



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

12 juni 2018 *

„Prejudiciële verwijzing – Artikel 49 VWEU – Vennootschapsbelasting – Vrijheid van vestiging – Ingezetten vennootschap – Belastbare winst – Belastingaftrek – Aftrek van het door ingezetene vasten inrichtingen geleden verlies – Machtiging – Aftrek van het door niet-ingezetene vasten inrichtingen geleden verlies – Daarvan uitgesloten – Uitzondering – Facultatief stelsel van internationale gezamenlijke aanslag”

In zaak C-650/16,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Østre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het Oosten van Denemarken) bij beslissing van 12 december 2016, ingekomen bij het Hof op 19 december 2016, in de procedure

A/S Bevola,

Jens W. Trock ApS

tegen

Skatteministeriet,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president, A. Tizzano, vicepresident, M. Ilešič, L. Bay Larsen, A. Rosas en J. Malenovský, kamerpresidenten, J.-C. Bonichot (rapporteur), M. Safjan, D. Šváby, A. Prechal, C. Lycourgos, M. Vilaras en E. Regan, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: R. Schiano, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 25 oktober 2017,

gelet op de opmerkingen van:

- A/S Bevola en Jens W. Trock ApS, vertegenwoordigd door H. Peytz, advocaat,
- het Skatteministerium, vertegenwoordigd door S. Horsbøl Jensen, advocaat,

* Procestaal: Deens.

- de Deense regering, vertegenwoordigd door C. Thorning als gemachtigde, bijgestaan door S. Horsbøl Jensen, advocat,
 - de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze als gemachtigde,
 - de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door G. De Socio, avvocato dello Stato,
 - de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door F. Koppensteiner, G. Eberhard en E. Lachmayer als gemachtigden,
 - de Europese Commissie, vertegenwoordigd door W. Roels, R. Lyal en S. Maaløe als gemachtigden,
- gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 17 januari 2018,
- het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 49 VWEU.
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de vennootschappen naar Deens recht A/S Bevola en Jens W. Trock ApS, enerzijds, en het Skatteministerium (ministerie van Financiën, Denemarken), anderzijds, over de weigering van de Deense autoriteiten om Bevola te machtigen het door haar Fins filiaal gelezen verlies van haar belastbaar inkomen af te trekken.

Deens recht

- 3 § 8, lid 2, van de selskabsskattelov (wet betreffende de vennootschapsbelasting), zoals gewijzigd bij wet nr. 426 van 6 juni 2005 (hierna: „wet betreffende de vennootschapsbelasting”) bepaalt:

„Onverminderd § 31 A omvat het belastbare inkomen geen inkomsten en uitgaven die verband houden met een vaste inrichting of een onroerende zaak in een andere staat, op de Faerøer of in Groenland. [...]”

- 4 § 31 van die wet bepaalt:

„1) Tot een groep behorende vennootschappen, verenigingen en andere entiteiten [...] worden gezamenlijk belast (nationale gezamenlijke aanslag). Onder ‚tot een groep behorende vennootschappen, verenigingen en andere entiteiten’ worden vennootschappen, verenigingen en andere entiteiten verstaan die op een bepaald tijdstip in het belastingjaar tot dezelfde groep behoren (zie § 31 C). Voor toepassing van de leden 2 tot en met 7 worden onroerende zaken gelijkgesteld met vaste inrichtingen. Onder ‚uiteindelijke moedermaatschappij’ wordt verstaan een vennootschap die moedermaatschappij is zonder dochteronderneming te zijn (zie § 31 C).

2) Vennootschappen die gezamenlijk worden belast, dienen een gezamenlijke belastingaangifte in, waarbij zij de som aangeven van het belastbaar inkomen van elke individuele vennootschap waarvoor de gezamenlijke aanslag geldt, berekend volgens de algemene regels van de belastingwetgeving met toepassing van de uitzonderingen die van toepassing zijn op vennootschappen waarvoor de gezamenlijke aanslag geldt. Verlies geleden door een vaste inrichting mag alleen worden verrekend met het inkomen van andere vennootschappen indien dit verlies volgens de regels van de plaats waar de vennootschap is gevestigd (een andere staat, de Faerøer of Groenland) niet mag worden opgevoerd

in de belastingaangifte van de vennootschap in die andere staat, de Faeröer of Groenland, of indien krachtens § 31 A is geopteerd voor de internationale gezamenlijke aanslag. Het gezamenlijk te belasten inkomen wordt berekend nadat voor elke individuele vennootschap het verlies uit vorige belastingjaren dat naar latere belastingjaren kon worden overgedragen, is verrekend. Indien het gezamenlijk te belasten inkomen positief is, wordt de winst evenredig verdeeld over de winstgevende vennootschappen. Indien het gezamenlijk te belasten inkomen voor een bepaald belastingjaar negatief is, wordt het verlies evenredig verdeeld over de verlieslatende vennootschappen en binnen de betrokken vennootschap overdragen naar het volgende belastingjaar, waarin het dan kan worden verrekend. Verlies dat in een vennootschap is geleden voordat het stelsel van de gezamenlijke aanslag van toepassing was, kan alleen met winst van diezelfde vennootschap worden verrekend. In het kader van de voorwaartse verliesverrekening wordt het oudste verlies eerst verrekend. Op vroegere belastingjaren betrekking hebbend verlies van een vennootschap kan slechts worden verrekend met winst van een andere vennootschap indien het is geleden in een belastingjaar waarvoor de betrokken vennootschappen gezamenlijk werden belast en indien deze vennootschappen nadien ook nog steeds onder het stelsel van de gezamenlijke aanslag zijn belast.

