van een dergelijk fiscaal voordeel wanneer de verliezen worden geleden door een vaste inrichting gelegen in de lidstaat van de ingezeten vennootschap, maar niet wanneer zij worden geleden door een vaste inrichting gelegen in een andere lidstaat, heeft tot gevolg dat de fiscale situatie van een ingezeten vennootschap met een vaste inrichting in een andere lidstaat minder gunstig is dan wanneer deze vaste inrichting in dezelfde lidstaat als de ingezeten vennootschap was gelegen. Dat verschil in behandeling kan het voor een ingezeten vennootschap minder aantrekkelijk maken om gebruik te maken van haar vrijheid van vestiging door vaste inrichtingen in andere lidstaten op te zetten, en dat kan dus een beperking van de vrijheid van vestiging vormen. [17]

29. In casu is onmiskenbaar sprake van een dergelijk verschil in behandeling. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat op grond van de bepalingen van het KStG vennootschappen die hun hoofdkantoor in Duitsland hebben of daar statutair zijn gevestigd, over hun gehele inkomen vennootschapsbelasting verschuldigd zijn. Het Verenigd Koninkrijk heeft evenwel op grond van het verdrag en de daarin opgenomen vrijstellingsmethode de uitsluitende bevoegdheid om belasting te heffen over de inkomsten van de daar gevestigde vaste inrichtingen, die dus van belastingbetaling in Duitsland [18] zijn vrijgesteld. Overeenkomstig het symmetriebeginsel zijn door deze vaste inrichtingen geleden verliezen uitgesloten van de heffingsgrondslag van de vennootschapsbelasting die door hun moedervennootschap in Duitsland is verschuldigd. Alle partijen zijn het er dus over eens dat volgens de bepalingen van het KStG en het verdrag, in onderlinge samenhang gelezen, een in Duitsland gevestigde vennootschap de verliezen van haar in het Verenigd Konikrijk gelegen vaste inrichting niet kan aftrekken, terwijl zij dat wel zou kunnen doen indien haar vaste inrichting in Duitsland was gelegen.

30. Volgens vaste rechtspraak vormt een dergelijk verschil in behandeling echter geen beperking van de vrijheid van vestiging indien dat verschil betrekking heeft op situaties die objectief niet vergelijkbaar zijn, of indien het door een dwingende reden van algemeen belang wordt gerechtvaardigd en evenredig is aan dat doel. [19]

31. De onzekerheden die aan de eerste vraag van de verwijzende rechter ten grondslag liggen, hebben uitsluitend betrekking op het vereiste van objectieve vergelijkbaarheid. In dat verband merken de Duitse, de Franse en de Finse regering op dat de betrokken situaties niet vergelijkbaar zijn. Door zich in wezen te baseren op het arrest Bevola en Jens W. Trock, stellen W en de Commissie zich op het tegenovergestelde standpunt.

32. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat bij de vergelijking van een grensoverschrijdende situatie met een binnenlandse situatie rekening moet worden gehouden met het doel dat met de toepasselijke nationale bepalingen wordt nagestreefd. [20] In casu stellen de verwijzende rechter, de Duitse regering en de Commissie dat met artikel XVIII van het verdrag wordt beoogd dubbele belasting van de winst en de keerzijde daarvan, dubbele aftrek van verlies, te voorkomen.

[17] Zie in die zin arrest van 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punten 24-26).

[18] De Bondsrepubliek Duitsland houdt evenwel het recht om dat inkomen in aanmerking te nemen om het toepasselijke belastingtarief te bepalen.

[19] Arrest van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[20] Arrest van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt tevens dat in een andere dan de betrokken lidstaat gelegen vaste inrichtingen zich in beginsel niet in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van in die lidstaat gelegen vaste inrichtingen ten aanzien van de door die laatste lidstaat vastgestelde maatregelen om dubbele belasting op de winst van een ingezeten vennootschap te voorkomen of te beperken. [21]

34. Zoals de Franse regering terecht opmerkt, is dit volgens de rechtspraak van het Hof slechts anders wanneer in de belastingregeling van de vestigingsstaat van die vennootschap deze inrichtingen gelijk worden gesteld met ingezeten vaste inrichtingen [22], door belasting te heffen over de winst van niet-ingezeten vaste inrichtingen en/of toe te staan dat hun verliezen door de ingezeten vennootschap waartoe zij behoren worden afgetrokken. [23]

