



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOVAAT-GENERAAL

J. KOKOTT

van 23 oktober 2014¹

Zaak C-172/13

Europese Commissie

tegen

Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland

ondersteund door

Bondsrepubliek Duitsland

Koninkrijk Spanje

Koninkrijk der Nederlanden

Republiek Finland

„Belastingwetgeving — Vrijheid van vestiging — Artikel 49 VWEU en artikel 31 van de EER-Overeenkomst — Nationale vennootschapsbelasting — Groepsbelasting — Groepsaftrek („group relief”) — Verrekening van verliezen van niet-ingezetenen groepsvennootschappen — „Marks & Spencer-uitzondering” — Tijdstip van de bepaling van een ontbrekende mogelijkheid elders tot verliesverrekening in de toekomst”

I – Inleiding

1. In de onderhavige niet-nakomingsprocedure gaat het opnieuw om de uitlegging van het arrest Marks & Spencer.² In dat arrest heeft het Hof – tegen de achtergrond van het Britse recht – de voorwaarden geformuleerd, waaronder de winstbelasting van de lidstaten ook grensoverschrijdende groepsaftrek mogelijk dient te maken, de zogenoemde Marks & Spencer-uitzondering.

2. Helaas zijn deze voorwaarden allesbehalve duidelijk. Dit blijkt niet alleen uit de zaken waarin het Hof zich over de concrete toepassing ervan heeft gebogen.³ Ook de advocaten-generaal Geelhoed en Mengozzi hebben aangegeven de werkingssfeer en de strekking van de Marks & Spencer-uitzondering niet helder te vinden.⁴ Ik deel hun opvatting⁵, evenals een groot aantal rechtsgeleerden die sterk uiteenlopende interpretaties van de Marks & Spencer-uitzondering bepleiten.⁶

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

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

3 — Zie in het bijzonder arresten Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278), A (C-123/11, EU:C:2013:84) en K (C-322/11, EU:C:2013:716); zie ook de aanhangige zaak Timac Agro Deutschland (C-388/14).

4 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:139, punt 65) en de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak K (C-322/11, EU:C:2013:183, punten 87 en 88).

5 — Zie mijn conclusie in de zaak A (C-123/11, EU:C:2012:488, punten 47-60).

6 — Het Hof heeft tot nu toe 142 wetenschappelijke publicaties geregistreerd die rechtstreeks de voornoemde arresten als onderwerp hebben; zie de databank voor rechtspraak, te vinden op <http://curia.europa.eu>.

3. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de Europese Commissie en het Verenigd Koninkrijk van Groot Brittannië en Noord-Ierland twisten over de juiste toepassing van het arrest Marks & Spencer – ofschoon dit arrest inmiddels bijna negen jaar geleden is geweest.

II – Toepasselijke bepalingen

4. Het Verenigd Koninkrijk heft belasting op de winst van rechtspersonen. Binnen groepen van ondernemingen die in de Europese Economische Ruimte zijn gevestigd, kan een verlies dat door een groepsvennootschap in een bepaald belastingjaar is geleden, worden overgedragen aan een andere groepsvennootschap, die het buitenlandse verlies met haar eigen winst kan verrekenen (zogenoemde „group relief”; hierna: „groepsaftrek”).

5. Is daarentegen het verlies geleden door een groepsvennootschap die gevestigd is in een andere lidstaat van de Unie of in een lidstaat van de Europese Vrijhandelsassociatie die tot de Europese Economische Ruimte behoort, dan gelden voor de groepsaftrek bijzondere voorwaarden die op het in casu relevante tijdstip waren geregeld in de sections 111 e.v. van de Corporation Tax Act 2010 (wet van 2010 inzake de vennootschapsbelasting; hierna: „CTA 2010”). Een van deze voorwaarden is ingevolge section 119, lid 2, CTA 2010 dat noch de niet-ingezeten groepsvennootschap noch een andere belastingplichtige de mogelijkheid heeft om een dergelijk verlies met eventuele toekomstige winsten te verrekenen in het kader van de bepaling van de in het buitenland verschuldigde belasting in de belastingjaren na het jaar waarin het verlies is geleden. Of deze mogelijkheid bestaat, moet ingevolge section 119, lid 4, CTA 2010 onmiddellijk na het einde van het jaar waarin het verlies is geleden, worden bepaald.

III – Voorgeschiedenis van het geding en procesverloop voor het Hof

6. Het Verenigd Koninkrijk had de groepsaftrek voor niet-ingezeten groepsvennootschappen aanvankelijk ingevoerd door middel van een wijziging van de Income and Corporation Taxes Act 1988, ingaande 1 april 2006, teneinde te voldoen aan de vereisten van het Unierecht met betrekking tot de vrijheid van vestiging. Het Verenigd Koninkrijk had deze vereisten afgeleid uit het op 13 december 2005 gewezen arrest Marks & Spencer, waarin het Hof het volgende heeft verklaard⁷:

„De artikelen 43 EG en 48 EG staan bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht niet in de weg aan een wettelijke regeling van een lidstaat, volgens welke het voor een ingezeten moedervernootschap algemeen niet mogelijk is, het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap af te trekken van haar belastbare winst, terwijl het voor deze moedervernootschap wel mogelijk is, het verlies van een ingezeten dochtervennootschap af te trekken. Het is evenwel strijdig met de artikelen 43 EG en 48 EG om de ingezeten moedervernootschap van een dergelijke mogelijkheid uit te sluiten 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 niet-ingezeten 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.”