[...]

4) In het kader van de nationale gezamenlijke aanslag wordt de uiteindelijke moedermaatschappij die hieraan deelneemt, aangewezen als beheervenootschap voor de gezamenlijke aanslag. Indien de uiteindelijke moedermaatschappij in Denemarken niet belastbaar is, maar dit wel het geval is met een aantal tot dezelfde groep behorende vennootschappen die horizontaal met elkaar zijn verbonden, wordt een van deze vennootschappen die deelnemen aan het stelsel van de gezamenlijke aanslag, aangewezen als de beheervenootschap. [...] De beheervenootschap betaalt de gezamenlijke belasting op het inkomen. [...]

5) Alle gezamenlijk belaste vennootschappen berekenen hun belastbaar inkomen over dezelfde periode als de beheervenootschap, ongeacht wanneer volgens de bepalingen van het vennootschapsrecht hun boekjaar valt (zie § 10, lid 5).

[...]

7) Bij de vaststelling van het belastbaar inkomen kan een vennootschap die deelneemt aan het stelsel van gezamenlijke aanslag, ervoor kiezen, geen rekening te houden met het verlies, het uit vorige belastingjaren overgedragen verlies daaronder begrepen. Het is mogelijk, geen rekening te houden met het verlies dat overeenkomt met het belastbaar inkomen van een in Denemarken gevestigde en aan het stelsel van gezamenlijke aanslag deelnemende vaste inrichting of dochteronderneming, indien het inkomen van de vaste inrichting of van de dochteronderneming, naargelang van het geval, wordt meegeteld bij de vaststelling van het inkomen in het buitenland. Dit geldt slechts indien de door de betrokken staat toegestane aftrek van de Deense belasting overeenkomt met de aftrekmethode waarin § 33 van de belastingwet voorziet. Het buiten beschouwing gelaten bedrag zal wordt overgedragen naar volgende belastingjaren overeenkomstig de regels van § 15 van de belastingwet. Indien het buiten beschouwing gelaten bedrag lager ligt dan het gezamenlijke verlies, wordt het evenredig verdeeld over de afzonderlijke verlieslatende vennootschappen.”

5 In § 31 A, lid 1, van de wet betreffende de vennootschapsbelasting wordt bepaald:

„De uiteindelijke moedermaatschappij kan ervoor kiezen dat de gezamenlijke belasting van de tot de groep behorende vennootschappen, verenigingen en andere entiteiten die deelnemen aan het in § 31 bedoelde stelsel van de gezamenlijke aanslag, ook zal gelden voor alle tot de groep behorende buitenlandse vennootschappen, verenigingen en andere entiteiten waarin geen van de deelnemers persoonlijk aansprakelijk is voor de nakoming van de verplichtingen van de vennootschap en die de winst uitkeren naar rato van het kapitaal dat de deelnemer heeft ingebracht (internationale gezamenlijke aanslag). De keuze geldt ook voor alle in het buitenland gelegen vaste inrichtingen en

onroerende zaken van de Deense en buitenlandse vennootschappen, verenigingen en andere entiteiten die onder de gezamenlijke aanslag vallen. De bepalingen van § 31 betreffende de nationale gezamenlijke aanslag zijn mutatis mutandis van toepassing op de internationale gezamenlijke aanslag, zij het met de in de leden 2 tot en met 14 vermelde toevoegingen en uitzonderingen. [...]"

6 § 31 A, lid 3, van deze wet luidt als volgt:

„De keuze voor de internationale gezamenlijke aanslag bindt de moedermaatschappij voor een periode van tien jaar, onverminderd het bepaalde in de zesde en de zevende volzin. [...] De uiteindelijke moedermaatschappij mag ervoor kiezen uit het stelsel van de gezamenlijke aanslag te stappen, maar dit geeft aanleiding tot een volledige re-integratie in het belastbaar inkomen (zie lid 11).”

