



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. KOKOTT
van 19 juli 2012¹

Zaak C-123/11

A Oy

(verzoek van de Korkein hallinto-oikeus [Finland] om een prejudiciële beslissing)

„Belastingwetgeving — Vrijheid van vestiging — Richtlijn 2009/133/EG — Nationale wet inkomstenbelastingen — Fusie van twee in verschillende lidstaten gevestigde vennootschappen — Aftrekbaarheid van verliezen van de overgenomen vennootschap in de lidstaat van de overnemende vennootschap”

I – Inleiding

1. Wie de namen Marks & Spencer hoort, denkt eigenlijk aan een warenhuisketen. In de belastingrechtspraak van het Hof staan die namen echter voor de uitdrukkelijke erkenning dat de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten beperkingen van de vrijheid van vestiging kan rechtvaardigen.² In de rechtspraak en de literatuur van de lidstaten lijken de namen Marks & Spencer echter ook synoniem te staan voor chaos en radeloosheid.³
2. Dit ligt aan een uit ongeveer 100 woorden bestaande zin uit het arrest van het Hof in de zaak Marks & Spencer, die de omstandigheden beschrijft waarin de lidstaten bij wijze van uitzondering verplicht kunnen zijn, verliezen van niet-ingezeten dochtervennootschappen te verrekenen met de door de ingezeten moedervernootschap verschuldigde belasting. Zoveel woorden, en toch is niet duidelijk welke reikwijdte die uitzondering heeft en of zij – in het licht van latere rechtspraak van het Hof – eigenlijk nog wel bestaat.
3. Het onderhavige prejudiciële verzoek zou gelegenheid kunnen bieden om de door die uitzondering ontstane verwarring weg te nemen. De Finse belastingplichtige in het hoofdgeding doet namelijk een beroep op de door het Hof geformuleerde uitzondering. Zij is voornemens met een Zweedse dochtervennootschap te fuseren en wil de door die dochtervennootschap in Zweden geleden verliezen in de toekomst in Finland fiscaal benutten, hetgeen op grond van het Finse belastingrecht echter niet mogelijk is.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Zie arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837).

3 — Een goed voorbeeld biedt Cordewener A., „Cross-Border Loss Relief and the ‚Effet Utile‘ of EU Law: Are We Losing It?“, *EC Tax Review* 2011, blz. 58.

II – Toepasselijke wetgeving

A – Unierecht

1. Vrijheid van vestiging

4. Artikel 49 VWEU regelt de vrijheid van vestiging als volgt:

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

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

5. Artikel 54 VWEU breidt het toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging als volgt uit:

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

[...]”

2. De fusierichtlijn

6. Richtlijn 2009/133/EG⁴ (hierna: „fusierichtlijn”) regelt de fiscale gevolgen van bepaalde grensoverschrijdende fusies van vennootschappen. In de punten 2 en 3 van de considerans wordt het doel van de fusierichtlijn als volgt omschreven:

- „(2) Fusies [...] betrekking hebbende op vennootschappen uit verschillende lidstaten kunnen noodzakelijk zijn teneinde in de Gemeenschap soortgelijke voorwaarden te scheppen als op een binnenlandse markt en daardoor de goede werking van de interne markt te verzekeren. Deze transacties moeten niet worden belemmerd door uit de fiscale voorschriften der lidstaten voortvloeiende bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies. [...]
- (3) Bepalingen van fiscale aard benadelen deze transacties thans ten opzichte van transacties met betrekking tot vennootschappen van eenzelfde lidstaat. Deze benadeling moet worden opgeheven.”

4 — Richtlijn van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat (PB L 310, blz. 34), die richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 (PB L 225, blz. 1) met dezelfde titel heeft gecodificeerd. Deze richtlijn mag niet worden verward met richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PB L 310, blz. 1), die betrekking heeft op de vennootschapsrechtelijke aspecten van bepaalde grensoverschrijdende fusies.

7. In punt 4 van de considerans wordt toegelicht welke weg te dien einde met de fusierichtlijn is ingeslagen:

„Dit doel kan niet worden bereikt door de in de lidstaten geldende nationale regelingen uit te breiden tot de gehele Gemeenschap, omdat de verschillen tussen deze regelingen distorsies kunnen veroorzaken. Daarom kan uitsluitend een gemeenschappelijke fiscale regeling een bevredigende oplossing bieden.”

8. In punt 9 van de considerans van de fusierichtlijn wordt speciaal met het oog op de behandeling van fiscale verliezen van vennootschappen het volgende vastgesteld:

„Er moet tevens een regeling worden getroffen voor de fiscale behandeling van bepaalde reserves of verliezen van de inbrengende vennootschap en er moet een oplossing worden gevonden voor de fiscale problemen die aan de orde komen wanneer een van de vennootschappen een deelneming bezit in het kapitaal van de andere.”

9. Uit punt 14 van de considerans van de fusierichtlijn valt ten slotte het volgende op te maken:

„Een van de doelstellingen van deze richtlijn is obstakels weg te nemen die de werking van de interne markt kunnen belemmeren, zoals dubbele belastingheffing. Voor zover dit met deze richtlijn niet ten volle is gerealiseerd, moeten de lidstaten de nodige maatregelen nemen om dit doel alsnog te bereiken.”

10. Binnen de werkingssfeer van de fusierichtlijn vallen volgens artikel 1, sub a, ervan „fusies [...] waarbij vennootschappen van twee of meer lidstaten betrokken zijn”. Artikel 2, sub a-iii, definieert „fusie” onder meer als rechtshandeling waarbij „de activa en passiva van het vermogen van een vennootschap als gevolg en op het tijdstip van haar ontbinding zonder liquidatie in haar geheel op de vennootschap overgaan die alle bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal bezit”. Artikel 3 van de fusierichtlijn legt vast welke vennootschappen in de zin van de richtlijn als „vennootschap van een lidstaat” worden beschouwd.

11. De enige regeling van de fusierichtlijn die betrekking heeft op verliezen van de inbrengende vennootschap is te vinden in artikel 6:

„Voor zover de lidstaat van de inbrengende vennootschap, indien de in artikel 1, sub a, bedoelde rechtshandelingen verricht werden tussen op zijn grondgebied gevestigde vennootschappen, bepalingen zou toepassen die de ontvangende vennootschap in staat stellen de fiscaal nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap over te nemen, breidt die lidstaat deze bepalingen uit tot de overname van zulke verliezen door de vaste inrichtingen van de ontvangende vennootschap, die zich op zijn grondgebied bevinden.”