7. De Commissie koesterde twijfels over de verenigbaarheid van de nieuwe Britse bepalingen met het arrest Marks & Spencer en stelde bij brief van 19 juli 2007 het Verenigd Koninkrijk in de gelegenheid om zijn opmerkingen in te dienen. In haar met redenen omkleed advies van 23 september 2008 verweet zij het Verenigd Koninkrijk schending van de vrijheid van vestiging. Die schending bestond in het bijzonder in het feit dat de mogelijkheid van een toekomstige verliesverrekening elders reeds na het

⁷ — Arrest Marks & Spencer (EU:C:2005:763, dictum).

einde van elk belastingjaar moest worden bepaald en de nieuwe voorschriften niet vóór 1 april 2006 van toepassing zouden zijn. Op 25 november 2010 volgde nog een aanvullend met redenen omkleed advies met betrekking tot de nieuw vastgestelde CTA 2010, waarin de tot dan toe litigieuze bepalingen van de Income and Corporation Taxes Act 1988 in wezen ongewijzigd waren overgenomen.

8. Nadat het Verenigd Koninkrijk het verzoek van de Commissie om zijn wetgeving te wijzigen niet binnen de hiervoor vastgestelde termijn van twee maanden had opgevolgd, stelde de Commissie op 5 april 2013 beroep in bij het Hof overeenkomstig artikel 258, tweede alinea, VWEU. Hierin verzoekt zij het Hof:

- vast te stellen dat het Verenigd Koninkrijk, door voor de grensoverschrijdende groepsaftrek voorwaarden te stellen waardoor het in de praktijk nagenoeg onmogelijk is deze aftrek te verkrijgen, en door deze aftrek te beperken tot tijdvakken na 1 april 2006, de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten krachtens artikel 49 VWEU en artikel 31 van de EER-Overeenkomst, en
- het Verenigd Koninkrijk te verwijzen in de kosten.

9. Het Verenigd Koninkrijk verzoekt het Hof:

- het beroep van de Commissie te verwerpen, en
- de Commissie in de kosten te verwijzen.

10. De Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Spanje, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Finland zijn toegelaten tot interventie aan de zijde van het Verenigd Koninkrijk.

11. Partijen en interveniënten hebben eerst schriftelijk en vervolgens ter terechtzitting van 15 juli 2014 mondeling opmerkingen gemaakt.

IV – Beoordeling

12. De Commissie verwijt het Verenigd Koninkrijk schending van de zowel in het VWEU als de EER-Overeenkomst verankerde vrijheid van vestiging. Hiertoe voert zij twee middelen aan.

13. Artikel 49 juncto artikel 54 VWEU en artikel 31 juncto artikel 34 van de EER-Overeenkomst verbieden op – in beginsel – gelijke wijze beperkingen van de vrijheid van vestiging.⁸ Bijgevolg zal ik bij het onderzoek van de middelen geen onderscheid maken tussen deze twee bepalingen.

A – Eerste middel: praktische onmogelijkheid van grensoverschrijdende groepsaftrek

14. Met haar eerste middel betoogt de Commissie dat de vrijheid van vestiging wordt geschonden doordat het recht van het Verenigd Koninkrijk de grensoverschrijdende groepsaftrek praktisch onmogelijk maakt.

15. Volgens het arrest Marks & Spencer zou vanuit Unierechtelijk oogpunt in beginsel geen grensoverschrijdende groepsaftrek zijn geboden. Een uitzondering zou echter gelden voor situaties waarin verliezen van een niet-ingezeten dochtervennootschap noch voor eerdere noch voor latere belastingjaren bij de in haar vestigingsstaat verschuldigde belasting in aanmerking kunnen worden

⁸ — Zie arrest A (C-48/11, EU:C:2012:485, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

genomen. Section 119, lid 4, CTA 2010 schrijft evenwel voor dat reeds na het einde van het belastingjaar waarin het verlies is geleden moet worden bepaald of het verlies in de toekomst niet elders kan worden verrekend. Op dat tijdstip zou evenwel enkel kunnen worden voldaan aan deze voorwaarde wanneer hetzij de staat van vestiging van de dochter geen voorwaartse verliesverrekening toestaat, hetzij in het jaar waarin het verlies is geleden een begin is gemaakt met de vereffening van de dochter. Hierdoor zou evenwel in het bijzonder geen verliesverrekening mogelijk zijn in die situaties waarin de dochter haar activiteiten staakt *na* het jaar waarin het verlies is geleden. Ingevolge deze regeling zou dus alleen het in één belastingjaar geleden verlies kunnen worden overgedragen. Volgens het arrest Marks & Spencer zou de mogelijkheid van inaanmerkingneming elders van een verlies in latere belastingjaren echter pas op het tijdstip van het verzoek om groepsaftrek moeten worden bepaald.

16. Het Verenigd Koninkrijk brengt hiertegen in dat de grensoverschrijdende groepsaftrek niet praktisch onmogelijk zou zijn. Hiervoor zouden weliswaar restrictieve voorwaarden gelden, maar dit zou enkel en alleen een gevolg zijn van de rechtspraak van het Hof. In het bijzonder zou ingevolge deze rechtspraak nu eenmaal na het einde van het belastingjaar moeten worden bepaald of elders een verliesverrekeningsmogelijkheid bestaat. Dit zou evenwel niet uitsluiten dat hierbij niet ook de beëindiging van de ondernemingsactiviteiten of het aan het einde van een belastingjaar bestaande voornemen van een spoedige vereffening in aanmerking kan worden genomen. Voorts zou een beoordeling pas op het tijdstip van het verzoek om groepsaftrek ertoe leiden dat een belastingplichtige – in strijd met de bestaande rechtspraak – zelf de lidstaat van verrekening zou kunnen kiezen. Hij zou dan namelijk, voordat hij een dergelijk verzoek indient, ervoor kunnen zorgen dat hij op het tijdstip van het verzoek geen verrekeningsmogelijkheid elders meer heeft.