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

- 7 Bevola heeft haar zetel in Denemarken. Zij biedt producten voor de bouw van vrachtwagens, aanhangwagens en trailers aan die in de groothandelssector worden gebruikt. Zij is de dochter- en kleindochteronderneming van Deense vennootschappen die zelf onder de zeggenschap staan van Jens W. Trock, de moedermaatschappij van de groep, die haar zetel eveneens in Denemarken heeft.
- 8 Het Finse filiaal van Bevola is in 2009 gesloten. Volgens Bevola is het door haar filiaal geleden van verlies van ongeveer 2,8 miljoen Deense kronen (DKK) (ongeveer 375 000 EUR) in Finland niet afgetrokken en kan het sinds de sluiting van dit filiaal in Finland ook niet worden afgetrokken.
- 9 In die omstandigheden heeft Bevola verzocht, dit verlies te mogen aftrekken van haar belastbaar inkomen in Denemarken voor het belastingjaar 2009.
- 10 De belastingadministratie heeft dit verzoek afgewezen op grond dat volgens § 8, lid 2, van de wet betreffende de vennootschapsbelasting de inkomsten en uitgaven die aan een in het buitenland gelegen vaste inrichting of onroerende zaak moeten worden toegerekend, slechts onder het belastbaar inkomen kunnen worden opgenomen indien de vennootschap krachtens § 31 A van deze wet heeft gekozen voor het stelsel van internationale gezamenlijke aanslag.
- 11 Deze afwijzing door de belastingadministratie is door de Landsskatteret (nationale commissie van beroep in belastingzaken, Denemarken) bevestigd bij een beslissing van 20 januari 2014, waartegen Bevola en Jens W. Trock zijn opgekomen bij de Østre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het Oosten van Denemarken). Zij voeren aan dat Bevola dit verlies had kunnen aftrekken indien het was geleden door een Deens filiaal, en dat dit verschil in behandeling een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 49 VWEU vormt. Deze beperking zou verder gaan dan nodig is voor een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in een geval als dat van Bevola, waarin het verlies van haar Fins filiaal nergens kan worden verrekend. Volgens hen kan op de situatie van Bevola mutatis mutandis de oplossing worden toegepast waarvoor het Hof heeft gekozen in zijn arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), waarin het Hof heeft geoordeeld dat het in strijd met het Unierecht is, een ingezeten moedermaatschappij niet toe te staan het verlies van haar niet-ingezeten dochteronderneming af te trekken ingeval die dochteronderneming in het land waar zij is gevestigd, haar mogelijkheden tot verliesverrekening heeft uitgeput.
- 12 De verwijzende rechterlijke instantie vraagt zich af of dit precedent ter zake dienend is, met name gelet op de naar nationaal recht bestaande mogelijkheid om te kiezen voor een stelsel van „internationale gezamenlijke aanslag”, waarin een dergelijke aftrek mogelijk is.

- 13 In die omstandigheden heeft de Østre Landsret de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Staat artikel 49 VWEU in de weg aan een nationale belastingregeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan verlies van nationale filialen in mindering kan worden gebracht, terwijl dit niet mogelijk is voor verlies van filialen in andere lidstaten, ook niet in omstandigheden die vergelijkbaar zijn met die welke het Hof heeft uitgezet in de punten 55 en 56 van zijn arrest [van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763)], tenzij de groep heeft geopteerd voor een internationale gezamenlijke aanslag onder de in het hoofdgeding beschreven voorwaarden?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

- 14 Met haar vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in wezen te vernemen of artikel 49 VWEU in die zin moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke een ingezeten vennootschap het verlies dat haar in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting heeft geleden, niet van haar belastbare winst mag aftrekken, zelfs niet wanneer dat verlies definitief niet meer in die andere lidstaat kan worden verrekend, tenzij die ingezeten vennootschap heeft gekozen voor een stelsel van internationale gezamenlijke aanslag zoals het stelsel dat in het hoofdgeding aan de orde is.

Opmerkingen vooraf

- 15 De vrijheid van vestiging, die staatsburgers van de Europese Unie op grond van artikel 49 VWEU genieten, brengt krachtens artikel 54 VWEU voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, het recht mee om in een andere lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap.
- 16 Hoewel de bepalingen van het Unierecht betreffende de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan het voordeel van de behandeling als eigen staatsburgers in de lidstaat van ontvangst beogen te waarborgen, verzetten zij zich ertegen dat de lidstaat van oorsprong de vestiging van een van zijn staatsburgers of van een naar zijn wetgeving opgerichte vennootschap in een andere lidstaat belemmert (arrest van 23 november 2017, A, C-292/16, EU:C:2017:888, punt 24).
- 17 Deze overwegingen gelden ook wanneer een vennootschap met zetel in een lidstaat haar activiteiten in een andere lidstaat verricht via een vaste inrichting (arrest van 15 mei 2008, Lidl Belgium, C-414/06, EU:C:2008:278, punt 20).
- 18 Zoals het Hof al heeft geoordeeld, vormt een bepaling op grond waarvan verlies van een vaste inrichting in aanmerking kan worden genomen voor het bepalen van de belastbare winst van de vennootschap waartoe deze inrichting behoort, een belastingvoordeel (zie in die zin arrest van 15 mei 2008, Lidl Belgium, C-414/06, EU:C:2008:278, punt 23).
- 19 Het toekennen van een dergelijk voordeel wanneer het verlies afkomstig is van een in de lidstaat van de ingezeten vennootschap gelegen vaste inrichting, maar niet wanneer dit verlies afkomstig is van een in een andere lidstaat dan die van de ingezeten vennootschap gelegen vaste inrichting, heeft tot gevolg dat de fiscale situatie van een ingezeten vennootschap met een vaste inrichting in een andere lidstaat minder gunstig is dan het geval zou zijn geweest indien die vaste inrichting in dezelfde lidstaat lag. Dit verschil in fiscale behandeling zou een ingezeten vennootschap ervan kunnen weerhouden haar activiteiten uit te oefenen via een vaste inrichting in een andere lidstaat (zie in die zin arrest van 15 mei 2008, Lidl Belgium, C-414/06, EU:C:2008:278, punten 24 en 25).