B – *Fins recht*

12. Volgens artikel 7, lid 1, van het tussen de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden gesloten verdrag tot het vermijden van dubbele belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar het vermogen wordt de winst van een in Zweden gevestigde vennootschap in Finland alleen belast voor zover de winst is toe te rekenen aan een vaste inrichting in Finland.

13. Volgens de Finse tuloverolaki (Finse wet op de inkomstenbelasting) kunnen de in een belastingjaar vastgestelde verliezen worden overgedragen naar latere belastingjaren. § 119, eerste en tweede alinea, van de wet bepaalt ter zake het volgende:

„Een tijdens een belastingjaar geleden verlies uit bedrijfs- en landbouwactiviteiten wordt gedurende de daaropvolgende tien belastingjaren in aftrek gebracht op de inkomsten uit bedrijfs- en landbouwactiviteiten, voor zover er inkomsten behaald worden.

Onder verlies uit bedrijfsactiviteiten wordt verstaan een verlies bepaald overeenkomstig de wet betreffende de belasting van bedrijfsinkomsten, en onder verlies uit landbouwactiviteiten een verlies bepaald overeenkomstig de wet betreffende de belasting van landbouwinkomsten.”

14. Aangaande fusies van vennootschappen bepaalt § 123, tweede alinea, van de Finse wet op de inkomstenbelasting met betrekking tot de behandeling van het vastgestelde verlies van een overgenomen vennootschap onder meer het volgende:

„Bij een fusie van vennootschappen of een splitsing van een vennootschap heeft de overnemende vennootschap het recht het verlies van de overgenomen of de gesplitste vennootschap in aftrek te brengen van haar belastbare inkomsten, zoals geregeld in de §§ 119 en 120, voor zover de overnemende vennootschap, haar aandeelhouders of vennoten, dan wel de vennootschap en haar aandeelhouders of vennoten tezamen vanaf het begin van het verliesjaar meer dan de helft van de aandelen in de overgenomen of gesplitste vennootschap in bezit heeft of hebben gehad. [...]”

15. Bovendien geldt volgens de Finse rechtspraak ten aanzien van dit recht van overdracht van een verlies van de overgenomen vennootschap het voorbehoud dat de fusie niet alleen om die reden plaatsvindt.

III – Feiten en prejudiciële vragen

16. Het hoofdgeding heeft betrekking op een verzoek om een prealabele uitspraak betreffende de Finse vennootschapsbelasting (yhteisöjen tulovero). A Oy (hierna: „belastingplichtige”) had de keskusverolautakunta (hierna: „centrale belastingcommissie”) verzocht om een bindende uitspraak over een fiscale vraag inzake de overdracht van verliezen.

17. De in Finland gevestigde belastingplichtige houdt alle aandelen in de Zweedse vennootschap B AB. Die dochtervennootschap, die in Zweden drie detailhandels exploiteerde, heeft haar bedrijfsactiviteiten inmiddels beëindigd, maar heeft nog verplichtingen uit twee langlopende huurcontracten voor winkelruimtes. Op grond van die activiteiten heeft de Zweedse belastingdienst voor de dochtervennootschap een verlies van 44,8 miljoen SEK vastgesteld over de jaren 2001 tot en met 2007, hetgeen volgens de huidige wisselkoers overeenkomt met ongeveer 5 miljoen EUR.

18. De belastingplichtige wil thans met haar Zweedse dochtervennootschap fuseren. Door die fusie zou de dochtervennootschap worden ontbonden en haar gehele vermogen overgaan op de belastingplichtige.

19. In haar prealabele uitspraak van 25 maart 2009 stelde de centrale belastingcommissie zich op het standpunt dat de belastingplichtige na de fusie de verliezen van haar dochtervennootschap niet in aftrek mag brengen in het kader van de Finse vennootschapsbelasting.

20. De Korkein hallinto-oikeus (hoogste administratieve rechtscollege; hierna ook: „verwijzende rechter”), waar de zaak thans aanhangig is, heeft in dit verband vastgesteld dat de Finse bepalingen in de weg staan aan de overneming van het verlies van een gefuseerde vennootschap wanneer die in het buitenland is gevestigd en de verliezen niet zijn geleden door een vaste inrichting in Finland. De verwijzende rechter vraagt zich evenwel af of die uitlegging verenigbaar is met het Unierecht, en met name de vrijheid van vestiging. Tegen die achtergrond heeft hij besloten twee prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof:

- „1) Vereisen de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU dat een overnemende vennootschap de verliezen van een in een andere lidstaat gevestigde, met haar gefuseerde vennootschap uit aldaar verrichte activiteiten in de jaren voorafgaand aan de fusie, fiscaal kan aftrekken, wanneer de overnemende vennootschap geen vaste inrichting behoudt in de vestigingsstaat van de overgenomen vennootschap en de overnemende vennootschap volgens de nationale wetgeving de verliezen van de overgenomen vennootschap alleen in aftrek mag brengen indien de overgenomen vennootschap een ingezetene vennootschap is of de verliezen zijn geleden door een in deze lidstaat gelegen vaste inrichting?
- 2) Zo ja, zijn de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU van invloed op de vraag of het bedrag van het aftrekbare verlies moet worden berekend overeenkomstig de belastingwetgeving van de vestigingsstaat van de overnemende vennootschap dan wel of als aftrekbare verliezen moeten worden beschouwd de overeenkomstig het recht van de vestigingsstaat van de overgenomen vennootschap vastgestelde verliezen?”

IV – Juridische beoordeling

21. De prejudiciële vragen zijn voorgelegd in een hoofdgeding dat betrekking heeft op de fiscale gevolgen van nog niet gerealiseerde feiten, en zijn ontvankelijk.⁵ Bij de beantwoording ervan zal ik daarom uitgaan van het vigerende Unierecht.

A – Eerste prejudiciële vraag: overname van opgelopen verliezen

22. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het Unierecht zich verzet tegen een nationale regeling die de overnemende vennootschap in het geval van een fusie principieel toestaat de opgelopen verliezen van de overgenomen vennootschap te benutten, maar dit uitsluit wanneer het gaat om verliezen uit activiteiten die niet aan de Finse belasting zijn onderworpen (buitenlandse opgelopen verliezen).