17. Om te beginnen vind ik het eerste middel onduidelijk geformuleerd. De Commissie verwijt het Verenigd Koninkrijk namelijk dat ingevolge section 119, lid 4, CTA 2010 verliesverrekening enkel mogelijk is wanneer hetzij de staat van vestiging van de dochtervennootschap geen voorwaartse verliesverrekening toestaat, hetzij een begin is gemaakt met de vereffening van de dochtervennootschap in het jaar waarin het verlies is geleden. Aangezien juist de laatstgenoemde situatie ongetwijfeld in de praktijk voorkomt, gaat het de Commissie er uiteindelijk niet om dat de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk grensoverschrijdende verliesverrekening praktisch onmogelijk maakt, maar dat niet alle volgens haar onder de vrijheid van vestiging vallende situaties worden bestreken.

18. Bijgevolg moet wat het eerste middel betreft, worden nagegaan of section 119, lid 4, CTA 2010 strijdig is met de vrijheid van vestiging omdat die bepaling de grensoverschrijdende verliesverrekening niet in toereikende mate toestaat vanwege het tijdstip van de beoordeling van een toekomstige verrekeningsmogelijkheid elders. Verder geldt dat het niet-nakomingsberoep blijkens het betoog van de Commissie in de eerste plaats enkel de overdraagbaarheid van verliezen van een niet-ingezeten *dochtervennootschap* betreft, maar niet van andere groepsvennootschappen, en in de tweede plaats enkel betrekking heeft op verliezen uit *buitenlandse* activiteiten en niet op verliezen die een niet-ingezeten dochtervennootschap in het Verenigd Koninkrijk door middel van een vaste inrichting lijdt.⁹

⁹ — Zie met betrekking tot verliezen van vaste inrichtingen arrest Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532).

1. Beperking van de vrijheid van vestiging

19. De litigieuze regeling beperkt de vrijheid van vestiging, aangezien zij voor de verkrijging van de groepsaftrek een hogere drempel opwerpt wanneer een moedervennootschap zich middels een dochtervennootschap in een andere lidstaat vestigt, dan wanneer zij hetzelfde in het binnenland zou doen.¹⁰

20. Deze beperking heeft betrekking op twee met de groepsaftrek verbonden voordelen die voor het verdere onderzoek van elkaar moeten worden onderscheiden. In de eerste plaats is er sprake van een cashflowvoordeel, omdat de groepsaftrek de verrekening van verliezen binnen een groep versnelt.¹¹ Zolang de groepsvennootschappen geregeld winst maken, betaalt de groep in het Verenigd Koninkrijk door de mogelijkheid van de groepsaftrek – ceteris paribus – weliswaar niet minder maar wel later belasting. De overdracht van het verlies van een dochtervennootschap aan de moedervennootschap heeft namelijk ook tot gevolg dat de dochter geen verlies meer heeft dat zij zou kunnen verrekenen met latere eigen belastbare winst. Tegenover de lagere belasting van de moedervennootschap in een bepaald belastingjaar staat dus een hogere belasting van de dochtervennootschap in een volgend belastingjaar.

21. Er bestaat evenwel nog een tweede, belangrijker voordeel van de groepsaftrek. Heeft de dochtervennootschap over alle belastingjaren waarin zij activiteiten heeft ontplooid enkel verlies geleden (hierna: „totale verlies”), dan levert de groepsaftrek meer op dan alleen een cashflowvoordeel. In dat geval betaalt de moedermaatschappij op grond van de verliesverrekening en tot het bedrag van het totale verlies van haar dochter geen belasting over haar winst, en zulks definitief. Hetzelfde doet zich voor wanneer de dochter weliswaar niet economisch sneeft, maar haar mogelijkheid tot voorwaartse verliesverrekening wettelijk beperkt is en verliezen daardoor bij haar fiscaal onbenut blijven.

22. De beperking van de vrijheid van vestiging door section 119, lid 4, CTA 2010 kan volgens vaste rechtspraak enkel worden aanvaard indien zij betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn (zie hierna punt 2), of wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang¹² (zie hierna punt 3).

2. Objectieve vergelijkbaarheid van de situaties

23. Bijgevolg moet allereerst worden nagegaan of de situatie van een moedervennootschap met een ingezeten dochtervennootschap waarvan het verlies met een groepsaftrek dient te worden overgedragen, objectief vergelijkbaar is met die van een moedervennootschap met een niet-ingezeten dochtervennootschap waarvan de verliezen dienen te worden overgedragen. Dit valt te betwijfelen, aangezien het Verenigd Koninkrijk in beginsel enkel de activiteiten van een ingezeten en niet die van een niet-ingezeten dochtervennootschap belast.

24. Het Hof heeft dienaangaande in het arrest Marks & Spencer nog verklaard dat de enkele omstandigheid dat een lidstaat de activiteiten van niet-ingezeten dochtervennootschappen niet en die van ingezeten dochtervennootschappen wel belast, op zich geen beperking van de groepsaftrek tot het verlies van ingezeten dochtervennootschappen rechtvaardigt.¹³

10 — Zie arresten ICI (C-264/96, EU:C:1998:370, punten 20-23), Marks & Spencer (EU:C:2005:763, punten 28-34) en Felixstowe Dock and Railway Company e.a. (C-80/12, EU:C:2014:200, punten 17-21).

11 — Zie arresten Marks & Spencer (EU:C:2005:763, punt 32) en Felixstowe Dock and Railway Company e.a. (EU:C:2014:200, punt 19).

12 — Zie onder andere arrest Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

13 — Zie arrest Marks & Spencer (EU:C:2005:763, punt 40) en, gebaseerd op dit arrest, evenzo arrest A (EU:C:2013:84, punten 34 en 35).