- 20 Een uit de belastingwetgeving van een lidstaat voortvloeiend verschil in behandeling ten nadele van vennootschappen die gebruikmaken van hun vrijheid van vestiging, vormt echter geen belemmering van die vrijheid indien dat verschil betrekking heeft op situaties die objectief niet vergelijkbaar zijn, of indien het door een dwingende reden van algemeen belang wordt gerechtvaardigd en evenredig is aan dat doel (zie in die zin arrest van 25 februari 2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, punt 20).

Ongelijke behandeling

- 21 Volgens § 8, lid 2, van de wet betreffende de vennootschapsbelasting omvat het belastbare inkomen niet de inkomsten en uitgaven die zijn toe te rekenen aan een in het buitenland, op de Faeröer of in Groenland gelegen vaste inrichting of onroerende zaak, onder voorbehoud van wat in § 31 A van deze wet is bepaald. Volgens deze § 31 A kan de uiteindelijke moedermaatschappij kiezen voor het stelsel van internationale gezamenlijke aanslag, te weten beslissen dat alle ingezetenen en niet-ingezetenen vennootschappen van de groep, daaronder begrepen de al dan niet in Denemarken gelegen vaste inrichtingen en onroerende zaken van die vennootschappen, in Denemarken zullen worden belast.
- 22 In de eerste plaats dient te worden onderzocht of deze § 8, lid 2, een verschil in behandeling tussen de Deense vennootschappen met een in Denemarken gelegen vaste inrichting en de Deense vennootschappen met een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting in het leven roept.
- 23 In dit verband dient erop te worden gewezen dat deze § 8, lid 2, zowel de inkomsten als de uitgaven die aan de in een ander land gelegen vaste inrichtingen van Deense vennootschappen zijn toe te rekenen, van het belastbare inkomen van deze Deense vennootschappen uitsluit. Het feit dat het Koninkrijk Denemarken ervan afziet zijn heffingsbevoegdheid uit te oefenen over de in het buitenland gelegen vaste inrichtingen van Deense vennootschappen, is echter niet noodzakelijk nadelig voor deze vennootschappen en kan zelfs een belastingvoordeel opleveren, namelijk ingeval het inkomen van de vaste inrichting aldaar tegen een lager tarief wordt belast dan in Denemarken.
- 24 Volgens de verwijzende rechterlijke instantie ligt dit echter anders in een situatie als die van Bevola, waarin het verlies van de niet-ingezetenen vaste inrichting niet kon worden afgetrokken en niet meer kan worden afgetrokken in de lidstaat waarin deze is gelegen, omdat deze vaste inrichting haar activiteiten heeft beëindigd. De bepalingen van § 8, lid 2, van de wet betreffende de vennootschapsbelasting beletten de Deense vennootschap immers in dat geval het door deze niet-ingezetenen vaste inrichting geleden verlies af te trekken, terwijl die vennootschap deze aftrek zou kunnen verrichten indien haar vaste inrichting in Denemarken was gelegen. In die omstandigheden wordt de Deense vennootschap met een vaste inrichting in een andere lidstaat nadeliger behandeld dan een Deense vennootschap met een dergelijke vaste inrichting in Denemarken.
- 25 In de tweede plaats dient te worden nagegaan of aan de vaststelling van dit verschil in behandeling kan worden afgedaan door het feit dat § 31 A van de wet betreffende de vennootschapsbelasting de Deense vennootschappen met dochterondernemingen, filialen of onroerende zaken in andere lidstaten de mogelijkheid biedt, te kiezen voor het stelsel van internationale gezamenlijke aanslag.
- 26 In het kader van dit facultatieve stelsel kan een Deense vennootschap het verlies dat haar in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting heeft geleden, net als het verlies dat haar in Denemarken gelegen vaste inrichtingen hebben geleden, van haar belastbare inkomen in Denemarken aftrekken.
- 27 Om het voordeel van de internationale gezamenlijke aanslag te genieten moet echter zijn voldaan aan twee voorwaarden, die een zware last vormen. Enerzijds is vereist dat het volledige inkomen van de groep, ongeacht of het afkomstig is van in Denemarken dan wel van in een ander land gelegen vennootschappen, vaste inrichtingen of onroerende zaken, in die lidstaat aan de vennootschapsbelasting wordt onderworpen. Anderzijds bepaalt § 31 A van de wet betreffende de vennootschapsbelasting dat de gemaakte keuze in beginsel geldt voor ten minste tien jaar.