35. Ik zou in dat verband in het bijzonder willen wijzen op het antwoord van het Hof op de tweede prejudiciële vraag in het arrest Timac Agro Deutschland [24]. Het Hof werd in wezen gevraagd of artikel 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een belastingregeling van een lidstaat die bij de overdracht door een ingezeten vennootschap van een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting aan een niet-ingezeten vennootschap die tot hetzelfde concern behoort, de ingezeten vennootschap de mogelijkheid ontzegt om verliezen van de overgedragen vaste inrichting in aanmerking te nemen bij de vaststelling van haar heffingsgrondslag wanneer de lidstaat van vestiging van die vaste inrichting op grond van een overeenkomst ter voorkoming van dubbele belasting [25] exclusief bevoegd is om belasting te heffen over de resultaten van die vaste inrichting. Het Hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord. In punt 65 van het arrest Timac Agro Deutschland heeft het geoordeeld dat „aangezien de resultaten van een vaste inrichting in Oostenrijk niet onder de fiscale bevoegdheid van de Bondsrepubliek Duitsland vallen, zodat het in Duitsland niet langer is toegestaan de verliezen van die vaste inrichting af te trekken, de situatie van een dergelijke vaste inrichting niet vergelijkbaar is met die van een vaste inrichting in Duitsland, wat betreft de door de Bondsrepubliek Duitsland vastgestelde maatregelen om de dubbele belasting op de winst van een ingezeten vennootschap te voorkomen of te beperken”.

36. Mijns inziens kan uit de in de voorgaande punten van deze conclusie aangehaalde rechtspraak worden afgeleid dat voor de vaststelling dat de respectieve situaties van ingezetenen en niet-ingezetenen met betrekking tot de belastingregeling van een lidstaat – en in het bijzonder tot de aftrekbaarheid van verliezen – niet objectief vergelijkbaar zijn, de beslissende factor is dat de lidstaat niet bevoegd is om niet-ingezetenen te belasten. In dit verband moet worden verwezen naar de conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de zaak Timac Agro Deutschland [26], waarin hij onder verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in de gevoegde zaken Miljoen e.a. [27] heeft opgemerkt dat „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

21 Zie in die zin arrest van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

22 Zoals blijkt uit de overwegingen in punt 29 hierboven, is dit in casu niet het geval.

23 Zie in die zin arresten van 17 juli 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 24), en 17 december 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punt 28). Ook kan worden verwezen naar punt 68 van het arrest van 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773), waarin het Hof heeft geoordeeld dat „[z]odra 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 vennootschap ontvangen, aan de inkomstenbelasting onderwerpt, [...] de situatie van deze niet-ingezeten aandeelhouders die van de ingezeten aandeelhouders [benadert]”.

24 Arrest van 17 december 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829).

25 In dat geval voorzag een tussen de Bondsrepubliek Duitsland en de Republiek Oostenrijk gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in de toepassing van de vrijstellingsmethode.

26 C-388/14, EU:C:2015:533, punten 31 en 32.

27 C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:429, punt 55.

[is] *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'" en dat „[b]ij die aanpak [...] eerst [moet] 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".

37. Zoals de Duitse regering naar voren brengt, heeft het Hof in zijn recentere arrest AURES Holdings bevestigd dat het ontbreken van heffingsbevoegdheid doorslaggevend is bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een binnenlandse situatie met het oog op de aftrekbaarheid van verliezen. Zo heeft het Hof in punt 41 van dat arrest, onder verwijzing naar punt 65 van het arrest Timac Agro Deutschland [28], geoordeeld dat „bij gebreke van fiscale bevoegdheid van de lidstaat van ontvangst voor het belastingtijdvak waarin de betrokken verliezen zijn ontstaan, de situatie van een vennootschap die haar fiscale woonplaats naar die lidstaat heeft verplaatst en er vervolgens eerder in een andere lidstaat geleden verliezen opvoert, niet vergelijkbaar is met die van een vennootschap waarvan de resultaten onder de fiscale bevoegdheid van de eerste lidstaat vallen voor het belastingtijdperk waarin deze laatste vennootschap verlies heeft geleden" [29].

38. Gelet op het voorgaande ben ik met de Duitse, de Franse en de Finse regering van mening dat ten aanzien van een belastingregeling zoals de regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan niet-ingezeten vaste inrichtingen van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap op grond van een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting waarbij de vrijstellingsmethode wordt toegepast, worden onderworpen aan de exclusieve heffingsbevoegdheid van de lidstaat waarin zij zijn gevestigd, de situatie van die inrichtingen niet objectief vergelijkbaar is met die van ingezeten vaste inrichtingen van een dergelijke vennootschap.

39. Hieruit volgt dat het verschil in behandeling tussen deze twee categorieën vaste inrichtingen, zoals beschreven in punt 29 hierboven, geen beperking vormt die door de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging wordt verboden.

40. De verwijzende rechter vraagt zich af of bovengenoemde vaststellingen in het licht van de oplossing waarvoor het Hof in het arrest Bevola en Jens W. Trock [30] heeft gekozen, ter discussie komen te staan.

41. Mijns inziens moet deze vraag ontkennend worden beantwoord.

42. Het arrest Bevola en Jens W. Trock [31] had betrekking op een Deense wettelijke regeling volgens welke een ingezeten vennootschap het verlies dat haar in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting had geleden, niet van haar belastbare winst mocht aftrekken, zelfs niet wanneer

[28] Arrest van 17 december 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829).