25. Deze benadering is evenwel op losse schroeven komen te staan door het onlangs gewezen arrest *Nordea Bank Danmark*, waarin het ging om de grensoverschrijdende verrekening van verliezen van niet-ingezetenen *vaste inrichtingen*. In dat arrest heeft het Hof voor het eerst het beginsel geformuleerd, dat waar het gaat om maatregelen van een lidstaat ter voorkoming van dubbele belasting, de situatie van niet-ingezetenen en ingezetenen *vaste inrichtingen* niet vergelijkbaar is. Weliswaar heeft het Hof in die zaak uiteindelijk de objectieve vergelijkbaarheid bevestigd, maar enkel omdat de betrokken lidstaat had besloten om ook de niet-ingezetenen *vaste inrichtingen* te belasten.¹⁴

26. Tegen de achtergrond van deze benadering met betrekking tot *vaste inrichtingen* ligt het voor de hand om op basis van een *a fortiori*-redenering aan te nemen dat ingezetenen en niet-ingezetenen *dochtervennootschappen* zich al helemaal niet in een vergelijkbare situatie bevinden wat de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten betreft. Terwijl namelijk een niet-ingezetene *vaste inrichting* overeenkomstig het internationaal erkende beginsel van belastingheffing over het wereldinkomen¹⁵ nog onder de heffingsbevoegdheid van de staat van vestiging van de vennootschap valt en door die staat kan worden belast, is dit bij niet-ingezetenen *dochtervennootschappen* van een vennootschap in beginsel niet het geval. Zij worden in de staat van vestiging van de moedermaatschappij enkel belast wat hun binnenlandse activiteiten betreft en – in voorkomend geval – op grond van bijzondere toerekeningsregels¹⁶ ter bestrijding van belastingontwijking. Deze uitzonderingen zijn evenwel hier niet aan de orde.

27. Het in het arrest *Nordea Bank Danmark* geformuleerde beginsel is mede daarom van bijzonder belang omdat ik in mijn conclusie in die zaak het Hof in overweging heb gegeven volledig af te zien van de toetsing van de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties.¹⁷ Dit beginsel komt erop neer dat een lidstaat verliezen op buitenlandse activiteiten slechts in aanmerking hoeft te nemen als hij deze activiteiten ook belast. Dit is in lijn met zowel de rechtspraak inzake verliesverrekening vóór het arrest *Marks & Spencer* als de rechtspraak op andere terreinen van het belastingrecht. Enerzijds heeft het Hof reeds in 1997 in het arrest *Futura Participations en Singer* beslist dat een belastingregeling die enkel de binnenlandse verliezen van een *vaste inrichting* van een niet-ingezetene vennootschap in aanmerking neemt, in overeenstemming is met het fiscale territorialiteitsbeginsel en bijgevolg geen discriminatie oplevert.¹⁸ Anderzijds heeft het Hof pas zeer onlangs in het arrest *Kronos International* inzake de belasting op dividenden verklaard dat – met betrekking tot de inaanmerkingneming van een belasting over de uitkering van dividenden – ingezetenen en niet-ingezetenen *dochtervennootschappen* zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden, wanneer de lidstaat de uitkering van dividenden van niet-ingezetenen *dochtervennootschappen* niet belast.¹⁹

28. Tevens moet volgens *vaste rechtspraak* de vergelijkbaarheid van situaties worden onderzocht op basis van het door de betrokken bepalingen nagestreefde doel.²⁰ Bepalingen inzake groepsbelasting hebben tot doel de vennootschappen van een groep – in verschillende mate – te belasten alsof het om een enkele belastingplichtige gaat.²¹ Ook in het licht van dit doel plaats ik vraagtekens bij de objectieve vergelijkbaarheid van de verliezen van ingezetenen en niet-ingezetenen *dochtervennootschappen*. Mijns inziens is het namelijk onjuist om een ingezetene moedervennootschap en een niet-ingezetene *dochtervennootschap* als een enkele belastingplichtige te behandelen, wanneer de niet-ingezetene *dochtervennootschap* helemaal niet in het binnenland wordt belast en zelf dus niet belastingplichtig is.

14 — Zie arrest *Nordea Bank Danmark* (EU:C:2014:2087, punt 24).

15 — Zie arrest *Marks & Spencer* (EU:C:2005:763, punt 39).

16 — Zie arrest *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544).

17 — Zie mijn conclusie in de zaak *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:153, punten 21-28).

18 — Arrest *Futura Participations en Singer* (C-250/95, EU:C:1997:239, punten 21 en 22).

19 — Zie arrest *Kronos International* (C-47/12, EU:C:2014:2200, punt 81).

20 — Zie onder andere arresten *X Holding* (C-337/08, EU:C:2010:89, punt 22) en *SCA Group Holding e.a.* (C-39/13-C-41/13, EU:C:2014:1758, punt 28).

21 — Zie met betrekking tot de Nederlandse „fiscale eenheid” arrest *SCA Group Holding e.a.* (EU:C:2014:1758, punt 51).

29. Niettemin geef ik in casu niet in overweging om de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties te ontkennen. De toetsing van de objectieve vergelijkbaarheid van situaties zou namelijk enkel die ongelijke behandelingen moeten uitsorteren die klaarblijkelijk en zonder twijfel om gerechtvaardigde redenen plaatsvinden. Het gebleken verschil tussen de situatie van een moedervervennootschap met een ingezeten dochtervennootschap en een moedervervennootschap met een niet-ingezeten dochtervennootschap is zeer zeker belangrijk, zo niet doorslaggevend voor het onderzoek naar een schending van de vrijheid van vestiging. Het sluit een dergelijke schending evenwel niet zonder meer uit, zoals reeds blijkt uit de eldersluidende opvatting van het Hof in het arrest Marks & Spencer. Dit verschil moet bijgevolg als mogelijke rechtvaardigingsgrond voor een ongelijke behandeling worden onderzocht, waarbij tevens de evenredigheid van de nationale regeling moet worden getoetst.

3. Rechtvaardiging

30. Bijgevolg moet worden nagegaan, of de beperkende voorwaarde voor de verrekening van verliezen van niet-ingezeten dochtervennootschappen door een dwingende reden van algemeen belang wordt gerechtvaardigd.