- 28 Uit een en ander volgt dat de wet betreffende de vennootschapsbelasting een verschil in behandeling tussen de Deense vennootschappen met een in Denemarken gelegen vaste inrichting en de Deense vennootschappen met een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting in het leven roept.
- 29 Dat verschil in behandeling kan het voor een Deense vennootschap minder aantrekkelijk maken, van haar vrijheid van vestiging gebruik te maken door vaste inrichtingen op te zetten in andere lidstaten. Nagegaan dient echter te worden of dit verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die objectief niet vergelijkbaar zijn, zoals in punt 20 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht.

Vergelijkbaarheid van de situaties

- 30 De Deense, de Duitse en de Oostenrijkse regering betogen dat een in een andere lidstaat gelegen filiaal van een Deense vennootschap niet in een situatie verkeert die objectief vergelijkbaar is met die van een Deens filiaal van een dergelijke vennootschap, aangezien dat filiaal niet onder de heffingsbevoegdheid van het Koninkrijk Denemarken valt. In zijn arresten van 17 juli 2014, *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087), en 17 december 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829), zou het Hof hebben geoordeeld dat een vaste inrichting die is gelegen in een andere lidstaat dan die van de zetel van de vennootschap waartoe zij behoort, slechts in dezelfde situatie verkeert als een in de lidstaat van de zetel gelegen vaste inrichting, indien laatstgenoemde staat ook niet-ingezeten vaste inrichtingen aan zijn belastingwetgeving onderwerpt en dus belastingen heft over het inkomen van deze vaste inrichting.
- 31 De Europese Commissie is het weliswaar eens met deze lezing van de arresten van 17 juli 2014, *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087), en 17 december 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829), maar is van mening dat deze in tegenspraak zijn met de eerdere rechtspraak van het Hof, waarin geen belang werd gehecht aan het verschil in behandeling. Volgens haar mag bij de analyse van de vergelijkbaarheid van de grensoverschrijdende situatie met de binnenlandse situatie geen rekening worden gehouden met het verschil in behandeling. Anders zouden twee situaties als niet-vergelijkbaar worden aangemerkt om de enkele reden dat een lidstaat heeft besloten ze verschillend te behandelen.
- 32 In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat volgens de rechtspraak van het Hof bij het onderzoek van de vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een binnenlandse situatie, rekening moet worden gehouden met het door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel (arresten van 18 juli 2007, *Oy AA*, C-231/05, EU:C:2007:439, punt 38; 25 februari 2010, *X Holding*, C-337/08, EU:C:2010:89, punt 22, en 12 juni 2014, *SCA Group Holding e.a.*, C-39/13–C-41/13, EU:C:2014:1758, punt 28).
- 33 Anders dan de Commissie betoogt, blijkt uit de arresten van 17 juli 2014, *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087), en 17 december 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829), niet dat het Hof is afgestapt van deze methode van beoordeling van de vergelijkbaarheid van de situaties, die het overigens uitdrukkelijk heeft toegepast in latere arresten (arresten van 21 december 2016, *Masco Denmark* en *Daxima*, C-593/14, EU:C:2016:984, punt 29; 22 juni 2017, *Bechtel*, C-20/16, EU:C:2017:488, punt 53, en 22 februari 2018, *X en X*, C-398/16 en C-399/16, EU:C:2018:110, punt 33).
- 34 In de arresten van 17 juli 2014, *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087), en 17 december 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829), heeft het Hof alleen geoordeeld dat het zich niet over het doel van de betrokken nationale bepalingen diende te buigen wanneer deze bepalingen vaste inrichtingen in het buitenland en op het nationale grondgebied gelegen vaste inrichtingen uit belastingoogpunt op dezelfde wijze behandelen. Wanneer de wetgever van een lidstaat deze twee categorieën vaste inrichtingen op dezelfde wijze behandelt ter zake van het heffen van belasting over de door deze gemaakte winst, aanvaardt hij immers dat er ter zake van de wijze van en

de voorwaarden voor het heffen van die belasting tussen die inrichtingen geen objectief verschil in situatie bestaat dat een verschil in behandeling kan rechtvaardigen (zie in die zin arrest van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk, 270/83, EU:C:1986:37, punt 20).