[29] Arrest van 27 februari 2020, AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2020:127, punt 41, zie ook punt 45). Het klopt dat de omstandigheden van dat arrest verschillen van de in casu onderzochte omstandigheden. Maar de doorslaggevende factor van het ontbreken van fiscale bevoegdheid, die het Hof in dat arrest heeft erkend, is mijns inziens ook van toepassing op een situatie als die van het hoofdgeding. Opgemerkt zij dat advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in de zaak AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2019:879, punten 28 en 30) eveneens heeft opgemerkt dat het Hof „voor de vergelijkbaarheid [...] tot dusver ook als criterium [heeft] gehanteerd of de betrokken lidstaat een overeenkomstige fiscale bevoegdheid heeft".

[30] Arrest van 12 juni 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424).

[31] Arrest van 12 juni 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424).

dat verlies definitief niet meer in die andere lidstaat kon worden verrekend, tenzij de ingezeten vennootschap had gekozen voor een regeling van internationale gezamenlijke belastingheffing waarvoor strikte voorwaarden golden.[32] Daarentegen zou een ingezeten vennootschap die aftrek hebben kunnen toepassen indien haar vaste inrichting in Denemarken was gelegen. Het Hof heeft geoordeeld dat een dergelijke regeling een verschil in behandeling in het leven riep tussen Deense vennootschappen met een vaste inrichting in Denemarken en Deense vennootschappen met een vaste inrichting in een andere lidstaat, hetgeen het voor een Deense vennootschap minder aantrekkelijk kon maken om gebruik te maken van haar vrijheid van vestiging bij het opzetten van vaste inrichtingen in andere lidstaten. Wat de vergelijkbaarheid van de situaties betreft, heeft het Hof onder verwijzing naar het in punt 33 van deze conclusie vermelde beginsel, in punt 38 van het arrest Bevola en Jens W. Trock geoordeeld dat „[t]er zake van het verlies dat moet worden toegerekend aan een niet-ingezeten vaste inrichting die haar activiteiten heeft beëindigd en waarvan het verlies niet kon en niet meer kan worden afgetrokken van haar belastbare winst in de lidstaat waar zij haar activiteiten uitoefende, [...] de situatie van een ingezeten vennootschap met een dergelijke vaste inrichting echter niet verschilt van die van een ingezeten vennootschap met een ingezeten vaste inrichting, ten aanzien van het voorkomen van dubbele aftrek van het verlies”[33].

43. De bijgevolg door het Hof gekozen oplossing zou aldus kunnen worden opgevat dat zij van toepassing is op alle gevallen waarin een niet-ingezeten vaste inrichting definitieve verliezen lijdt, ongeacht of de onmogelijkheid om deze verliezen in de staat van vestiging van de moedervennootschap af te trekken voortvloeit uit een unilaterale nationale bepaling of uit een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, en of de methode om dubbele belasting te voorkomen, de verrekeningsmethode[34] dan wel de vrijstellingsmethode betreft. Volgens mij zou die uitlegging van het arrest Bevola en Jens W. Trock die in casu door W en de Commissie is voorgesteld, betekenen dat het Hof de benadering die het in zijn eerdere rechtspraak had uitgewerkt, aanzienlijk heeft gewijzigd.

44. Persoonlijk ben ik net als de Duitse, de Franse en de Finse regering van mening dat de door het Hof in punt 38 van het arrest Bevola en Jens W. Trock[35] gekozen oplossing verenigbaar is met de gevolgde benadering in punt 65 van zijn eerdere arrest Timac Agro Deutschland[36].

45. In de zaak Timac Agro Deutschland[37] heeft de staat van vestiging een bilaterale overeenkomst ter voorkoming van dubbele belasting gesloten waarin op inkomsten uit de bronstaat de vrijstellingsmethode werd toegepast. Daarbij heeft deze staat afgezien van zijn bevoegdheid om belasting te heffen over de inkomsten van in de bronstaat gelegen vaste inrichtingen. In de zaak Bevola en Jens W. Trock[38] heeft de staat van vestiging er daarentegen eenzijdig, door middel van

[32] Volgens § 8, lid 2, van de selskabsskattelov (Deense wet op de vennootschapsbelasting) vallen inkomsten of uitgaven die verband houden met een vaste inrichting of onroerend goed gelegen in een andere staat, op de Faeröer of in Groenland niet onder belastbaar inkomen, behoudens het bepaalde in § 31A, lid 1, van die wet. Op grond van de laatstgenoemde bepaling kan de uiteindelijke moedervennootschap kiezen voor de internationale gezamenlijke aanslag, dat wil zeggen ervoor kiezen dat alle al dan niet ingezeten vennootschappen van het concern, met inbegrip van hun vaste inrichtingen en onroerende zaken, binnen of buiten Denemarken, in Denemarken worden belast.

[33] Arrest van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 38).

[34] In tegenstelling tot de vrijstellingsmethode behouden de twee staten bij de verrekeningsmethode hun respectieve heffingsbevoegdheden. Belastingplichtigen die inkomsten ontvangen uit buitenlandse bron, worden aldus in hun staat van vestiging belast over hun mondiale inkomen, daaronder begrepen inkomsten uit buitenlandse bron, waarbij die laatste staat enkel de in de bronstaat betaalde belasting moet verrekenen met zijn eigen belasting over inkomsten uit buitenlandse bron.