31. De omstandigheid dat de buitenlandse activiteiten van niet-ingezeten dochtervennootschappen in het Verenigd Koninkrijk niet worden belast, vormt een dergelijke rechtvaardigingsgrond. Volgens inmiddels vaste rechtspraak hoeft een lidstaat een verlies op buitenlandse activiteiten in beginsel namelijk enkel in aanmerking te nemen wanneer hij deze activiteiten ook belast, ongeacht of het Hof dit nu als verzekering van „de samenhang van het belastingstelsel”²², „onverkorte handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid”²³, veiligstelling van „de symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van de verliezen”²⁴, dan wel als verhindering van „dubbele verrekening”²⁵ of van „belastingontwijking”²⁶ aanduidt.²⁷ Deze rechtspraak vindt bovendien steun in de uitspraken van het Hof met betrekking tot de objectieve vergelijkbaarheid van situaties, waarin – zoals hierboven reeds is uiteengezet²⁸ – de vraag of een lidstaat een buitenlandse activiteit wel of niet belast, een belangrijke plaats inneemt.

32. Bijgevolg is het Verenigd Koninkrijk wat de groepsaftrek betreft, in beginsel niet alleen gerechtigd om hogere drempels op te werpen voor de inaanmerkingneming van verliezen die niet-ingezeten dochtervennootschappen hebben geleden op buitenlandse activiteiten, maar om ze zelfs helemaal niet in aanmerking te nemen.

33. Niettemin mag het Verenigd Koninkrijk ook niet voorbijgaan aan het evenredigheidsbeginsel. Dit beginsel schrijft voor dat de lidstaten middelen moeten aanwenden waarmee het door het nationale recht nagestreefde doel weliswaar doeltreffend kan worden bereikt, maar die de doelstellingen en beginselen van de betrokken wettelijke regeling van de Unie zo min mogelijk aantasten.²⁹

22 — Zie arrest K (EU:C:2013:716, punten 64-71).

23 — Zie arresten Marks & Spencer (EU:C:2005:763, punt 45), Lidl Belgium (EU:C:2008:278, punt 31), X Holding (EU:C:2010:89, punt 28), A (EU:C:2013:84, punt 42), K (EU:C:2013:716, punt 55) en Nordea Bank Danmark (EU:C:2014:2087, punt 32).

24 — Zie arresten National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 58) en Nordea Bank Danmark (EU:C:2014:2087, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25 — Zie arresten Marks & Spencer (EU:C:2005:763, punten 47 en 48), Lidl Belgium (EU:C:2008:278, punten 35 en 36) en A (EU:C:2013:84, punt 44).

26 — Zie arresten Marks & Spencer (EU:C:2005:763, punt 49) en A (EU:C:2013:84, punt 45).

27 — Zie ook arresten National Grid Indus (EU:C:2011:785, punt 80) en K (EU:C:2013:716, punt 72), waarin het Hof een op zijn minst gedeeltelijke overeenstemming tussen de rechtvaardigingsgronden inzake de samenhang van het belastingstelsel en de verdeling van de heffingsbevoegdheid constateerde.

28 — Zie de punten 25 tot en met 28 hierboven.

29 — Zie arrest BDV Hungary Trading (C-563/12, EU:C:2013:854, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34. Dienaangaande heeft het Hof in het arrest Marks & Spencer verklaard dat een volledige uitsluiting van niet-ingezeten dochtervennootschappen van de groepsaftrek verder gaat dan nodig is voor het bereiken van de „belangrijkste” nagestreefde doelstellingen, en heeft het aldus de Marks & Spencer-uitzondering geïntroduceerd.³⁰ Kort gezegd zijn ingevolge deze uitzondering de verliezen van een niet-ingezeten dochtervennootschap overdraagbaar op de moedermaatschappij in die situaties waarin geen verliesverrekeningsmogelijkheid elders bestaat, noch voor het belastingjaar waarvoor de aftrek is aangevraagd, noch voor eerdere of toekomstige belastingjaren, waarbij de bewijslast bij de belastingplichtige berust en de lidstaten misbruik van deze uitzondering mogen voorkomen.³¹

35. Het eerste middel betreft nu de vraag of de bestreden uitzonderingsregeling van het Verenigd Koninkrijk voor de overdracht van verliezen van niet-ingezeten dochtervennootschappen voldoet aan deze evenredigheidsvereisten in zoverre zij ingevolge section 119, lid 4, CTA 2010 de situatie aan het einde van het belastingjaar waarin het verlies is geleden als doorslaggevend aanmerkt voor de beoordeling van de mogelijkheid van toekomstige verliesverrekening.

a) Rechtspraak betreffende de Marks & Spencer-uitzondering

36. Deze vraag kan niet worden beantwoord aan de hand van de bestaande rechtspraak van het Hof.

37. Het arrest Marks & Spencer geeft zelf hierop geen antwoord, noch wat de gevallen betreft waarin toekomstige verliesverrekening uitgesloten is, noch wat het tijdstip betreft waarop dit moet worden bepaald. Enerzijds zou het Hof in zijn arrest weliswaar kunnen zijn uitgegaan van de gedachte een moedervennootschap niet het cashflowvoordeel van de groepsaftrek te gunnen, maar in plaats daarvan wel het definitieve voordeel van de verliesverrekening in het geval van een totaal verlies van de dochtervennootschap.³² In dat geval zou de litigieuze regeling haaks staan op het arrest Marks & Spencer. Zij zou immers ongeschikt zijn om het totale verlies van een dochtervennootschap te bepalen, omdat dit pas na de beëindiging van haar activiteiten met inaanmerkingneming van alle belastingjaren kan plaatsvinden. Anderzijds blijkt uit het arrest evenwel niet dat het Hof uitgaat van de inaanmerkingneming van het totale verlies. Integendeel, het Hof zag de vrijheid van vestiging enkel beperkt door de ontzegging van het cashflowvoordeel.³³