23. Teneinde de verwijzende rechter een nuttig antwoord met betrekking tot het toepasselijke Unierecht te kunnen geven⁶, zal ik mij niet beperken tot de in de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU geregelde vrijheid van vestiging. Het Unierecht kent namelijk een specifiek instrument dat de fiscale gevolgen van grensoverschrijdende fusies van vennootschappen regelt: de fusierichtlijn. Ik zal mijn bespreking beginnen met deze specifiekere regeling.

5 — Zie arrest van 18 november 1999, X en Y (C-200/98, Jurispr. blz. I-8261, punten 21 en 22), dat betrekking heeft op het in dit opzicht vergelijkbare Zweedse recht.

6 — Aangaande de mogelijkheid van een ruime uitlegging van een prejudicieel verzoek, zie bijvoorbeeld arresten van 12 juli 1979, Union laitière normande (244/78, Jurispr. blz. 2663, punt 5), en 26 april 2012, Van Putten (C-578/10–C-580/10, punt 23).

1. Toepassing van de fusierichtlijn

24. De lidstaten dienen de fusierichtlijn volgens artikel 1, sub a, ervan toe te passen op alle fusies waarbij vennootschappen uit verschillende lidstaten zijn betrokken. Volgens artikel 2, sub a-iii, van die richtlijn is bij overname van een 100 %-dochtervennootschap sprake van een fusie. De in Finland gevestigde belastingplichtige is voornemens haar Zweedse dochtervennootschap, waarin zij alle aandelen houdt, over te nemen. De verwijzende rechter heeft bovendien vastgesteld dat de twee vennootschappen beantwoorden aan de bepalingen inzake de rechtsvorm, hetgeen betekent dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 3, sub a, van de fusierichtlijn, die in verbinding met bijlage I, deel A, de rechtsvormen noemt die in de zin van de richtlijn moeten worden beschouwd als „vennootschappen van een lidstaat”. Bovendien kan ervan uitgegaan dat in casu ook is voldaan aan de voorwaarden van artikel 3, sub b en c, van de fusierichtlijn, betreffende de fiscale vestigingsplaats en de belastingplicht volgens de Finse wet op de inkomstenbelasting. De fusierichtlijn is derhalve op een situatie als die in het hoofdgeding van toepassing.

25. Dit doet de vraag rijzen in welke rechtsgevolgen de fusierichtlijn voorziet met betrekking tot de grensoverschrijdende verrekening van verliezen. Volgens de verwijzende rechter regelt de fusierichtlijn niet hoe de lidstaat van de overnemende vennootschap de verliezen dient te behandelen die een andere lidstaat voor de overgenomen vennootschap heeft vastgesteld. Dit is ook het standpunt van partijen in het hoofdgeding. Hieraan is de conclusie verbonden dat de fusierichtlijn een situatie zoals die in het hoofdgeding niet regelt en dat er dus niet uit kan worden opgemaakt of de Finse regeling verenigbaar is met het Unierecht.

26. Dit standpunt is niet geheel juist. Zoals ik reeds heb aangegeven, valt een situatie als die in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van de fusierichtlijn. Volgens de punten 2 tot en met 4 van de considerans is het doel ervan een gemeenschappelijke regeling te scheppen teneinde ten behoeve van de interne markt een fiscale benadeling van grensoverschrijdende fusies ten opzichte van binnenlandse fusies uit de weg te ruimen. Volgens punt 9 van de considerans behoort hiertoe uitdrukkelijk ook dat verliezen fiscaal kunnen worden verrekend.

27. In de lijn hiervan bevat de fusierichtlijn in haar artikel 6 ook een regeling inzake de overname van fiscaal nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap door de overnemende vennootschap. Die regeling houdt in dat de overnemende vennootschap verliezen van een in een andere lidstaat gevestigde inbrengende vennootschap kan overdragen op een vaste inrichting in die lidstaat, voor zover een dergelijke overdracht tussen vennootschappen van die lidstaat mogelijk is.

28. Volgens artikel 6 van de fusierichtlijn kunnen verliezen van de inbrengende vennootschap dus alleen in haar eigen lidstaat worden verrekend en niet in de lidstaat van de overnemende vennootschap. Dit betekent dat de belastingplichtige in het hoofdgeding, onder de voorwaarden van de Zweedse belastingregels, het recht zou hebben om na een fusie het verlies van haar Zweedse dochtervennootschap in het kader van de Zweedse belastingprocedure te verrekenen via een vaste inrichting in Zweden. Dat in Zweden bestaande recht is voor de belastingplichtige echter kennelijk van generlei waarde, aangezien zij volgens de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens na de fusie niet over een vaste inrichting in Zweden zal beschikken. De belastingplichtige beschikt namelijk niet reeds over een dergelijke vaste inrichting in Zweden en zal ook geen vaste inrichting van de inbrengende vennootschap kunnen overnemen, aangezien deze haar bedrijfsactiviteiten in Zweden heeft beëindigd.

29. Al met al stel ik echter vast dat de fusierichtlijn wel degelijk een situatie zoals die van het hoofdgeding regelt. Zij voorziet alleen niet in het door de belastingplichtige gewenste rechtsgevolg, namelijk dat het in Zweden geleden verlies in Finland fiscaal kan worden benut. Volgens de fusierichtlijn kan het Zweedse verlies alleen in het kader van het Zweedse belastingstelsel worden benut. De lidstaat van de overnemende vennootschap is dus volgens de fusierichtlijn juist niet verplicht de verliezen van de overgenomen vennootschap uit een andere lidstaat te verrekenen.

2. Schending van de vrijheid van vestiging

30. Daarmee is echter nog niet uitgemaakt of het Unierecht als geheel zich verzet tegen een nationale regeling die de overneming van buitenlandse verliezen uitsluit. Een dergelijke uitsluiting zou namelijk in strijd kunnen zijn met de door de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU gegarandeerde vrijheid van vestiging van de overnemende vennootschap.

31. In dat geval zou de Uniewetgever met de vaststelling van de fusierichtlijn niet alles hebben gedaan wat volgens het Verdrag ten behoeve van de werking van de interne markt vereist is waar het de opheffing de fiscale nadelen bij grensoverschrijdende fusies betreft. Dat de Uniewetgever dit mogelijk acht, blijkt reeds uit punt 14 van de considerans van de fusierichtlijn. Hierin worden de lidstaten opgeroepen zo nodig eenzijdige maatregelen te nemen om obstakels weg te nemen die de werking van de interne markt kunnen belemmeren.