[35] Arrest van 12 juni 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424).

[36] Ik zou tevens willen verwijzen naar de arresten van 17 juli 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087), en 27 februari 2020, AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2020:12), waarbij dat laatste arrest van een latere datum is dan het arrest Bevola en Jens W. Trock.

[37] Arrest van 17 december 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829).

[38] Arrest van 12 juni 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424).

een bepaling van nationaal recht, voor gekozen om de inkomsten van niet-ingezeten vaste inrichtingen van ingezeten vennootschappen niet te belasten, hoewel deze staat bevoegd zou zijn geweest om dat wel te doen.

46. Alleen in het eerste geval kan de staat van vestiging dus worden geacht daadwerkelijk en volledig afstand te hebben gedaan van zijn bevoegdheid om belasting te heffen over de inkomsten van niet-ingezeten vaste inrichtingen. Zoals hierboven is uiteengezet, is deze factor doorslaggevend voor de vaststelling dat de respectieve situaties van ingezetenen en niet-ingezetenen niet objectief vergelijkbaar zijn met betrekking tot het belastingstelsel van een lidstaat, waaronder met name de aftrekbaarheid van verliezen.

47. Het klopt dat het Hof in punt 39 van het arrest Bevola en Jens W. Trock [39] ook heeft opgemerkt dat „de betrokken nationale bepalingen, die zijn vastgesteld om dubbele belastingheffing over de winst en dubbele aftrek van het verlies van een niet-ingezeten vaste inrichting te voorkomen, meer algemeen erop zijn gericht ervoor te zorgen dat de belasting die een vennootschap met een dergelijke vaste inrichting moet betalen, is afgestemd op haar financiële draagkracht” en dat „de financiële draagkracht van een vennootschap met een niet-ingezeten vaste inrichting die een definitief verlies heeft geleden, [...] op dezelfde wijze [wordt] aangetast als die van een vennootschap met een ingezeten vaste inrichting die verlies heeft geleden”.

48. Ik ben er echter net als de verwijzende rechter niet van overtuigd dat de financiële draagkracht – hetgeen de verwijzende rechter overigens niet als een van de doelstellingen van het verdrag heeft aangevoerd – een doorslaggevende factor is om te bepalen of de respectieve situatie van ingezetenen en niet-ingezetenen objectief vergelijkbaar is ten aanzien van de belastingregeling van een lidstaat in een geval als het onderhavige, waar die lidstaat krachtens een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting door toepassing van de vrijstellingsmethode volledig afstand heeft gedaan van zijn bevoegdheid om belasting te heffen over niet-ingezeten vaste inrichtingen, die bijgevolg onderworpen zijn aan de uitsluitende heffingsbevoegdheid van de lidstaat waar zij zijn gevestigd. In die zin ben ik het met de verwijzende rechter eens dat de doelstelling van belastingheffing op basis van financiële draagkracht, zoals bedoeld in het arrest Bevola en Jens W. Trock [40], als algemeen en abstract beginsel van belastingheffing niet geschikt is om aan de vrijstellingsmethode van het verdrag een doel toe te voegen dat niet reeds tot uitdrukking is gebracht in de specifieke doelstellingen van het voorkomen van dubbele belastingheffing en het voorkomen van dubbele aftrek van verliezen.

49. Tegen de achtergrond van het voorgaande ben ik van mening dat een belastingregeling zoals de regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, bij gebreke van objectief vergelijkbare situaties, geen beperking van de vrijheid van vestiging vormt. Ik geef het Hof derhalve in overweging om de eerste vraag ontkennend te beantwoorden, in die zin dat artikel 43 EG, gelezen in samenhang met artikel 48 EG, niet in de weg staat aan een wettelijke regeling van een lidstaat die voorkomt dat een ingezeten vennootschap definitieve verliezen die zijn geleden door een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting, in aftrek brengt op haar belastbare winst, wanneer in die wettelijke regeling winsten en verliezen worden vrijgesteld op grond van een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen de twee lidstaten.

[39] Ibidem.

[40] Ibidem.

50. Gelet op het antwoord dat ik in overweging geef op de eerste vraag, behoeft het Hof de tweede tot en met de vijfde vraag, die zijn gesteld voor het geval de eerste vraag bevestigend werd beantwoord, niet te beantwoorden. Zowel volledigheidshalve als voor het geval het Hof tot een ander oordeel zou komen dan het voorgestelde antwoord op de eerste vraag, ga ik evenwel achtereenvolgens op elk van deze vragen in.

## *B. Tweede vraag*

51. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 43 EG, gelezen in samenhang met artikel 48 EG, zich ook verzet tegen een wettelijke regeling zoals het GewStG, op grond waarvan een ingezeten vennootschap definitieve verliezen van een niet-ingezeten vaste inrichting niet mag aftrekken van haar belastbare bedrijfswinst.