38. Bovendien heeft het Hof in zijn latere rechtspraak de werkingssfeer van de Marks & Spencer-uitzondering zodanig ingeperkt dat ik eigenlijk nauwelijks nog ruimte voor toepassing ervan kan zien. De eerste grief van de Commissie illustreert dit. Volgens de Commissie is de Britse regeling te restrictief omdat zij de grensoverschrijdende verliesverrekening enkel in die gevallen aanvaardt, waarin de staat van vestiging van de dochtervennootschap geen verliesverrekening toestaat of waarin in het jaar waarin het verlies is geleden een aanvang is gemaakt met de vereffening van de dochtervennootschap. Beide partijen in het onderhavige geding lijken van mening dat op zijn minst in deze twee gevallen voldaan is aan de Marks & Spencer-uitzondering. Volgens de meest recente rechtspraak van het Hof is dit echter niet het geval.

39. In de eerste plaats blijkt uit het arrest K dat een lidstaat het verlies uit buitenlandse activiteiten niet in aanmerking hoeft te nemen, wanneer verliesverrekening in de lidstaat waar de activiteiten zijn uitgeoefend, wettelijk is uitgesloten.³⁴ Kan een niet-ingezeten dochtervennootschap dus volgens het recht van haar staat van vestiging geen verlies verrekenen met de belastbare winst van volgende jaren, dan is er in die staat weliswaar geen mogelijkheid meer van een toekomstige verliesverrekening, maar schrijven de fundamentele vrijheden niettemin geen overdracht voor van het verlies aan de

30 — Zie arrest Marks & Spencer (EU:C:2005:763, punt 55).

31 — Ibidem (punten 56 en 57).

32 — Zie de punten 20 en 21 hierboven.

33 — Zie arrest Marks & Spencer (EU:C:2005:763, punt 32).

34 — Zie arrest K (EU:C:2013:716, punten 76-81).

moedermaatschappij. Hier blijkt de invloed van een richting in de rechtspraak die pas na het arrest Marks & Spencer is ingeslagen. Het Hof heeft deze lijn voor het eerst samengevat in het arrest Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, en wel aldus dat een lidstaat niet verplicht is om bij de toepassing van zijn belastingwetgeving rekening te houden met de eventueel ongunstige gevolgen die voortvloeien uit de „bijzonderheden” van de belastingwetgeving van een andere staat.³⁵ De vraag in welke gevallen de belastingwetgeving van een lidstaat in die zin als bijzonder moet worden aangemerkt – bijvoorbeeld omdat zij afwijkt van een nog te bepalen Unierechtelijke standaard voor de voorwaartse verliesverrekening – is hiermee weliswaar nog niet definitief beantwoord. Het Duitse Bundesfinanzhof heeft deze rechtspraak evenwel bijvoorbeeld reeds aldus uitgelegd dat wettelijke beperkingen van de voorwaartse verliesverrekening geen onmogelijkheid van verliesverrekening elders in de zin van de Marks & Spencer-uitzondering tot gevolg hebben.³⁶

40. In de tweede plaats heeft het Hof in het arrest A geoordeeld dat de vereffening van een dochtervennootschap die haar bedrijfsactiviteiten in wezen had beëindigd, op zich niet aantoonde dat in haar lidstaat van vestiging geen enkele mogelijkheid tot verliesverrekening meer voor haar bestaat. Klaarblijkelijk heeft dit tevens te gelden bij een fusie waarin de dochtervennootschap zelfs haar rechtspersoonlijkheid verliest. Voor het nog bestaan van een mogelijkheid tot verliesverrekening lijkt het daarentegen voldoende te zijn dat de dochtervennootschap, ingeval zij niet wordt vereffend, nog inkomsten – ook al zijn die maar minimaal – ontvangt.³⁷ Met de beëindiging van de bedrijfsactiviteiten alleen is bijgevolg niet voldaan aan de Marks & Spencer-uitzondering, wanneer er nog inkomsten zijn. Hiervan is evenwel nu juist sprake in het geval van zowel de vrijwillige vereffening van een dochtervennootschap als de inleiding van een insolventieprocedure met betrekking tot haar activa, aangezien de tegeldemaking van het vennootschappelijke vermogen gewoonlijk nog inkomsten genereert. Gezien het arrest A is daarom ook het begin van de vereffening van de dochtervennootschap geen situatie die duidelijk onder de Marks & Spencer-uitzondering valt, evenmin zelfs het latere verlies van rechtspersoonlijkheid.

41. Bijgevolg kan het eerste middel enkel worden beoordeeld, wanneer het Hof in het licht van het evenredigheidsbeginsel in het kader van de onderhavige zaak nagaat of de Marks & Spencer-uitzondering nog van kracht is, en zo ja, wat zij inhoudt.

b) Heroverweging van de Marks & Spencer-uitzondering

42. Naar analogie van het common law-adagium *stare decisis et non quieta movere* behoort in beginsel weliswaar niet van bestaande rechtspraak te worden afgeweken. Tot *quieta* heeft het arrest Marks & Spencer evenwel nooit geleid, omdat het in zijn uitwerking steeds onduidelijk is gebleven.³⁸ Derhalve acht ik heroverweging van de geschiktheid van de Marks & Spencer-uitzondering mogelijk en ook geboden.³⁹

35 — Zie arrest Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, punt 49), dat is gebaseerd op de arresten Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, punt 51) en Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, punt 42); zie ook arrest K (EU:C:2013:716, punt 79).

36 — Zie arresten van het Bundesfinanzhof van 9 juni 2010, I R 100/09, punt 11, en 9 juni 2010, I R 107/09, punt 17.

37 — Zie arrest A (EU:C:2013:84, punten 51-53).

38 — Zie punt 2 alsook de punten 37 tot en met 40 hierboven.