32. Ik zal daarom thans nagaan of het feit dat het Finse belastingrecht bij fusies niet de mogelijkheid biedt om buitenlandse verliezen over te nemen, in strijd is met de vrijheid van vestiging.

a) Beperking van de vrijheid van vestiging

33. De artikelen 49 VWEU en 54 VWEU bepalen dat beperkingen van de vrije vestiging op het grondgebied van een andere lidstaat van vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht, principieel zijn verboden.

34. Volgens vaste rechtspraak moeten alle maatregelen die de uitoefening van de vrijheid van vestiging verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, als beperkingen worden beschouwd.⁷ Hoewel de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan beogen te garanderen dat buitenlandse onderdanen en ondernemingen in de lidstaat van ontvangst op dezelfde wijze worden behandeld als de nationale onderdanen daarvan, verbieden zij volgens vaste rechtspraak de lidstaat van oorsprong ook de vestiging van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap in een andere lidstaat te bemoeilijken.⁸ Van een dergelijke beperking is volgens het Hof sprake wanneer de lidstaat van oorsprong die vennootschap anders behandelt dan vennootschappen die alleen binnenlandse activiteiten verrichten, en dit verschil in behandeling de betrokken vennootschap ervan kan weerhouden gebruik te maken van haar recht op vestiging in een andere lidstaat.⁹

35. De verwijzende rechter heeft vastgesteld dat de §§ 119 en 123 van de Finse wet op de inkomstenbelasting de overgang van verliezen die voortvloeien uit een activiteit die niet aan de Finse belasting is onderworpen, uitsluiten. Terwijl een moedervernootschap het verlies van een binnenlandse dochtervennootschap in geval van fusie in Finland fiscaal kan benutten, is dit niet mogelijk voor het verlies van een buitenlandse dochtervennootschap uit haar activiteiten in een andere lidstaat. Die ontbrekende mogelijkheid om het uit een in een andere lidstaat verrichte activiteit geleden verlies in Finland fiscaal te verrekenen, zou een Finse vennootschap reeds kunnen ontmoedigen om een dochtervennootschap in een andere lidstaat op te richten of te kopen. De Finse belastingregeling kan Finse vennootschappen dus ervan weerhouden in andere lidstaten bedrijfsactiviteiten door middel van een dochtervennootschap te verrichten. Dit betekent dat de Finse regeling de vrijheid van vestiging beperkt.

7 — Zie bijvoorbeeld arresten van 15 januari 2002, *Commissie/Italië* (C-439/99, Jurispr. blz. I-305, punt 22), en 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, Jurispr. blz. I-12273, punt 36).

8 — Zie bijvoorbeeld arrest van 27 september 1988, *Daily Mail and General Trust* (81/87, Jurispr. blz. 5483, punt 16), en arrest *National Grid Indus* (aangehaald in voetnoot 7, punt 35).

9 — Zie bijvoorbeeld arrest van 11 maart 2004, *de Lasteyrie du Saillant* (C-9/02, Jurispr. blz. I-2409, punt 46), en arrest *National Grid Indus* (aangehaald in voetnoot 7, punt 37).

36. Een andere vraag is echter of de belastingplichtige zich in een geval als dat in het hoofdgeding wel op haar recht van vestiging kan beroepen. Met name de regering van het Verenigd Koninkrijk wijst erop dat, aangezien de Zweedse dochtervennootschap haar bedrijfsactiviteiten heeft gestaakt, het in casu niet om de uitoefening van het recht van vestiging gaat, maar veeleer om het tegendeel. Nu is een antwoord op die vraag slechts van belang indien de Finse belastingregeling effectief in strijd blijkt met de vrijheid van vestiging. Mijns inziens is echter hoe dan ook duidelijk dat beperkingen voortvloeiend uit de abstracte fiscale rechtsgevolgen van een fusie die reeds het opstarten van een grensoverschrijdende activiteit belemmeren, pas op het tijdstip van de fusie concreet kunnen worden verhinderd. Op dat tijdstip heeft de belastingplichtige ondanks de bestaande beperking reeds gebruikgemaakt van de vrijheid van vestiging. Teneinde in het volle genot van de uitgeoefende vrijheid van vestiging te kunnen komen, moet de belastingplichtige ook kunnen opkomen tegen de concrete toepassing van de beperking. De belastingplichtige kan zich derhalve ook in het onderhavige geval op haar recht van vestiging beroepen.

37. De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft echter terecht opgemerkt dat de vrijheid van vestiging niet wordt beperkt in gevallen waarin het Finse recht bij de verliesoverneming geen verschil maakt tussen binnenlands en buitenlands verlies. Dit is volgens de verwijzende rechter het geval in situaties waarin de overname van verlies de enige reden is voor de fusie. Het Finse recht verbiedt dit namelijk ongeacht om welke vennootschap het gaat. In een dergelijke situatie zou er geen sprake zijn van een uiteenlopende behandeling en dus ook niet van een beperking van de vrijheid van vestiging en een eventuele onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU.

38. Of in het hoofdgeding sprake is van een dergelijke situatie en de uitlegging van de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU in casu derhalve niet relevant is, moet door de nationale rechter worden beoordeeld. Ter beantwoording van de prejudiciële vragen ga ik tegen deze achtergrond echter ervan uit dat de vraag van de verwijzende rechter betreffende de uitlegging van de vrijheid van vestiging zich beperkt tot gevallen waarin de overname van het opgelopen verlies niet de enige reden voor de fusie is.

39. Ik zal hier dan ook niet verder ingaan op de relevantie van eventueel misbruik door de belastingplichtige, dat door meerdere partijen aan de orde is gesteld. Het feit dat een door economische overwegingen ingegeven beslissing om te fuseren resulteert in een verschuivingsmogelijkheid voor het verlies van de overgenomen vennootschap, kan op zich geen verwijt van misbruik opleveren indien het Finse recht bij fusies hierin juist voorziet wat binnenlandse verliezen betreft.

40. Na te hebben vastgesteld dat er sprake is van een verschillende behandeling, beoordeelt het Hof in het kader van de beperking van de vrijheid van vestiging in sommige gevallen ook nog de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties.¹⁰ Ik vraag mij echter in toenemende mate af welke inhoud het Hof aan die voorwaarde geeft in gevallen waarin de toetsing – zoals in casu – betrekking heeft op een beperking van de vrijheid van vestiging door de lidstaat van oorsprong en dus op de vergelijkbaarheid van de situaties van ingezetenen. Indien het Hof het in dit verband voldoende acht dat in beide gevallen ingezeten belastingplichtigen in aanmerking willen komen voor de voordelen van een fiscale regeling¹¹, dan heeft de toetsing van die voorwaarde slechts een formeel karakter, aangezien hieraan in elk geval – zo ook in casu – zal zijn voldaan. Dit geldt ook wanneer het Hof de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties vaststelt zonder een en ander te motiveren.¹²

10 — Zie bijvoorbeeld arrest van 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, Jurispr. blz. I-1215, punten 20-24), en arrest National Grid Indus (aangehaald in voetnoot 7, punt 38).