52. De verwijzende rechter geeft aan dat de bedrijfsbelasting een niet-persoonlijke gemeentelijke belasting is waaraan alle industriële of handelsactiviteiten zijn onderworpen, voor zover zij op nationaal grondgebied worden verricht. Bedrijfsbelasting wordt ongeacht de persoonlijke situatie van de belastingplichtige en in aanvulling op de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting geheven. De bedrijfsbelasting was bedoeld ter compensatie van de specifieke lasten die industrie, handel en ambachten voor gemeenten veroorzaken. Sinds 1988 wordt bedrijfsbelasting in wezen geheven over de bedrijfswinst, die krachtens het EStG of het KStG wordt berekend aan de hand van de winst uit industriële of handelsactiviteiten, behoudens bepaalde bijtellingen en verminderingen overeenkomstig respectievelijk §§ 8 en 9 van het GewStG. Meer bepaald wordt de som van de winst en de bijtellingen krachtens artikel 9, lid 3, GewStG verminderd met het deel van de bedrijfswinst van een binnenlandse vennootschap dat is toe te rekenen aan een buitenlandse vaste inrichting van die vennootschap.

53. De verwijzende rechter geeft aan dat de – positieve of negatieve – inkomsten van de niet-ingezeten vaste inrichtingen zijn uitgesloten van de heffingsgrondslag van de bedrijfsbelasting, ongeacht of in het toepasselijke verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gebruik wordt gemaakt van de vrijstellingsmethode of de verrekeningsmethode, dan wel dat een dergelijk verdrag niet van toepassing is.

54. De verwijzende rechter is van mening dat indien de vrijheid van vestiging zou vereisen dat definitieve verliezen van niet-ingezeten vaste inrichtingen in de lidstaat van de moedervennootschap in aanmerking worden genomen om te bepalen of vennootschapsbelasting is verschuldigd, deze verliezen ook in de heffingsgrondslag van de bedrijfsbelasting in aanmerking moeten worden genomen. Hij wijst er evenwel op dat de Duitse belastingdienst en sommige rechtsgeleerden zich tegen deze oplossing verzetten omdat de bedrijfsbelasting aldus is opgezet dat zij een binnenlands verband moet hebben en niet persoonlijk is. Daarnaast voert Finanzamt B aan dat in het Verenigd Koninkrijk geen met de bedrijfsbelasting vergelijkbare niet-persoonlijke belasting bestaat. Onder verwijzing naar de uitspraak van het Hof in de zaak Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt[41], voert het aan dat de Bondsrepubliek Duitsland op grond van het Unierecht niet kan worden verplicht om de gevolgen te dragen van een dergelijke keuze van de lidstaat waar de inkomsten vandaan komen.

[41] Arrest van 23 oktober 2008 (C-157/07, EU:C:2008:588).

55. Indien bedrijfsbelasting ondanks bepaalde verschillen tussen bedrijfswinst en winst waarover vennootschapsbelasting wordt geheven, vergelijkbaar is met inkomstenbelasting, zoals de verwijzende rechter lijkt te suggereren en wat hij ook dient vast te stellen [42], zou een bevestigend antwoord op de eerste vraag naar mijn mening ook tot een bevestigend antwoord op de tweede vraag moeten leiden.

56. Het feit dat de bedrijfsbelasting in de woorden van de verwijzende rechter „een structureel binnenlands verband heeft (territorialiteitsbeginsel)", doet mijns inziens aan die vaststelling niets af. Zoals de Commissie terecht opmerkt, verschilt in omstandigheden als bedoeld in de eerste vraag de situatie van de ingezeten moedervennootschap ten aanzien van de bedrijfsbelasting niet van de situatie ten aanzien van de vennootschapsbelasting, aangezien in beide gevallen alleen over de binnenlandse inkomsten belasting wordt geheven. Zoals de verwijzende rechter en de Duitse regering opmerken, worden bij een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dat voorziet in de vrijstellingsmethode, de positieve of negatieve inkomsten van niet-ingezeten vaste inrichtingen, vanwege de verwijzing naar „overeenkomstig de bepalingen van het KStG vastgestelde winst" in § 7, eerste volzin, GewStG, uitgesloten van de heffingsgrondslag van de belasting over de bedrijfswinst. [43]

57. Bij een bevestigend antwoord op de eerste vraag ben ik dan ook van mening dat de door het Hof in punt 38 van het arrest Bevola en Jens W. Trock [44] gekozen oplossing met betrekking tot de objectieve vergelijkbaarheid van de respectieve situaties van niet-ingezetenen en ingezetenen ten aanzien van de aftrekbaarheid van definitieve verliezen, van overeenkomstige toepassing dient te zijn op de vaststelling van de bedrijfsbelasting.