39 — Zie met betrekking tot een dergelijke heroverweging van de eigen rechtspraak arrest Keck en Mithouard (C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punten 14-16).

43. Het Hof heeft deze uitzondering in het arrest Marks & Spencer in het leven geroepen om een hiaat te dichten. Volgens het Hof stond het aan de Uniewetgever om een met de fundamentele vrijheden strokende regeling van de grensoverschrijdende verliesverrekening vast te stellen.⁴⁰ In afwachting hiervan behoorden de voordelen van de groepsaftrek op zijn minst voor een deel ten goede te komen aan grensoverschrijdend opererende groepen, en wel in die situaties waarin geen enkele verrekeningsmogelijkheid elders meer openstaat.

44. Deze oplossing blijkt evenwel in de praktijk niet te voldoen. Bijgevolg beschermt zij niet de belangen van de interne markt en vormt zij dus ook geen minder vergaand middel ter waarborging van de fiscale bevoegdheid van de lidstaten. Uiteindelijk maakt deze regeling het namelijk niet gemakkelijker voor groepen om grensoverschrijdend actief te zijn, maar vormt zij een nagenoeg onuitputtelijke bron van geschillen tussen de belastingplichtigen en de fiscale autoriteiten van de lidstaten. Hiervoor zijn in wezen vier oorzaken aan te wijzen.

45. In de eerste plaats is de mogelijkheid van een verliesverrekening elders feitelijk enkel dan werkelijk uitgesloten, wanneer de dochtervennootschap juridisch heeft opgehouden te bestaan. Pas wanneer zij zonder vermogen is en ook geen vermogen meer kan verkrijgen, staat vast dat er geen sprake meer kan zijn van winsten waarmee verliezen nog kunnen worden verrekend. Soms kan de volledige liquidatie van een dochtervennootschap evenwel lang op zich laten wachten. Daarom zijn pogingen ondernomen om dit tijdstip te vervroegen naar de beëindiging van de bedrijfsactiviteiten of het begin van de vereffening. Dit heeft evenwel tot gevolg dat de vaststelling van de onmogelijkheid van een verliesverrekening elders slechts *voorlopig* kan zijn. Dit blijkt erg duidelijk uit het in de onderhavige zaak door de Commissie gedane voorstel om de tegen de verwachting in later verkregen winst van de dochtervennootschap ter correctie op te nemen in de winst van de moedermaatschappij en uit het door haar gemaakte onderscheid tussen „reële” en „theoretische” mogelijkheden tot verliesverrekening elders. Behalve dat het Hof in het arrest Marks & Spencer de door de Commissie in overweging gegeven correctieprocedure reeds van de hand heeft gewezen⁴¹, leidt een onderscheid tussen „reële” en „theoretische” mogelijkheden enkel tot waarschijnlijkheidsspeculaties die naar hun aard geen rechtszekerheid bieden.

46. In de tweede plaats is de Marks & Spencer-uitzondering in het geval dat verliesverrekening in de staat van vestiging van de dochtervennootschap wettelijk is uitgesloten, in conflict gekomen met een andere lijn in de rechtspraak. Hoewel bijvoorbeeld de wettelijke uitsluiting van de verliesverrekening in de staat van vestiging van de dochtervennootschap een duidelijk geval van toepassing van de Marks & Spencer-uitzondering zou moeten zijn, staat dit – zoals hierboven reeds is uiteengezet – volgens het Hof haaks op een beginsel dat zich na het arrest Marks & Spencer in de vaste rechtspraak heeft uitgekristalliseerd.⁴²

47. In de derde plaats kan de onmogelijkheid van een verliesverrekening elders door de belastingplichtige naar willekeur worden geconstrueerd. Deze mogelijkheid is evenwel in tegenspraak met de ook door het Verenigd Koninkrijk aangehaalde rechtspraak, volgens welke een belastingplichtige niet de vrijheid heeft om het voor hem geldende belastingstelsel te kiezen.⁴³ Reeds in het arrest Marks & Spencer heeft het Hof om die reden de mogelijkheid opengelaten voor de lidstaten om kunstmatige constructies ter ontwijking van de belasting te verhinderen.⁴⁴ De vraag wanneer nu echter bijvoorbeeld de liquidatie van een dochtervennootschap om fiscale redenen plaatsvindt en wanneer niet, is in het concrete geval lastig te beantwoorden.

40 — Zie arrest Marks & Spencer (EU:C:2005:763, punt 58).

41 — Zie arrest Marks & Spencer (EU:C:2005:763, punten 54-58).

42 — Zie punt 39 hierboven.

43 — Zie arrest X Holding (EU:C:2010:89, punten 29-32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 — Zie arrest Marks & Spencer (EU:C:2005:763, punt 57).

48. In de vierde plaats is de lidstaat van de moedermaatschappij op grond van de vrijheid van vestiging enkel tot gelijke behandeling verplicht. Om in aanmerking te komen voor grensoverschrijdende verliesverrekening zou dus achteraf moeten worden nagegaan wat de fiscale resultaten van de niet-ingezeten dochtervennootschap zouden zijn geweest wanneer zij op het nationale grondgebied gevestigd was geweest. Op deze wijze zou het dus kunnen gebeuren dat over een periode van tientallen jaren een fictieve fiscale situatie achteraf moet worden bepaald.

c) Afscheid van de Marks & Spencer-uitzondering

49. Een voor de interne markt werkbare verrekening van de verliezen van niet-ingezeten dochtervennootschappen zou enkel kunnen bestaan in de doorlopende inaanmerkingneming ervan in verbinding met de toerekening van latere winst, zoals in het arrest Marks & Spencer al een keer is besproken.⁴⁵ Een dergelijke aanpak zou de moedermaatschappij zowel het cashflowvoordeel als het voordeel van de verrekening van het totale verlies garanderen.⁴⁶ Deze oplossing zou evenwel een verregaande gelijke behandeling van de verliezen van niet-ingezeten en ingezeten dochtervennootschappen tot gevolg hebben. Dan zou er niets meer overblijven van het in de vaste rechtspraak aanvaarde beginsel, dat een lidstaat verliezen op buitenlandse activiteiten enkel in aanmerking hoeft te nemen wanneer hij deze activiteiten ook belast.⁴⁷