11 — Zie arrest X Holding (aangehaald in voetnoot 10, punt 24).

12 — Zie arrest National Grid Indus (aangehaald in voetnoot 7, punt 38).

41. Tegen deze achtergrond lijkt het mij zinvol om, in navolging van sommige arresten van het Hof, bij de toetsing of er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging door de lidstaat van oorsprong af te zien van een beoordeling van de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties.¹³ Hiervoor pleit ook dat een toetsing van de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties mijns inziens niet compleet is zonder de reden voor de uiteenlopende behandeling erbij te betrekken. Daarbij gaat het echter om de rechtvaardiging van een beperking, waarop ik in de volgende passage zal ingaan.

42. Als tussenconclusie stel ik vast dat een nationale regeling die in het geval van een fusie in beginsel toestaat dat de overnemende vennootschap de verliezen van de overgenomen vennootschap benut, maar dit uitsluit ten aanzien van verliezen uit een activiteit in een andere lidstaat die niet aan de nationale belasting is onderworpen, moet worden gekwalificeerd als beperking van de vrijheid van vestiging.

b) Rechtvaardiging

43. Volgens vaste rechtspraak is een beperking van de vrijheid van vestiging geoorloofd indien zij wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.¹⁴ Een dergelijke rechtvaardigingsgrond kan volgens de rechtspraak bijvoorbeeld bestaan in de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten.¹⁵ Dit betekent dat de lidstaten maatregelen mogen nemen om de uitoefening van hun heffingsbevoegdheid te waarborgen.¹⁶ Het kan daartoe noodzakelijk zijn om op de bedrijfsactiviteiten van de in een van deze staten gevestigde vennootschappen zowel ter zake van winst als ter zake van verlies uitsluitend de fiscale regels van die lidstaat toe te passen.¹⁷

44. Zoals ik reeds in mijn conclusie in de zaak Philips Electronics UK heb uiteengezet, wordt de heffingsbevoegdheid van een lidstaat alleen aangetast door de verrekening van verliezen die in het kader van de uitsluitende heffingsbevoegdheid van een andere lidstaat zijn geleden.¹⁸ De in casu te verrekenen verliezen zijn ontstaan in verband met de bedrijfsactiviteit van een Zweedse vennootschap in Zweden. Die activiteit valt volgens artikel 7, lid 1, van het hier toepasselijke belastingverdrag onder de uitsluitende heffingsbevoegdheid van het Koninkrijk Zweden. Verrekening van die verliezen zou dus de heffingsbevoegdheid van de Republiek Finland aantasten, aangezien zij verliezen zou moeten verrekenen uit een activiteit waarover zij zelf geen belasting kan heffen. Finland mag derhalve in beginsel weigeren de belastingplichtige toe te staan de verliezen van de Zweedse dochtervennootschap te verrekenen.

45. In het onderhavige prejudiciële verzoek staat echter de vraag centraal of dit ook geldt wanneer er sprake is van een fusie waarbij de overgenomen vennootschap juridisch ophoudt te bestaan en dus elke mogelijkheid verliest om haar verlies in de Zweedse belastingsfeer te benutten.

13 — Zie bijvoorbeeld arresten van 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Jurispr. blz. I-3601, punten 18-25), en 23 oktober 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, Jurispr. blz. I-8061, punten 27-39).

14 — Zie bijvoorbeeld arresten van 18 juli 2007, Oy AA (C-231/05, Jurispr. blz. I-6373, punt 44), en 13 oktober 2011, Waypoint Aviation (C-9/11, Jurispr. blz. I-9697, punt 27).

15 — Zie bijvoorbeeld arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 45) en National Grid Indus (aangehaald in voetnoot 7, punt 45).

16 — Zie bijvoorbeeld arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 56), en arrest National Grid Indus (aangehaald in voetnoot 7, punt 46).

17 — Arrest X Holding (aangehaald in voetnoot 10, punt 28).

18 — Zie conclusie van 19 april 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, punten 50 e.v.).

i) Noodzaak van de Finse regeling

46. In dit opzicht zou de Finse regeling verder kunnen gaan dan nodig is om de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten te handhaven. Volgens vaste rechtspraak mag een beperkende maatregel echter niet verder gaan dan nodig is om het nagestreefde doel te bereiken.¹⁹

– Toepasselijkheid van de „Marks & Spencer-uitzondering”

47. In het arrest Marks & Spencer heeft het Hof op het punt van de noodzakelijkheid en de minder restrictieve maatregelen vastgesteld dat er bij uitzondering sprake is van schending van de vrijheid van vestiging in een situatie waarin de niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput en er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies daar in de toekomst wordt verrekend.²⁰ De ingezeten moedervennootschap moet derhalve worden toegestaan, verliezen van een niet-ingezeten dochtervennootschap die deze in haar vestigingsstaat heeft geleden, te verrekenen „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, [...] 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”.²¹

48. In mijn ogen kan die uitzondering alleen tegen de achtergrond van de in het arrest Marks & Spencer getoetste rechtvaardigingsgronden worden begrepen. Het Hof leidde de rechtvaardiging in dat arrest niet alleen af uit het doel van handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten, maar onder meer ook uit het recht van de lidstaten om dubbele verliesverrekening te verhinderen.²² Dubbele verliesverrekening valt echter niet meer te vrezen wanneer de verliezen van een buitenlandse dochtervennootschap in haar vestigingsstaat niet meer kunnen worden verrekend. Een nationale regeling die ook in een dergelijk geval verliesverrekening door de moedervennootschap verbiedt, gaat derhalve verder dan nodig is om dubbele verliesverrekening te verhinderen.

49. De rechtspraak van het Hof heeft zich na het arrest Marks & Spencer echter verder ontwikkeld. In mijn conclusie in de zaak Philips Electronics UK heb ik reeds uiteengezet dat volgens die latere rechtspraak voor de rechtvaardiging van een nationale regeling in wezen alleen relevant is dat zij het doel van handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid nastreeft.²³ Voorkoming van dubbele verliesverrekening is in zoverre geen doel op zich.²⁴

50. De in het arrest Marks & Spencer ontwikkelde uitzondering is niet meer geschikt als rechtvaardiging van de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden, die door de rechtspraak inmiddels als zelfstandig doel wordt erkend²⁵. Voor de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten is namelijk niet relevant of in de lidstaat die bevoegd is een bepaalde activiteit te belasten, de mogelijkheid van verliesverrekening bestaat. Van belang is uitsluitend aan welke activiteit het verlies is toe te rekenen en dus onder welke heffingsbevoegdheid dit valt.