- 35 De arresten van 17 juli 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087), en 17 december 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829), mogen echter niet in die zin worden begrepen dat wanneer de nationale belastingwetgeving twee situaties op verschillende wijze behandelt, deze situaties niet als vergelijkbaar kunnen worden aangemerkt. Het Hof heeft immers geoordeeld dat de toepassing van een verschillende belastingregeling op een ingezeten vennootschap naargelang deze een ingezeten vaste inrichting dan wel een niet-ingezeten vaste inrichting bezit, geen geldig criterium ter beoordeling van de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties kan vormen (zie in die zin arrest van 22 januari 2009, STEKO Industriemontage, C-377/07, EU:C:2009:29, punt 33). Indien een lidstaat in alle gevallen een verschillende behandeling zou mogen toepassen om de enkele reden dat de vaste inrichting van een ingezeten vennootschap in een andere lidstaat is gelegen, zou daarmee aan artikel 49 VWEU elke inhoud worden ontnomen (zie in die zin arrest van 25 februari 2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, punt 23). Bijgevolg dient overeenkomstig de in de punten 32 en 33 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid van de situaties rekening te worden gehouden met het doel van de betrokken nationale bepalingen.
- 36 In het onderhavige geval kunnen volgens § 8, lid 2, van de wet betreffende de vennootschapsbelasting de inkomsten en uitgaven die aan een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting moeten worden toegerekend, slechts onder het belastbare inkomen van een Deense vennootschap worden opgenomen indien de betrokken vennootschap krachtens § 31 A van deze wet heeft gekozen voor het stelsel van internationale gezamenlijke aanslag. Deze wettelijke regeling beoogt dubbele belastingheffing over de winst en de keerzijde daarvan, namelijk dubbele aftrek van het verlies van Deense vennootschappen met dergelijke vaste inrichtingen, te voorkomen. Het is dus de situatie van deze vennootschappen die moet worden vergeleken met die van de Deense vennootschappen met vaste inrichtingen in Denemarken.
- 37 Het Hof heeft dienaangaande geoordeeld dat, ter zake van de door een lidstaat vastgestelde maatregelen om dubbele belastingheffing over de winst van een ingezeten vennootschap te voorkomen of te beperken, vennootschappen met een vaste inrichting in een andere lidstaat in beginsel niet in een situatie verkeren die vergelijkbaar is met die van vennootschappen met een ingezeten vaste inrichting (zie in die zin arresten van 17 juli 2014, Nordea Bank Danmark, C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 24, en 17 december 2015, Timac Agro Deutschland, C-388/14, EU:C:2015:829, punt 27).
- 38 Ter zake van het verlies dat moet worden toegerekend aan een niet-ingezeten vaste inrichting die haar activiteiten heeft beëindigd en waarvan het verlies niet kon en niet meer kan worden afgetrokken van haar belastbare winst in de lidstaat waar zij haar activiteiten uitoefende, is de situatie van een ingezeten vennootschap met een dergelijke vaste inrichting echter niet verschillend van die van een ingezeten vennootschap met een ingezeten vaste inrichting, ten aanzien van het voorkomen van dubbele aftrek van het verlies.
- 39 Ten slotte dient te worden beklemtoond dat de betrokken nationale bepalingen, die zijn vastgesteld om dubbele belastingheffing over de winst en dubbele aftrek van het verlies van een niet-ingezeten vaste inrichting te voorkomen, meer algemeen erop zijn gericht ervoor te zorgen dat de belasting die een vennootschap met een dergelijke vaste inrichting moet betalen, is afgestemd op haar financiële draagkracht. Welnu, de financiële draagkracht van een vennootschap met een niet-ingezeten vaste inrichting die een definitief verlies heeft geleden, wordt op dezelfde wijze aangetast als die van een vennootschap met een ingezeten vaste inrichting die verlies heeft geleden. De twee situaties zijn dus ook wat dit betreft objectief vergelijkbaar, zoals de advocaat-generaal in punt 59 van zijn conclusie heeft uiteengezet.

- 40 Uit een en ander blijkt dat het in het hoofdgeding aan de orde zijn verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die objectief vergelijkbaar zijn.

Rechtvaardiging van de beperking

- 41 Het Koninkrijk Denemarken betoogt dat het verschil in behandeling in de eerste plaats kan worden gerechtvaardigd door de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.
- 42 In dit verband zij eraan herinnerd dat de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten het noodzakelijk kan maken, op de bedrijfsactiviteiten van de in een van deze staten gevestigde vennootschappen zowel ter zake van winst als ter zake van verlies uitsluitend de belastingregels van die staat toe te passen (arrest van 25 februari 2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, punt 28).
- 43 In het onderhavige geval zou, indien het Koninkrijk Denemarken de ingezeten vennootschappen de mogelijkheid zou bieden het verlies van hun in andere lidstaten gevestigde vaste inrichtingen hetzij in Denemarken hetzij in de lidstaat waar de vaste inrichting is gelegen, af te trekken, zelfs wanneer deze vennootschappen niet voor het stelsel van internationale gezamenlijke aanslag hebben gekozen, deze mogelijkheid de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten aanzienlijk aantasten, aangezien dan naargelang van de keuze van de vennootschap de belastinggrondslag in een lidstaat wordt verhoogd en in een andere lidstaat wordt verlaagd (zie in die zin arrest van 25 februari 2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 44 In de tweede plaats rechtvaardigt de Deense regering het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verschil in behandeling door de noodzaak van waarborging van de samenhang van het belastingstelsel.
- 45 In dat verband heeft het Hof al erkend dat de noodzaak om de samenhang van een belastingstelsel te handhaven een beperking van het door het VWEU gewaarborgde vrije verkeer kan rechtvaardigen. Een beroep op een dergelijke rechtvaardigingsgrond kan echter alleen worden aanvaard indien vaststaat dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken belastingvoordeel en de compensatie van dat voordeel door een bepaalde belastingheffing, welk rechtstreeks verband moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de door de betrokken regeling nagestreefde doelstelling (arrest van 30 juni 2016, Max-Heinz Feilen, C-123/15, EU:C:2016:496, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 46 In het onderhavige geval bestaat het betrokken belastingvoordeel in de mogelijkheid voor een ingezeten vennootschap met een ingezeten vaste inrichting om het verlies van die vaste inrichting van haar belastbaar inkomen af te trekken. Volgens § 8, lid 2, van de wet betreffende de vennootschapsbelasting genieten de vennootschappen met een vaste inrichting in een andere lidstaat dit voordeel slechts wanneer zij krachtens § 31 A van deze wet hebben gekozen voor het stelsel van internationale gezamenlijke aanslag.
- 47 De rechtstreekse tegenhanger van dit belastingvoordeel is dat de eventuele winst van de ingezeten vaste inrichting wordt opgenomen onder het belastbare inkomen van de ingezeten vennootschap. Omgekeerd is volgens § 8, lid 2, van die wet de winst van de in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van de vennootschapsbelasting vrijgesteld, tenzij de vennootschap waartoe deze vaste inrichting behoort krachtens § 31 A van deze wet heeft gekozen voor het stelsel van internationale gezamenlijke aanslag.
- 48 De tekst zelf van § 8, lid 2, van de wet betreffende de vennootschapsbelasting legt dus een rechtstreeks verband tussen het betrokken belastingvoordeel en de compensatie daarvan door een bepaalde belastingheffing.