50. Tegen deze achtergrond is het verlaten van de Marks & Spencer-uitzondering de meest evenwichtige oplossing, omdat aldus het voornoemde in de rechtspraak geformuleerde beginsel wordt gesauveerd en – gelet op de aangegeven tekortkomingen van de Marks & Spencer-uitzondering – ook geen minder vergaand middel hiervoor ter beschikking staat. Voorts pleiten nog drie andere redenen voor het verlaten van de Marks & Spencer-uitzondering.

51. In de eerste plaats worden daarmee tegenstrijdigheden met de overige rechtspraak van het Hof op fiscaal gebied opgelost, die uitgaat van een duidelijke afgrenzing van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten. Zo heeft het Hof in het arrest National Grid Indus beslist dat een lidstaat latente waardeinstijgingen van de activa van een vennootschap die haar zetel tussen lidstaten verplaatst mag belasten en verliezen die na de verplaatsing van de zetel ontstaan als gevolg van waardevermindering van haar activa fiscaal niet in aanmerking hoeft te nemen. Dit geldt ook wanneer de andere lidstaat dergelijke verliezen niet in aanmerking neemt, aangezien rekening moet worden gehouden met de symmetrie tussen het recht om winsten te belasten en de mogelijkheid om verliezen in aftrek te brengen.⁴⁸ Net zo duidelijk heeft het Hof in het arrest X Holding het Koninkrijk der Nederlanden zijn fiat gegeven om niet-ingezeten dochtervennootschappen volledig en zonder uitzonderingen uit te sluiten van een groepsbelastingregeling die tevens de verrekening van verliezen van een dochtervennootschap omvat.⁴⁹

52. In de tweede plaats strookt deze aanpak met het beginsel van rechtszekerheid, dat een algemeen beginsel van Unierecht is. Het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat rechtsregels duidelijk en nauwkeurig zijn en dat de toepassing ervan voor de justitiabelen voorzienbaar is.⁵⁰ Dit dient ook te gelden voor regels die voortvloeien uit de uitlegging door het Hof van de fundamentele vrijheden. Zoals in de afgelopen jaren is gebleken, voldoet de Marks & Spencer-uitzondering niet aan het beginsel van rechtszekerheid, maar maakt de investeringsvoorwaarden onvoorspelbaar en vatbaar voor geschillen.

45 — Zie arrest Marks & Spencer (EU:C:2005:763, punt 54).

46 — Zie de punten 20 en 21 hierboven.

47 — Zie punt 31 hierboven.

48 — Arrest National Grid Indus (EU:C:2011:785, punten 58 en 61).

49 — Arrest X Holding (EU:C:2010:89).

50 — Zie onder andere arrest Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, punt 127 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

53. In de derde plaats zou een afscheid van de Marks & Spencer-uitzondering ook geen – door de Commissie ter terechtzitting aangevoerde – schending van het draagkrachtbeginsel vormen. In het onderhavige geval gaat het namelijk om de fictieve behandeling van verschillende belastingplichtigen als een enkele belastingplichtige. De moeder- en de dochtervennootschap worden evenwel in beginsel niet samen belast, aangezien zij verschillende rechtssubjecten zijn met ieder hun eigen financiële draagkracht. In ieder geval heeft de dochtervennootschap geen toegang tot het vermogen van de moedermaatschappij. Een groepsbelastingregeling is daarom mijns inziens a priori niet noodzakelijk om redenen van financiële draagkracht.

d) Voorlopige conclusie

54. Bijgevolg beantwoordt dus ook de algehele weigering van verrekening van de verliezen van een niet-ingezeten dochtervennootschap aan het evenredigheidsbeginsel. Elke beperking van de grensoverschrijdende verrekening van de verliezen van een dochtervennootschap wordt bijgevolg gerechtvaardigd door de verzekering van de samenhang van een belastingregeling respectievelijk de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.⁵¹

4. Conclusie met betrekking tot het eerste middel

55. Aangezien de litigieuze regeling van het Verenigd Koninkrijk van de groepsaftrek zelfs verder gaat dan de Unierechtelijke vereisten door grensoverschrijdende verliesverrekening in een aantal gevallen toe te staan, is zij niet in strijd met de vrijheid van vestiging. Het eerste middel moet dus worden afgewezen.

B – *Tweede middel: beperking in de tijd van de grensoverschrijdende groepsaftrek*

56. Met haar tweede middel betoogt de Commissie dat ook de beperking in de tijd van de groepsaftrek tot verliezen die na 1 april 2006 zijn geleden, schending van de vrijheid van vestiging vormt.

57. Ook het tweede middel moet worden afgewezen, aangezien het Verenigd Koninkrijk geen Unierechtelijke verplichting heeft om zijn wetgeving inzake groepsaftrek op welk punt dan ook te wijzigen.

C – *Slotsom en kosten*

58. Aangezien geen van beide middelen kan worden aanvaard, moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

59. Wat de kosten van partijen betreft, moet overeenkomstig artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering worden beslist, en wat de kosten van de interveniënten betreft, overeenkomstig artikel 140, lid 1, ervan.

V – **Conclusie**

60. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging om op het beroep van de Commissie tegen het Verenigd Koninkrijk te beslissen als volgt:

„1) Het beroep wordt verworpen.

⁵¹ — Zie punt 31 hierboven.

- 2) De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten.
- 3) De Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Spanje, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Finland dragen hun eigen kosten.”