19 — Zie bijvoorbeeld arrest van 21 november 2002, X en Y (C-436/00, Jurispr. blz. I-10829, punt 49), en arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 53) en Waypoint Aviation (aangehaald in voetnoot 14, punt 27).

20 — Zie arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punten 54 e.v.).

21 — Arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 55).

22 — Zie arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punten 47 e.v.).

23 — Zie conclusie in de zaak Philips Electronics UK (aangehaald in voetnoot 18, punten 40-42).

24 — Zie conclusie in de zaak Philips Electronics UK (aangehaald in voetnoot 18, punten 58 e.v.).

25 — Zie arresten X Holding (aangehaald in voetnoot 10, punten 28-33) en National Grid Indus (aangehaald in voetnoot 7, punten 45-49); in die zin reeds arrest van 7 september 2006, N (C-470/04, Jurispr. blz. I-7409, punt 42).

51. De rechtvaardigingsgrond van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten plaatst de beoordeling van de noodzaak van een nationale maatregel in een heel ander perspectief. In het kader van deze rechtvaardigingsgrond kan het feit dat een lidstaat die niet heffingsbevoegd is, verliezen die onder de belastingbevoegdheid van een andere lidstaat zijn ontstaan, moet verrekenen in het geval dat die mogelijkheid daar niet meer bestaat, niet worden beschouwd als minder restrictieve maatregel. In een dergelijk geval wordt het doel van handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden namelijk helemaal niet meer bereikt.

52. De verdere ontwikkeling van de betekenis van de rechtvaardigingsgronden die in het arrest Marks & Spencer in eerste instantie parallel in aanmerking werden genomen, heeft derhalve ook tot een verschuiving van het toepassingsgebied van de daar geformuleerde uitzondering geleid. Deze uitzondering kan bij de toetsing van de noodzaak van een nationale maatregel alleen nog maar in aanmerking worden genomen voor zover de voorkoming van dubbele verliesverrekening als rechtvaardigingsgrond op zich wordt erkend. Indien de rechtvaardiging echter alleen maar stoelt op de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten, kan de „Marks & Spencer-uitzondering” gezien de verder ontwikkelde rechtspraak niet meer worden toegepast.

53. Die zienswijze lag ook ten grondslag aan de motivering van het meest recente arrest van het Hof inzake grensoverschrijdende verliesverrekening. In het arrest in de zaak X Holding heeft het Hof de rechtvaardiging op alleen het doel van handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden gebaseerd en de in het arrest Marks & Spencer ontwikkelde uitzondering consequent niet meer vermeld, alhoewel het uitvoerig inging op de noodzaak van de nationale regeling.²⁶

54. Dit betekent dat de beperking van de vrijheid van vestiging die de weigering meebrengt om de overname van buitenlandse verliezen toe te staan, noodzakelijk is vanuit het gezichtspunt van het doel van handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden, zonder dat in dit verband een rol speelt of de Zweedse dochtervennootschap in haar vestigingsstaat nog een mogelijkheid heeft om haar verliezen te verrekenen.

– Toepassing van de „Marks & Spencer-uitzondering”

55. Zelfs indien dit vraagstuk nog steeds relevant zou worden geacht, zou echter in het geval van een fusie als in casu niet zijn voldaan aan de in het arrest Marks & Spencer vastgelegde voorwaarden voor het bij uitzondering in aanmerking nemen van een verlies van een niet-ingezeten dochtervennootschap in de lidstaat van de moedervernootschap.

56. Duidelijk is dat het Hof in het arrest Marks & Spencer een uitzondering slechts als ultima ratio beschouwde. Dit blijkt ook uit het feit dat het andere, minder restrictieve maatregelen weliswaar mogelijk achtte, maar de regeling daarvan uitdrukkelijk overliet aan de Uniewetgever.²⁷ Daarom is de uitzondering uiterst restrictief geformuleerd. Volgens het arrest mag er in de vestigingsstaat van de dochtervennootschap zelfs niet de loutere mogelijkheid bestaan dat een verlies door de dochtervennootschap of een derde in vroegere of toekomstige belastingjaren wordt verrekend.²⁸

57. Nu is het een feit dat in het onderhavige geval van een fusie de dochtervennootschap juridisch zou ophouden te bestaan en dus geen mogelijkheid meer zou hebben om haar verlies in de Zweedse belastingprocedure te verrekenen. Dit zou echter alleen maar het gevolg zijn van de beslissing tot fusie, en die wordt vrijelijk door de moedervernootschap genomen. Indien het ontbreken van de mogelijkheid van verliesverrekening alleen als een gevolg van de fusiebeslissing wordt gezien, dan zou

26 — Zie arrest X Holding (aangehaald in voetnoot 10, punten 27 e.v.).

27 — Zie arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 58).

28 — Zie arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 55).

ook iedere stap die de dochtervennootschap in de Zweedse belastingprocedure neemt – bijvoorbeeld de bewust te late indiening van een verrekeningsverzoek of het afzien van een verrekeningsverzoek – tot gevolg kunnen hebben dat geen verrekeningsmogelijkheid bestaat in de zin van de „Marks & Spencer-uitzondering”.

58. Doordat de belastingplichtige voor fusie met haar dochtervennootschap opteert, zou zij dus zelf afzien van de mogelijkheid tot verliesverrekening in het Koninkrijk Zweden. Het Hof heeft echter herhaaldelijk benadrukt dat een belastingplichtige niet de mogelijkheid heeft om vrij te kiezen welke belastingregeling op de verliezen van haar dochtervennootschap van toepassing is en waar die verliezen worden verrekend.²⁹ Zoals de Finse regering terecht heeft opgemerkt, zou in het onderhavige geval evenwel een dergelijke vrije keuzemogelijkheid bestaan, indien na een fusie de verliezen van de Zweedse dochtervennootschap ook in het kader van de Finse belastingregeling zouden moeten worden verrekend.