58. Tijdens de procedure voor de verwijzende rechter heeft Finanzamt B aangevoerd dat er in het Verenigd Koninkrijk geen niet-persoonlijke belasting bestaat die vergelijkbaar is met de bedrijfsbelasting. Daaruit heeft Finanzamt B afgeleid dat „het uitsluiten van de aftrek van verliezen voor de vaststelling van de bedrijfsbelasting hoofdzakelijk voortvloeit uit het feit dat in het Verenigd Koninkrijk als bronstaat van meet af aan geen aftrek van verliezen voor de vaststelling van de bedrijfsbelasting is toegestaan". Dit vind ik geen overtuigend argument. Zoals de Commissie naar mijn mening terecht opmerkt, zijn de eventuele inkomsten van een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk onderworpen aan de vennootschapsbelasting en dus belastbaar, ongeacht of naast de vennootschapsbelasting nog andere inkomstenbelastingen van toepassing kunnen zijn.

59. De verwijzing van Finanzamt B naar het arrest Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt [45], waarin het Hof heeft geoordeeld dat „een lidstaat niet ertoe kan worden verplicht, bij de toepassing van zijn fiscale wettelijke regeling rekening te houden met de eventueel ongunstige gevolgen voortvloeiende uit de bijzonderheden van een regeling van een andere staat die van toepassing is op een vaste inrichting die op het grondgebied van die staat is gevestigd en toebehoort aan een vennootschap met zetel op het grondgebied van eerstgenoemde staat", doet niet ter zake. Zoals W en de Commissie terecht betogen, verschilt de daarin beschreven situatie van de situatie in casu, waarin de onmogelijkheid om de definitieve verliezen van de niet-ingezeten vaste inrichting te verrekenen, niet voortvloeit uit de wettelijke regeling van

[42] Ingevolge § 7, eerste volzin, GewStG moet die laatste winst overeenkomstig § 8 worden verhoogd of overeenkomstig § 9 worden verminderd.

[43] Bij gebreke van een dergelijk verdrag of wanneer het toepasselijke dubbelbelastingverdrag voorziet in de verrekeningsmethode, worden de inkomsten van niet-ingezeten vaste inrichtingen krachtens § 9, punt 3, GewStG van de bedrijfswinst afgetrokken en dus niet aan de bedrijfsbelasting onderworpen.

[44] Arrest van 12 juni 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424).

[45] Arrest van 23 oktober 2008 (C-157/07, EU:C:2008:588, punt 49).

de staat waar zij is gevestigd – in het bijzonder het feit dat deze staat niet beschikt over een met bedrijfsbelasting vergelijkbare belasting – maar uit het feit dat die inrichting haar activiteiten heeft stopgezet, met als gevolg dat er geen geld meer wordt verdiend.

### *C. Derde vraag*

60. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter duidelijkheid te verkrijgen over het begrip „definitieve verliezen". Onder verwijzing naar de uitspraken van het Hof in de arresten Memira Holding en Holmen [46], vraagt hij zich in het bijzonder af of verliezen als „definitief" kunnen worden beschouwd wanneer de in een lidstaat gelegen vaste inrichting is gesloten, maar er een – al was het maar theoretische – mogelijkheid bestaat dat haar moedervennootschap een nieuwe vaste inrichting in dezelfde lidstaat opent en de eerder geleden verliezen van de gesloten inrichting kunnen worden verrekend met de winst van die nieuwe inrichting.

61. De verwijzende rechter merkt op dat het Hessische Finanzgericht heeft vastgesteld dat er in casu sprake is van definitieve verliezen. Door haar vaste inrichting te sluiten, haar werknemers te ontslaan en het huurcontract voor de gehuurde kantoorpanden over te dragen, heeft W alles gedaan om de activiteiten van haar vestiging in het Verenigd Koninkrijk te beëindigen, wat erop wees dat het waarschijnlijk was dat W geen inkomsten meer zou genereren via een vaste inrichting in die staat en al helemaal geen winst waarvan in de toekomst verliezen van vóór de sluiting zouden kunnen worden afgetrokken.

62. Uit punt 55 van het arrest Marks & Spencer [47] volgt dat de verliezen van een niet-ingezeten dochtervennootschap als definitief moeten worden aangemerkt in een situatie waarin:

– de niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastingjaar waarvoor het verzoek om een belastingaftrek is ingediend, alsmede voor vroegere belastingjaren, in voorkomend geval via een overdracht van dat verlies aan een derde of via de verrekening ervan met de winst van de dochtervennootschap in vroegere belastingjaren, en

– er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervennootschap aan een derde is verkocht.

63. Deze overwegingen gelden ook voor de verliezen van een niet-ingezeten vaste inrichting. [48]

64. In latere arresten heeft het Hof het criterium van het definitieve karakter van de verliezen nader toegelicht. Zo is het Hof in de arresten Memira Holding en Holmen [49] verzocht om de in punt 55, tweede streepje, van het arrest Marks & Spencer [50] bedoelde situatie te verduidelijken, in het geval waarin er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend. Het

[46] Arresten van 19 juni 2019 (C-607/17, EU:C:2019:510) en (C-608/17, EU:C:2019:511).

[47] Arrest van 13 december 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

[48] Arrest van 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278). Zie ook arrest van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 64).