- 49 Dit rechtstreekse verband is noodzakelijk gelet op het doel van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepalingen, namelijk, zoals in punt 39 van het onderhavige arrest is uiteengezet, ervoor te zorgen dat de belasting die een vennootschap met een niet-ingezeten vaste inrichting moet betalen, is afgestemd op de financiële draagkracht van die vennootschap.
- 50 Indien een vennootschap met een vaste inrichting in een andere lidstaat het verlies van deze vaste inrichting van haar winst zou mogen aftrekken zonder te worden belast op de winst van die vaste inrichting, zou de financiële draagkracht van die vennootschap immers stelselmatig worden ondergewaardeerd.
- 51 De handhaving van de samenhang van het belastingstelsel vormt dus een overtuigende rechtvaardiging voor het betrokken verschil in behandeling.
- 52 Overigens kan ook het voorkomen van dubbele verliesverrekening, ook al voert de Deense regering dit niet uitdrukkelijk aan, een belemmering van de vrijheid van vestiging als die welke in de onderhavige zaak aan de orde is, rechtvaardigen (zie in die zin arrest van 3 februari 2015, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-172/13, EU:C:2015:50, punt 24).
- 53 De in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling kan dus worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang in verband met zowel de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten als de samenhang van het Deense belastingstelsel en de noodzaak om dubbele verliesverrekening te voorkomen.
- 54 Niettemin dient nog te worden nagegaan of deze wettelijke regeling niet verder gaat dan nodig is om deze doelstellingen te bereiken.

Evenredigheid

- 55 Zoals in de punten 26 en 27 van het onderhavige arrest is opgemerkt, kan een Deense vennootschap met een niet-ingezeten vaste inrichting het aan deze vaste inrichting toe te rekenen verlies slechts aftrekken indien zij gebruikmaakt van het stelsel van internationale gezamenlijke aanslag en daarbij de aan dit stelsel verbonden voorwaarden in acht neemt.
- 56 In dit verband dient te worden beklemtoond dat indien een ingezeten vennootschap de contouren van deze gezamenlijke aanslag vrijelijk zou mogen bepalen, zij naar eigen believen zou kunnen bepalen dat die gezamenlijke aanslag alleen geldt voor haar niet-ingezeten vaste inrichtingen die verlies maken dat van haar belastbare inkomen in Denemarken zou kunnen worden afgetrokken, en niet voor haar vaste inrichtingen die winst maken en in voorkomend geval in hun eigen lidstaat onder een belastingtarief vallen dat gunstiger is dan het belastingtarief in Denemarken. Ook indien de ingezeten vennootschap de contouren van de gezamenlijke aanslag van jaar tot jaar zou mogen veranderen, zou dit erop neerkomen dat zij vrijelijk zou kunnen kiezen in welke lidstaat het verlies van de betrokken vaste inrichting wordt verrekend (zie in die zin arrest van 25 februari 2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, punten 31 en 32). Dergelijke mogelijkheden zouden zowel de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten als de door de Deense belastingregeling nagestreefde symmetrie tussen het recht om belasting te heffen over de winst en de mogelijkheid van aftrek van het verlies in gevaar brengen.
- 57 Zonder dat algemeen uitspraak hoeft te worden gedaan over de evenredigheid van de in punt 27 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte voorwaarden van de internationale gezamenlijke aanslag met de in de punten 41 tot en met 53 van dit arrest bedoelde doelstellingen, dient er echter aan te worden herinnerd dat de verwijzende rechterlijke instantie in het onderhavige geval wenst te vernemen of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verschil in behandeling noodzakelijk is in het bijzondere geval waarin het verlies van de niet-ingezeten vaste inrichting definitief is.

- 58 Wanneer er geen enkele mogelijkheid meer is om het verlies van de niet-ingezeten vaste inrichting af te trekken in de lidstaat waar deze zich bevindt, bestaat het risico van dubbele verliesverrekening namelijk niet.
- 59 In een dergelijk geval gaat een wettelijke regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, verder dan noodzakelijk is om de in de punten 41 tot en met 53 van het onderhavige arrest bedoelde doelstellingen te bereiken. Het afstemmen van de belastingheffing op de financiële draagkracht van de vennootschap wordt immers beter gewaarborgd indien de vennootschap met een vaste inrichting een andere lidstaat in dit specifieke geval het aan die vaste inrichting toe te rekenen definitieve verlies van haar belastbare inkomen mag aftrekken.
- 60 Om de samenhang van het Deense belastingstelsel, voor de handhaving waarvan de betrokken wettelijke regeling met name is vastgesteld, niet in gevaar te brengen kan de aftrek van een dergelijk verlies slechts worden toegestaan op voorwaarde dat de ingezeten vennootschap het bewijs levert dat het verlies dat zij van haar winst wil aftrekken, definitief is (zie in die zin arresten van 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, punt 56, en 3 februari 2015, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-172/13, EU:C:2015:50, punt 27).
- 61 Daartoe moet zij aantonen dat het betrokken verlies voldoet aan de eisen die het Hof heeft geformuleerd in punt 55 van zijn arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), waarnaar de verwijzende rechterlijke instantie in haar prejudiciële vraag terecht verwijst.
- 62 In punt 55 van dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat de uit een wettelijke regeling van een lidstaat voortvloeiende beperking van de vrijheid van vestiging onevenredig is in een situatie waarin, enerzijds, de niet-ingezeten dochteronderneming de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastingjaar waarvoor het verzoek om een belastingaftrek is ingediend, alsmede voor de eerdere belastingjaren, en anderzijds, er geen mogelijkheid bestaat dat hetzij de dochteronderneming zelf, hetzij een derde, met name ingeval de dochteronderneming aan een derde is verkocht, het verlies in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat kan verrekenen.
- 63 De eis dat het verlies definitief is in de zin van punt 55 van het arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), is nader uitgewerkt in punt 36 van het arrest van 3 februari 2015, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2015:50). Hieruit blijkt dat het door een niet-ingezeten dochteronderneming geleden verlies slechts als definitief kan worden beschouwd indien deze onderneming geen inkomsten meer heeft in de lidstaat waar zij is gevestigd. Zolang deze dochteronderneming – zelfs maar minieme – inkomsten blijft ontvangen, bestaat er immers een mogelijkheid dat het geleden verlies nog kan worden verrekend met toekomstige winst die wordt geboekt in de lidstaat waar deze onderneming is gevestigd.
- 64 Uit deze rechtspraak, die mutatis mutandis van toepassing is op het door niet-ingezeten vaste inrichtingen geleden verlies, blijkt dat het aan een niet-ingezeten vaste inrichting toe te rekenen verlies definitief wordt wanneer, enerzijds, de vennootschap waartoe deze vaste inrichting behoort, alle mogelijkheden van aftrek van dit verlies heeft uitgeput die haar worden geboden door het recht van de lidstaat waar deze vaste inrichting is gelegen, en anderzijds, zij van deze vaste inrichting geen inkomsten meer ontvangt, zodat er geen enkele mogelijkheid meer bestaat om dit verlies in die lidstaat te verrekenen.
- 65 Het staat aan de nationale rechter, uit te maken of in het geval van het Finse filiaal van Bevola aan deze voorwaarden is voldaan.
- 66 Gelet op een en ander dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat artikel 49 VWEU in die zin moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke een ingezeten vennootschap die niet voor een stelsel van internationale gezamenlijke aanslag als

het in het hoofdgeding aan de orde zijnde stelsel heeft gekozen, het verlies dat een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting heeft geleden, niet van haar belastbare winst kan aftrekken wanneer deze vennootschap, enerzijds, alle mogelijkheden van aftrek van dit verlies heeft uitgeput die haar worden geboden door het recht van de lidstaat waar deze vaste inrichting is gelegen en, anderzijds, van deze vaste inrichting geen inkomsten meer ontvangt, zodat er geen enkele mogelijkheid meer bestaat om dit verlies in die lidstaat te verrekenen, hetgeen de nationale rechterlijke instantie dient na te gaan.

Kosten

- ⁶⁷ Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

Artikel 49 VWEU moet in die zin moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke een ingezeten vennootschap die niet voor een stelsel van internationale gezamenlijke aanslag als het in het hoofdgeding aan de orde zijnde stelsel heeft gekozen, het verlies dat een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting heeft geleden, niet van haar belastbare winst kan aftrekken wanneer deze vennootschap, enerzijds, alle mogelijkheden van aftrek van dit verlies heeft uitgeput die haar worden geboden door het recht van de lidstaat waar deze vaste inrichting is gelegen en, anderzijds, van deze vaste inrichting geen inkomsten meer ontvangt, zodat er geen enkele mogelijkheid meer bestaat om dit verlies in die lidstaat te verrekenen, hetgeen de nationale rechterlijke instantie dient na te gaan.

ondertekeningen