59. Bovendien kan de belastingplichtige mijns inziens ook niet met succes stellen dat reeds vóór de fusie de Zweedse verliezen niet meer konden worden verrekend omdat de Zweedse dochtervennootschap haar bedrijfsactiviteiten had gestaakt. Zij heeft integendeel nog steeds de mogelijkheid om haar bedrijfsactiviteiten te hervatten en de daarmee behaalde winst dan te verrekenen met de in Zweden ontstane verliezen. Indien omgekeerd alleen de staking van de bedrijfsactiviteiten door de belastingplichtige als doorslaggevend werd beschouwd, zou wederom een keuzemogelijkheid bestaan, waarop de belastingplichtige zoals gezegd volgens de rechtspraak van het Hof geen recht heeft. Het is namelijk in de regel niet mogelijk objectief vast te stellen of de staking van een bedrijfsactiviteit economisch noodzakelijk is omdat de voortzetting ervan geen winst meer kan opleveren.

60. Ten slotte heeft de belastingplichtige in de procedure voor het Hof zelf erop gewezen dat de verliezen van haar Zweedse dochtervennootschap onder bepaalde voorwaarden ook op een van haar andere Zweedse dochtervennootschappen zouden kunnen worden overgedragen. In hoeverre hierdoor daadwerkelijk een verliesverrekeningsmogelijkheid in Zweden zou ontstaan, zou in voorkomend geval door de verwijzende rechter moeten worden onderzocht. Een dergelijke mogelijkheid kan in elk geval niet worden uitgesloten enkel omdat de voorwaarden voor verliesoverdracht volgens Zweeds recht ongunstiger zijn dan volgens Fins recht. Het Hof heeft namelijk in verband met de verrekening van verliezen van een buitenlandse vaste inrichting reeds vastgesteld dat een lidstaat niet ertoe kan worden verplicht, bij de toepassing van zijn fiscale wettelijke regeling rekening te houden met de eventueel ongunstige gevolgen die voortvloeien uit de bijzonderheden van een regeling van een andere staat.³⁰

ii) Evenredigheid van de Finse regeling

61. Nu is vastgesteld dat de Finse regeling noodzakelijk is ter verwezenlijking van het doel van handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten, moet nog de daarvan losstaande worden onderzocht of de in het kader van de vrijheid van vestiging veroorzaakte nadelen in een redelijke verhouding staan tot het nagestreefde doel (evenredigheid in strikte zin).³¹

29 — Zie arrest X Holding (aangehaald in voetnoot 10, punten 29-32); zie in die zin ook arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 14, punten 64 e.v.).

30 — Zie arrest Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (aangehaald in voetnoot 13, punt 49).

31 — Zie in dit verband conclusie van advocaat-generaal Trstenjak van 8 maart 2011 in de zaak Commissie/Oostenrijk (C-10/10, Jurispr. blz. I-5389, punten 67 e.v.), en mijn conclusie van 12 september 2006 in de zaak Oy AA (C-231/05, Jurispr. blz. I-6373, punten 32 en 66); zie ook arrest van 9 maart 2010, ERG e.a. (C-379/08 en C-380/08, Jurispr. blz. I-2007, punt 86).

62. Hier is enige twijfel op zijn plaats, aangezien uit de beoordeling tot dusver is gebleken dat bij een fusie buitenlandse verliezen per saldo nimmer door de overnemende vennootschap in het kader van de Finse belastingprocedure kunnen worden benut. Er zijn geen situaties waarin bij fusie een overdracht van onder de heffingsbevoegdheid van een andere lidstaat geleden verliezen bij uitzondering mogelijk zou zijn.

63. Om te beginnen heb ik echter de indruk dat de beperking van de vrijheid van vestiging in het onderhavige geval niet als bijzonder ernstig moet worden aangemerkt. Waar het op neerkomt, is dat een belastingplichtige een fiscaal verlies in bepaalde gevallen economisch definitief dient te dragen. Dit is in de belastingstelsels van de lidstaten niets buitengewoons en kan al het gevolg zijn van het feit dat de termijnen voor de verliesoverdracht zijn afgelopen. Bovendien raakt de Finse regeling slechts een klein aantal vennootschappen, namelijk alleen die waarbij, alhoewel zij na de fusie niet over een vaste inrichting in de andere lidstaat beschikken en een verlies daarom niet kunnen benutten volgens artikel 6 van de fusierichtlijn, de benutting van verlies niet de enige reden voor de fusie is.

64. Nu zou opgemerkt kunnen worden dat dit laatste aspect impliceert dat ook de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten niet in bijzondere mate wordt aangetast. Maar er mag niet worden vergeten dat de Uniewetgever op het vlak van de verdeling van die heffingsbevoegdheden met de fusierichtlijn reeds bepaalde fundamentele beslissingen heeft genomen, die mijns inziens moeten worden geëerbiedigd.

65. In punt 4 van de considerans van die richtlijn heeft de Uniewetgever om te beginnen duidelijk gemaakt dat hij, om distorsies te voorkomen, de voorkeur geeft aan een gemeenschappelijke fiscale regeling in de Unie boven een uitbreiding van de in de afzonderlijke lidstaten geldende nationale regelingen. De mogelijkheid van overname van buitenlands verlies in het geval van fusie zou echter neerkomen op een dergelijke uitbreiding van de Finse regeling. Het gevolg zou zijn dat alle in de Unie gevestigde dochtervennootschappen van Finse moedervernootschappen in het genot van de Finse regeling inzake verliesovername bij fusie zouden komen. Dit zou buiten Finland echter tot distorsies leiden, aangezien niet alle lidstaten dezelfde verliesovernameregeling kennen als het Finse belastingrecht.³² Derhalve zouden bijvoorbeeld in Zweden gevestigde dochtervennootschappen wat de overname van verlies in het geval van fusie betreft verschillend worden behandeld al naargelang van het belastingstelsel van de vestigingsstaat van de moedervernootschap.