[49] Arresten van 19 juni 2019 (C-607/17, EU:C:2019:510, punten 22-28) en (C-608/17, EU:C:2019:511, punten 34-40).

[50] Arrest van 13 december 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

Hof oordeelde dat het feit dat die staat de overdracht van verliezen niet toestaat, op zich niet volstaat om de verliezen van de dochtervennootschap als definitief te beschouwen. De verliezen kunnen niet als definitief worden aangemerkt indien de mogelijkheid bestaat dat die verliezen kunnen worden afgetrokken door ze aan een derde over te dragen. Een derde kan in de staat waar een dochtervennootschap is gevestigd, de verliezen van die dochter voor fiscale doeleinden verrekenen, bijvoorbeeld na verkoop van die dochtervennootschap tegen een prijs waarin het belastingvoordeel uit de aftrekbaarheid van die verliezen in aanmerking wordt genomen. De moedervennootschap moet kunnen aantonen dat die mogelijkheid is uitgesloten.

65. Een strikte lezing van de arresten Memira Holding en Holmen [51] zou erop kunnen wijzen dat het verlies van een niet-ingezeten vaste inrichting die definitief is gesloten [52], niet als definitief kan worden beschouwd indien de in de andere lidstaat gevestigde moedervennootschap vervolgens een nieuwe vaste inrichting zou kunnen openen in dezelfde staat als de eerdere vaste inrichting, waaraan het eerdere verlies kan worden overgedragen, ongeacht of een dergelijke overdracht al dan niet mogelijk is op grond van het recht van de laatstgenoemde staat. In een dergelijke situatie voldoet het verlies niet aan de voorwaarden van punt 55, tweede streepje, van het arrest Marks & Spencer. [53]

66. Die uitlegging lijkt echter te ver te gaan wanneer de moedervennootschap in de staat waar de gesloten vaste inrichting was gelegen, nog niet over een andere vaste inrichting beschikt, en de mogelijkheid dat zij in de toekomst in die staat op ieder moment een nieuwe vaste inrichting zou kunnen openen, waaraan eerdere verliezen kunnen worden overgedragen, zuiver hypothetisch is. Het zou voor de moedervennootschap niet alleen praktisch onmogelijk of buitengewoon moeilijk zijn om aan te tonen dat zij die mogelijkheid niet heeft, maar die benadering zou ertoe leiden dat verliezen van een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting nooit als definitief worden beschouwd, waardoor de verplichting om de in het arrest Marks & Spencer [54] genoemde definitieve verliezen in aanmerking te nemen, haar betekenis zou verliezen.

67. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, de derde vraag ontkennend moet worden beantwoord.

## *D. Vierde vraag*

68. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of verliezen van een vaste inrichting die zijn overgedragen uit belastingtijdvakken vóór de sluiting ervan, als „definitief" kunnen worden beschouwd. Hij merkt op dat het federale ministerie van Financiën aanneemt dat uitsluitend verliezen in het laatste belastingtijdvak als „definitieve verliezen" kunnen worden verrekend.

69. Het Hof heeft deze kwestie terloops behandeld, maar geen expliciet oordeel gegeven, in het arrest Commissie/Verenigd Koninkrijk [55], waarin wordt erkend dat de vrijheid van vestiging verenigbaar is met een nationale bepaling volgens welke de beoordeling of de verliezen van een

[51] Arresten van 19 juni 2019 (C-607/17, EU:C:2019:510), en (C-608/17, EU:C:2019:511).

[52] Zoals de Duitse en de Finse regering terecht opmerken, verschilt de sluiting van een vaste inrichting van de liquidatie van een dochtervennootschap, in die zin dat een vaste inrichting juridisch deel uitmaakt van de vennootschap waartoe zij behoort. Zelfs wanneer zij een vaste inrichting in een andere lidstaat definitief heeft gesloten, heeft die vennootschap het recht om vervolgens in die staat een nieuwe vaste inrichting te openen.

[53] Arrest van 13 december 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

[54] Ibidem.

[55] Arrest van 3 februari 2015 (C-172/13, EU:C:2015:50).

niet-ingezeten dochtervennootschap definitief zijn in de zin van punt 55 van het arrest Marks & Spencer [56] moet plaatsvinden „aan de hand van de situatie vlak na het einde" van het belastingjaar waarin de verliezen zijn ontstaan.

70. Het lijkt echter niet dat in antwoord op de vierde vraag definitieve conclusies uit dat arrest kunnen worden getrokken. Op dit punt is advocaat-generaal Kokott in enkele van haar conclusies [57] explicieter, omdat zij van mening is dat verliezen die aan het einde van een aanslagperiode niet definitief zijn, later geen definitieve verliezen kunnen worden. Volgens haar zouden, indien het mogelijk zou zijn de gecumuleerde (naar volgende jaren overgedragen) verliezen als definitieve verliezen aan te merken, de aanvankelijk succesvolle activiteiten van de dochtervennootschap (of van de vaste inrichting) enkel in de staat waar zij is gevestigd worden belast, terwijl de daaropvolgende verliesgevende activiteiten door de belastinginkomsten van de staat van vestiging van de moedervennootschap worden bekostigd hetgeen in strijd zou zijn met de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.