66. Om deze reden bepaalt artikel 6 van de fusierichtlijn voor de gehele Unie dat verliezen worden verrekend in de vestigingsstaat van de inbrengende vennootschap. De Uniewetgever heeft er dus bewust voor gekozen dat bij fusie verliezen in beginsel worden verrekend in de lidstaat van de inbrengende vennootschap. Wanneer in een individueel geval niet is voldaan aan de voorwaarden van die principiële mogelijkheid, zou een eis dat in plaats daarvan de verliezen in de lidstaat van de overnemende vennootschap moeten kunnen worden verrekend, dan ook enerzijds indruisen tegen die fundamentele keuze van de Uniewetgever en anderzijds de gelding van de in artikel 6 van de fusierichtlijn vastgelegde voorwaarden ondermijnen.³³

67. Ten slotte ben ik van mening dat omwille van de rechtszekerheid in casu de nadruk vooral moet liggen op een duidelijke afbakening van de heffingsbevoegdheden van de lidstaten. De vrijheid van vestiging is niet gediend met gedetailleerde differentiaties als in het arrest Marks & Spencer wanneer die in de juridische werkelijkheid tot onzekerheid en geschillen leiden. De belastingplichtige heeft ter terechtzitting op indrukwekkende wijze uiteengezet, hoe complex de fiscale en

32 — Zie ook het voorstel van de Commissie voor een richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de verliezen van hun in andere lidstaten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen van 24 januari 1991, COM(90) 595 def., punt 12 van de toelichting.

33 — Aangaande de definitieve dwingende aard van de toepassingsvoorwaarden, zie arrest van 11 december 2008, A.T. (C-285/07, Jurispr. blz. I-9329, punt 27), inzake artikel 8 van de fusierichtlijn.

vennootschapsrechtelijke vraagstukken zijn die een dergelijke uitzonderingsregeling teweeg kan brengen. De uniforme toepassing van het Unierecht zou echter op losse schroeven komen te staan indien de verduidelijking van die vraagstukken – zoals de Commissie voorstelt – uitsluitend aan de nationale rechters werd overgelaten.

68. Tegen deze achtergrond ben ik van mening dat de door de Finse regeling in het kader van de vrijheid van vestiging veroorzaakte nadelen ook in een redelijke verhouding staan tot het hiermee nagestreefde doel van handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten.

3. Tussenconclusie

69. Op de eerste prejudiciële vraag moet derhalve worden geantwoord dat noch de fusierichtlijn noch de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU zich verzetten tegen een nationale regeling uit hoofde waarvan een ingezetene overnemende vennootschap de verliezen die een vennootschap die in een andere lidstaat gevestigd was en die met haar is gefuseerd, heeft geleden uit aldaar verrichte bedrijfsactiviteiten die uitsluitend onder de heffingsbevoegdheid van de andere lidstaat vielen, niet mag aftrekken van de door haar verschuldigde belasting.

B – De tweede prejudiciële vraag

70. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de eventueel te verrekenen buitenlandse verliezen volgens het belastingrecht van de vestigingsstaat van de overnemende vennootschap of volgens dat van de vestigingsstaat van de overgenomen vennootschap moet worden berekend.

71. In het licht van mijn antwoord op de eerste prejudiciële vraag behoeft de tweede prejudiciële vraag niet meer te worden beantwoord. De lidstaat van de overnemende vennootschap is volgens het Unierecht namelijk niet verplicht de buitenlandse verliezen te verrekenen.

72. Voor het geval dat het Hof mijn voorgestelde antwoord op de eerste vraag niet zou overnemen en in plaats daarvan zou beslissen dat de overnemende vennootschap verliezen van de overgenomen vennootschap in aftrek kan brengen, zal ik echter ook op de tweede prejudiciële vraag ingaan.

73. Op de tweede prejudiciële vraag zou dan mijns inziens moeten worden geantwoord dat de te verrekenen verliezen *in beginsel* volgens het belastingrecht van de vestigingsstaat van de overnemende vennootschap moeten worden berekend. Alleen dan – zoals ook de Franse regering aanvoert – worden binnenlandse en grensoverschrijdende situaties gelijk behandeld, dat wil zeggen dat een fusie met een binnenlandse dochtervennootschap fiscaal op dezelfde wijze wordt behandeld als een fusie met een buitenlandse dochtervennootschap. Door die gelijke behandeling zou de beperking van de vrijheid van vestiging worden weggenomen, die, zoals is gebleken, juist het gevolg is van de uiteenlopende behandeling van beide situaties.³⁴

74. Tegen deze achtergrond kan ik de argumentatie van de Commissie en de Finse regering niet volgen, die stellen dat het te verrekenen verlies niet hoger kan zijn dan het bedrag dat is vastgesteld volgens het belastingrecht van de vestigingsstaat van de overgenomen vennootschap, in casu dus het Koninkrijk Zweden. In dat geval zou een gelijke behandeling van de fiscaalrechtelijke gevolgen van een binnenlandse en een grensoverschrijdende fusie juist niet gewaarborgd zijn. Er zou nog steeds sprake zijn van een beperking van de vrijheid van vestiging, aangezien bij grensoverschrijdende fusies verliezen in een geringere omvang zouden worden verrekend dan bij puur binnenlandse fusies.

³⁴ — Zie de punten 33 e.v. van deze conclusie.

75. Niettemin kunnen er al naargelang van de oorzaak van een van het bedrijfseconomische resultaat afwijkende verliesberekening, correcties nodig zijn op het beginsel dat de te verrekenen verliezen volgens het belastingrecht van de vestigingsstaat van de overnemende vennootschap worden berekend. Bijvoorbeeld waar het gaat om fiscale steunregelingen van de vestigingsstaat van de overnemende vennootschap – men denke aan verhoogde afschrijvingen –, die een hoger verlies tot gevolg hebben. Hier kan niet worden uitgesloten dat een beperking van de toepassing van dergelijke regelingen tot binnenlandse activiteiten op zich genomen gerechtvaardigd is. Dit zou tot gevolg hebben dat in zoverre de verliesberekening niet volgens het belastingrecht van de vestigingsstaat van de overnemende vennootschap zou moeten plaatsvinden.

76. Aangezien uit het prejudiciële verzoek echter niet blijkt in hoeverre het Finse en het Zweedse recht inzake verliesberekening eventueel van elkaar verschillen of in hoeverre twijfel bestaat omtrent de toepassing van bepaalde verliesberekenningsregels, kan de verwijzende rechter op dit punt geen definitief antwoord worden gegeven.

V – Conclusie

77. Gelet op een en ander, geef ik het Hof echter in overweging de vragen van de Korkein hallinto-oikeus te beantwoorden als volgt:

„Noch de fusierichtlijn noch de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU verzetten zich tegen een nationale regeling uit hoofde waarvan een ingezeten overnemende vennootschap de verliezen die een vennootschap die in een andere lidstaat gevestigd was en die met haar is gefuseerd, heeft geleden uit aldaar verrichte bedrijfsactiviteiten die uitsluitend onder de heffingsbevoegdheid van de andere lidstaat vielen, niet mag aftrekken van de door haar verschuldigde belasting.”