71. Ik vind de visie van advocaat-generaal Kokott op deze problematiek overtuigend. Evenals de Duitse, de Franse en de Finse regering, geef ik in overweging de vierde vraag ontkennend te beantwoorden.

## *E. Vijfde vraag*

72. Met zijn vijfde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het bedrag van de definitieve verliezen van de niet-ingezeten vaste inrichting dat in de lidstaat van vestiging van de moedervennootschap in aanmerking moet worden genomen, moet worden beperkt tot het bedrag van de definitieve verliezen die, indien dat mogelijk zou zijn geweest, zouden zijn verrekend in de lidstaat waar de vaste inrichting is gelegen.

73. In de zaak die heeft geleid tot het arrest A [58], is het Hof onder meer gevraagd of ingeval de moedervennootschap in het kader van een fusie de verliezen van haar niet-ingezeten dochtervennootschap mocht verrekenen, die verliezen moesten worden vastgesteld overeenkomstig het recht van de vestigingsstaat van de moedervennootschap of overeenkomstig het recht van de vestigingsstaat van de dochtervennootschap. Het Hof heeft om te beginnen in herinnering gebracht dat bij de huidige stand van het Unierecht de vrijheid van vestiging in beginsel niet impliceert dat het verlies van de door de moedermaatschappij overgenomen dochteronderneming volgens een bepaalde wet wordt berekend (punt 58 van het arrest). Het Hof heeft vervolgens bepaald dat deze berekening in beginsel niet mag leiden tot een ongelijke behandeling vergeleken met de berekening die zou zijn gemaakt in een vergelijkbaar geval waarin het verlies van een ingezeten dochteronderneming is overgenomen (punt 59 van het arrest). Ten slotte heeft het Hof geoordeeld dat deze vraag niet op abstracte en hypothetische wijze kan worden benaderd, maar in voorkomend geval van geval tot geval moet worden onderzocht (punt 60 van het arrest).

74. Net als W, de Commissie en de Finse regering ben ik van mening dat dezelfde beginselen gelden voor de berekening van de verliezen van een niet-ingezeten vaste inrichting ten behoeve van de verrekening van die verliezen in de vestigingsstaat van de moedervennootschap. Om bij

[56] Arrest van 13 december 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

[57] Conclusies van advocaat-generaal Kokott in de zaken Memira Holding (C-607/17, EU:C:2019:8, punten 58 en 59), Holmen (C-608/17, EU:C:2019:9, punten 54 en 55) en AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2019:879, punten 61-65).

[58] Arrest van 21 februari 2013 (C-123/11, EU:C:2013:84).

de aftrekbaarheid van definitieve verliezen de gelijke behandeling te verzekeren tussen ingezeten vennootschappen met een niet-ingezeten vaste inrichting en ingezeten vennootschappen met een ingezeten vaste inrichting, mag het te verrekenen bedrag van de definitieve verliezen in casu dus niet hoger zijn dan het bedrag dat is berekend volgens de regels van de vestigingsstaat van de moedervennootschap (in casu Duitsland).

75. Indien het bedrag van de definitieve verliezen dat volgens de regels van de vestigingsstaat van de moedervennootschap wordt berekend, hoger zou zijn dan het bedrag dat is berekend volgens de regels van de staat waar de vaste inrichting is gelegen (in casu het Verenigd Koninkrijk), zou het evenwel tot dat laatstgenoemde bedrag moeten worden beperkt, want anders zouden ingezeten vennootschappen met een ingezeten vaste inrichting worden bevoordeeld ten opzichte van ingezeten vennootschappen met een niet-ingezeten vaste inrichting. Bovendien zou de lidstaat van vestiging van de moedervennootschap zonder een dergelijke beperking verplicht zijn de nadelige gevolgen te dragen van de toepassing van de belastingwetgeving van de lidstaat waarin de niet-ingezeten vaste inrichting is gevestigd.

## V. Conclusie

76. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de eerste prejudiciële vraag van het Bundesfinanzhof te beantwoorden als volgt:

„Artikel 43 juncto artikel 48 EG (thans artikel 49 juncto artikel 54 VWEU) verzet zich niet tegen wettelijke bepalingen van een lidstaat op grond waarvan een ingezeten vennootschap verliezen van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting niet kan aftrekken van haar belastbare winst wanneer die vennootschap alle mogelijkheden tot aftrek van die verliezen die haar worden geboden door het recht van de lidstaat waar deze vaste inrichting gelegen is, heeft uitgeput en wanneer zij daarnaast van die vaste inrichting geen inkomsten meer ontvangt zodat er geen mogelijkheid meer bestaat om die verliezen in die lidstaat te verrekenen (‚definitieve' verliezen), ingeval die wettelijke bepalingen winsten en verliezen vrijstellen op basis van een tussen beide lidstaten gesloten bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting."