



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 10 januari 2019¹

Zaak C-608/17

**Skatteverket
tegen
Holmen AB**

[verzoek van de Högsta förvaltningsdomstol (hoogste bestuursrechter, Zweden) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Nationale belastingwetgeving – Vrijheid van vestiging – Aftrek van verliezen van een buitenlandse dochteronderneming in de staat van vestiging van de moedermaatschappij – Rechtvaardiging van de niet-aftrekbaarheid van zogenoemde definitieve verliezen – Evenredigheid van een ontbrekende grensoverschrijdende verliesverrekening – Begrip definitieve verliezen – Vereiste van rechtstreekse deelneming van de moedermaatschappij om te kunnen spreken van definitieve verliezen – Inaanmerkingneming van verliezen op grond van een beperking van de verliesverrekening in de staat van vestiging van de kleindochteronderneming – Inaanmerkingneming van verliezen op grond van ontbrekende verrekening binnen de groep in het jaar van de vereffening in de staat van vestiging van de kleindochteronderneming”

I. Inleiding

1. In deze en een andere² zaak buigt het Hof van Justitie zich over de toepassing en uitlegging van zijn rechtspraak door de lidstaten, in casu het Koninkrijk Zweden. Het gaat om de vraag of een Zweedse moedermaatschappij op grond van artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU verliezen van een middellijk gehouden volle Spaanse dochteronderneming (dat wil zeggen een kleindochteronderneming) mag aftrekken van haar in Zweden behaalde winsten, wanneer de kleindochteronderneming is vereffend en zij niet al haar verliezen in Spanje heeft kunnen verrekenen (met eigen of andere winsten van het Spaanse concern).

2. De Grote kamer van het Hof van Justitie³ oordeelde in 2005 dat de fundamentele vrijheden in beginsel geen grensoverschrijdende verliesverrekening binnen de groep opleggen. Dat betekent dat in het buitenland geleden verliezen verloren gaan; zij kunnen niet door andere ondernemingen van de groep in het binnenland worden verrekend. Enkel in het geval van zogenoemde *definitieve verliezen* zou een grensoverschrijdende verliesverrekening vanuit het oogpunt van het beginsel van evenredigheid geboden zijn.

¹ Oorspronkelijke taal: Duits.

² Aanhangig onder nummer C-607/17; zie dienaangaande ook mijn conclusie van dezelfde dag.

³ Arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

3. Rond deze door het Hof van Justitie in het leven geroepen categorie van „definitieve verliezen” heeft zich een kluwen aan problemen gevormd die reeds tot verschillende uitspraken van het Hof⁴ (waaronder twee andere uitspraken van de Grote kamer) heeft geleid. Al deze uitspraken konden tot nu toe evenwel niet voor eens en voor altijd ophelderen wat de voorwaarden voor een definitief verlies zijn.⁵

4. In zoverre wordt het Hof van Justitie – indien het onverminderd wil vasthouden aan de uitzondering van de definitieve verliezen⁶ – opnieuw in de gelegenheid gesteld om de grenzen van deze categorie van gevallen af te bakenen.

II. Toepasselijke bepalingen

A. *Unierecht*

5. Het Unierechtelijke kader van het onderhavige geval wordt gevormd door de vrijheid van vestiging van vennootschappen op grond van artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU.

B. *Zweeds recht*

6. In het Zweedse recht worden zogenoemde *groepsoverdrachten* gebruikt om resultaten binnen een groep ondernemingen te compenseren. De groepsoverdracht moet door de inbrengende onderneming worden afgetrokken en door de ontvangende onderneming voor de belasting worden opgevoerd. Door een groepsoverdracht aan een (eventueel middellijke) dochteronderneming die verlies heeft geleden, kan een moedermaatschappij deze verliezen dus economisch aan zichzelf „overdragen”.

7. De regels inzake groepsoverdrachten⁷ gelden echter niet wanneer de dochteronderneming in Zweden niet belastingplichtig is. In zoverre staan alleen de op grond van de Unierechtelijke voorschriften ingevoerde regelingen betreffende de *groepsaftrek* een grensoverschrijdende verliesverrekening toe. Ingevolge hiervan kan een Zweedse moedermaatschappij onder bepaalde voorwaarden groepsaftrek toepassen voor een definitief verlies van een volle buitenlandse dochteronderneming.⁸ Volgens deze bepaling moet de dochteronderneming in een staat binnen de EER zijn gevestigd en, onder andere, overeenkomen met een Zweedse aktiebolag.

8. Een verlies is definitief als het niet kon en niet zal kunnen worden verrekend door de dochteronderneming of een andere onderneming in de staat waar de dochteronderneming is gevestigd. Daarnaast mag de reden waarom het verlies niet door de dochteronderneming kan worden verrekend, niet zijn dat aftrek rechtens onmogelijk is of dat de mogelijkheid daartoe in de tijd beperkt is.

⁴ Zonder volledigheid na te streven: arresten van 4 juli 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526); 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424); 17 december 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829); 3 februari 2015, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2015:50); 7 november 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716); 21 februari 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), en 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278).

⁵ Het Bundesfinanzhof (hoogste federale rechter in belastingzaken, Duitsland) huldigt zelfs het standpunt dat „het toetsingsniveau van de rechtvaardigingsgronden (als ‚betrachtingspunt’ van de evenredigheidstoetsing en de rechtsfiguur van de definitieve verliezen) inmiddels is komen te vervallen” (arrest van het Bundesfinanzhof van 22 februari 2017, I R 2/15, BStBl. II 2017, 709, punt 38).

⁶ Er zijn binnen het Hof verschillende stemmen die de rechtsfiguur van de definitieve verliezen overbodig vinden; zie dienaangaande enkel de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak K (C-322/11, EU:C:2013:183, punten 66 e.v. en 87), alsmede mijn conclusies in de zaken Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2014:2321, punten 41 e.v.) en A (C-123/11, EU:C:2012:488, punten 50 e.v.).

⁷ Hoofdstuk 35 van de inkomstskattelag (1999:1229) [wet (1999:1229) betreffende de inkomstenbelasting].

⁸ Hoofdstuk 35 a van de inkomstskattelag (1999:1229).

9. Krachtens § 5 geldt voor de toepassing van groepsaftrek onder meer de voorwaarde dat de dochteronderneming in vereffening is gesteld en de vereffening is voltooid (punt 1). Bovendien moet de dochteronderneming volgens de verwijzingsbeslissing gedurende alle belastingjaren van de moedermaatschappij en van de dochteronderneming tot de voltooiing van de vereffening een volle dochter van de moedermaatschappij zijn geweest, of vanaf het begin van haar werkzaamheden tot de voltooiing van de vereffening volledig door haar zijn gehouden (punt 2). Voorts mogen er geen met de moedermaatschappij gelieerde ondernemingen zijn die na voltooiing van de vereffening activiteiten in de vestigingsstaat van de dochteronderneming blijven uitvoeren (punt 5).

10. Bij het opstellen van het wetsvoorstel is het, volgens de inlichtingen van de verwijzende rechter, op bezwaren gestuit dat de bepalingen enkel van toepassing zouden zijn op verliezen van rechtstreeks gehouden volle dochterondernemingen. De regering was echter van mening dat ondernemingen zouden kunnen kiezen in welk land zij de verliezen zouden aftrekken als de bepalingen ook van toepassing zouden zijn op verliezen van middellijke dochterondernemingen.

III. Hoofdgeding

11. De zaak heeft betrekking op een prealabel advies van de Skatterättsnämnd (adviescommissie voor fiscale vraagstukken, Zweden). Dit prealabele advies gaat uit van de volgende feiten:

12. Holmen AB is de moedermaatschappij van een groep die dochterondernemingen heeft in verschillende landen, waaronder Spanje. Het Spaanse deel van de groep is – voor zover in casu relevant – als volgt samengesteld: Holmen bezit alle aandelen in de dochteronderneming Holmen Suecia Holding S.L. (hierna: „HSH”). HSH bezit op haar beurt alle aandelen in beide kleindochterondernemingen Holmen Paper Madrid S.L. (hierna: „HPM”) en Holmen Paper Iberica S.L. (hierna: „HPI”).

13. De Spaanse ondernemingen vormen sinds 2003 een fiscale eenheid en worden belast volgens de Spaanse consolidatieregels. Volgens deze regels kunnen winsten en verliezen van eenheden binnen een groep onbeperkt worden verrekend. Dat vindt plaats door een gemeenschappelijke geconsolideerde aangifte vennootschapsbelasting. Niet-verrekenende verliezen kunnen zonder tijdsbeperking worden doorgewenteld en in de daaropvolgende jaren van de eventuele winst worden afgetrokken.

14. Sinds 2011 kan in Spanje echter slechts nog een deel van de in een bepaald jaar geboekte winst worden verrekend met verliezen uit voorgaande jaren. De verliezen die als gevolg van deze wijziging niet kunnen worden verrekend, worden op dezelfde wijze als andere niet-verrekenende verliezen doorgewenteld naar het daaropvolgende jaar. Wordt de fiscale eenheid ontbonden omdat een van de rechtspersonen binnen de eenheid is vereffend, dan worden eventueel openstaande verliezen toegedeeld aan de ondernemingen die deze verliezen hebben geleden. In het jaar van de vereffening kunnen alleen de rechtspersonen die de verliezen hebben geleden, deze verrekenen.

15. Het Spaanse deel van de Holmen-groep maakte verlies, waarvan het grootste deel voor rekening kwam van de kleindochteronderneming HPM. Deze onderneming heeft sinds 2003 verliezen gecumuleerd voor een bedrag van in totaal ongeveer 140 miljoen EUR. Het betreft hier exploitatieverliezen die verband houden met de activiteit in Spanje. De winst van het Spaanse deel van de groep die is geboekt in de periode waarop het verzoek betrekking heeft (de jaren 2003 en volgende) is onbetekenend. Holmen is nu voornemens haar Spaanse activiteiten af te wikkelen. De vereffening werd in 2016 ingeleid met de verkoop van het grootste deel van de activa van HPM aan een externe koper.

16. In het aangevraagde prealabele advies gaat het om de vraag of Holmen na de beëindiging van het vereffeningsproces voor de verliezen bij HPM (de kleindochteronderneming van Holmen) recht heeft op groepsaftrek. Voor de vereffening worden in het aangevraagde prealabele advies twee alternatieven onderzocht.

17. Het eerste alternatief is dat de kleindochteronderneming HPI, de kleindochteronderneming HPM en de dochteronderneming HSH in hetzelfde belastingjaar en in de aangegeven volgorde worden vereffend. Het tweede alternatief houdt in dat de dochteronderneming HSH door de kleindochteronderneming HPM wordt overgenomen door middel van een omgekeerde fusie, waarna HPM (dan als dochteronderneming) wordt vereffend.

18. In beide gevallen zal de groep tijdens de vereffening geen zakelijke activiteiten meer uitoefenen en nadat de maatregelen zullen zijn uitgevoerd niet langer beschikken over een onderneming in Spanje. De groep zal daar ook in de toekomst niet meer actief zijn.

19. Volgens de Skatterättsnämnd heeft Holmen in het geval van vereffening volgens het eerste alternatief geen recht op groepsaftrek voor de verliezen van de kleindochteronderneming HPM. In het geval van de vereffening volgens het tweede alternatief zou Holmen daarentegen wel groepsaftrek voor de definitieve verliezen van HPM – dan als dochteronderneming – mogen toepassen.

20. De Skatterättsnämnd heeft het prealabele advies met betrekking tot het eerste alternatief in wezen aldus gemotiveerd dat HSH (in haar hoedanigheid van dochteronderneming) in Spanje *rechtens* niet de mogelijkheid heeft de verliezen van de kleindochteronderneming (HPM) te benutten. Bijgevolg kunnen die verliezen niet als definitief worden beschouwd in de zin van de rechtspraak van het Hof. Dat de Zweedse moedermaatschappij Holmen geen groepsaftrek voor de verliezen wordt toegestaan, kan dan ook niet als onevenredig worden beschouwd en is bijgevolg ook niet in strijd met het Unierecht.

21. Wat betreft het tweede alternatief heeft de Skatterättsnämnd zijn prealabele advies aldus gemotiveerd dat HPM (in dat geval als rechtstreekse dochteronderneming) bij de belastingheffing in Spanje kan worden geacht zelf rechtens over de mogelijkheid te beschikken om ten minste een deel van de betrokken verliezen zelf te verrekenen. Dat er rechtens geen mogelijkheden zijn voor andere Spaanse eenheden dan HPM om de verliezen te verrekenen wanneer de fiscale eenheid is ontbonden, leidt ertoe dat de verliezen definitief zijn. Ten minste een deel van de betrokken verliezen kan dus als definitief worden beschouwd in de zin van de rechtspraak van het Hof.

22. Tegen dit prealabele advies is door zowel de Skatteverk (belastingdienst) als verzoekster, Holmen, bij de Högsta förvaltningsdomstol (hoogste bestuursrechter, Zweden) beroep ingesteld.

IV. Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure bij het Hof

23. De in deze zaak aangezochte Högsta förvaltningsdomstol heeft het Hof de volgende vragen voorgelegd:

- „1) Is voor het recht van een moedermaatschappij in een lidstaat – dat onder meer volgt uit het arrest Marks & Spencer – om op grond van artikel 49 VWEU definitieve verliezen van een dochteronderneming in een andere lidstaat in aftrek te brengen, vereist dat de dochteronderneming rechtstreeks wordt gehouden door de moedermaatschappij?
- 2) Moet een verlies ook als definitief worden beschouwd voor het deel dat als gevolg van de regels in de vestigingsstaat van de dochteronderneming niet kon worden verrekend met de winst in die staat in een bepaald jaar, maar kon worden doorgewenteld zodat het eventueel in een komend jaar kan worden afgetrokken?

- 3) Moet bij de beoordeling of een verlies definitief is, rekening worden gehouden met de beperkingen die de regels van de vestigingsstaat van de dochteronderneming stellen aan de mogelijkheid om het verlies af te trekken voor andere eenheden dan de eenheid die het verlies heeft geleden?
- 4) Indien rekening moet worden gehouden met een beperking als bedoeld in de derde vraag, dient dan in aanmerking te worden genomen in welke mate feitelijk door de beperking een deel van de verliezen niet met de winst van een andere eenheid kon worden verrekend?”

24. In de procedure bij het Hof hebben Holmen, het Koninkrijk Zweden, de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Finland en de Europese Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend. Aan de mondelinge behandeling op 24 oktober 2018 is deelgenomen door de belastingdienst, Holmen, het Koninkrijk Zweden, de Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Finland en de Europese Commissie.

V. Juridische beoordeling

A. Vrijheid van vestiging en definitieve verliezen van een kleindochteronderneming

25. Met zijn eerste prejudiciële vraag – die betrekking heeft op de uitlegging van het arrest Marks & Spencer – wil de verwijzende rechter in feite vernemen, of Zweden op grond van de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU) verrekening moet toestaan van de verliezen van een in Spanje gevestigde en aldaar te vereffenen kleindochteronderneming. Deze vraag rijst tegen de achtergrond van het gegeven dat verliezen op grond van het Spaanse belastingrecht slechts beperkt kunnen worden verrekend en vanwege de vereffening thans bij de Spaanse kleindochteronderneming verloren zullen gaan. Zweden daarentegen kon eventuele winsten van de kleindochteronderneming nimmer belasten.

26. Bijgevolg betreft het hier de vraag of er in het onderhavige geval van uit kan worden gegaan dat de verliezen van de kleindochteronderneming definitief zijn. Bij de tweede, derde en vierde vraag gaat het eveneens om de definitieve aard van deze verliezen, wat betekent dat alle vragen in vergaande mate samen kunnen worden beantwoord.

27. Om te beginnen moet worden nagegaan of de niet-verrekening van de verliezen van niet-ingezeten kleindochterondernemingen een beperking van de vrijheid van vestiging vormt.

28. De vrijheid van vestiging, die burgers 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 hun bedrijfsactiviteit in een andere lidstaat uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap.

29. Volgens vaste rechtspraak moeten alle maatregelen die de uitoefening van deze vrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, als beperkingen van de vrijheid van vestiging worden beschouwd.⁹

⁹ Arresten van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 36); 21 mei 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, punt 34), en 16 april 2015, Commissie/Duitsland (C-591/13, EU:C:2015:230, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30. Een fiscale regeling van een lidstaat vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging van vennootschappen, indien die regeling leidt tot een verschil in behandeling ten nadele van de vennootschappen die gebruikmaken van die vrijheid, het verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die objectief vergelijkbaar zijn en dit verschil in behandeling niet wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang of niet evenredig is aan deze doelstelling.¹⁰

B. Vergelijkbaarheid en ongelijke behandeling van niet-ingezeten en ingezetene kleindochterondernemingen

31. Het Zweedse recht kent, door middel van de groepsoverdracht, de mogelijkheid van een volledige verliesverrekening tussen tot eenzelfde groep behorende vennootschappen die in Zweden worden belast. Bij tot de groep behorende vennootschappen die niet-ingezeten zijn, waarvan de inkomsten niet in Zweden worden belast, hangt de verliesverrekening af van de vraag of de dochteronderneming rechtstreeks door een Zweedse moedermaatschappij wordt gehouden. Hiermee worden niet-ingezetene (en in Zweden niet-belaste) kleindochterondernemingen uitgesloten van een verliesverrekening. Er is dus sprake van ongelijke behandeling.

32. Dat verschil in behandeling kan het minder aantrekkelijk maken om de vrijheid van vestiging uit te oefenen door kleindochterondernemingen op te richten in andere lidstaten. Het is echter slechts onverenigbaar met het Verdrag indien het betrekking heeft op objectief vergelijkbare situaties.

33. Volgens de rechtspraak van het Hof moet bij het onderzoek van de vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een binnenlandse situatie rekening worden gehouden met het door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel.¹¹ De uitsluiting van niet-ingezetene kleindochterondernemingen is volgens de inlichtingen van de verwijzende rechter gegrond op de overweging dat de concernleiding anders zou kunnen kiezen in welk land de verliezen van de kleindochteronderneming worden afgetrokken. In casu is dat bijvoorbeeld de lidstaat van de dochteronderneming of de lidstaat van de moedermaatschappij.

34. Duitsland is van mening dat in zoverre geen sprake is van vergelijkbaarheid. Tot staving hiervan wordt verwezen naar het arrest van het Hof in de zaak Timac Agro Deutschland¹² en mijn conclusie in de zaak Commissie/Verenigd Koninkrijk¹³.

35. Tot nu toe is het Hof bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid van binnen- en buitenlandse vaste inrichtingen uitgegaan van de vraag of de betrokken lidstaat ook heffingsbevoegd is ten aanzien van de buitenlandse vaste inrichting. In die zin heeft het Hof uitdrukkelijk het volgende verklaard¹⁴: „In casu moet worden vastgesteld dat, aangezien de resultaten van een vaste inrichting in Oostenrijk niet onder de fiscale bevoegdheid van de Bondsrepubliek Duitsland vallen, zodat het in Duitsland niet langer is toegestaan de verliezen van die vaste inrichting af te trekken, de situatie van een dergelijke vaste inrichting niet vergelijkbaar is met die van een vaste inrichting in Duitsland, wat betreft de door de Bondsrepubliek Duitsland vastgestelde maatregelen om de dubbele belasting op de winst van een ingezetene vennootschap te voorkomen of te beperken”. Deze opvatting zou ook voor in het buitenland gevestigde en niet in het binnenland belaste kleindochtervennootschappen kunnen gelden.

¹⁰ Zie in die zin arresten van 4 juli 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punt 18); 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punt 20), en 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 167).

¹¹ Arresten van 4 juli 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punt 31); 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 32); 22 juni 2017, Bechtel (C-20/16, EU:C:2017:488, punt 53); 12 juni 2014, SCA Group Holding e.a. (C-39/13–C-41/13, EU:C:2014:1758, punt 28), en 25 februari 2010 (X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, punt 22).

¹² Arrest van 17 december 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829, punt 65), dat verwijst naar de arresten van 17 juli 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 24), en 14 december 2006, Denavit Internationaal en Denavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, punten 34 en 35).

¹³ C-172/13, EU:C:2014:2321, punt 26; hierin heb ik evenwel in het concrete geval vergelijkbaarheid bevestigd (zie punt 29).

¹⁴ Arrest van 17 december 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punt 65), onder verwijzing naar de arresten van 17 juli 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 24), en 14 december 2006, Denavit Internationaal en Denavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, punten 34 en 35).

36. Er is evenwel vaste rechtspraak van het Hof inzake grensoverschrijdende verliesverrekening tussen dochterondernemingen en moedermaatschappijen, waarin vergelijkbaarheid stilzwijgend of uitdrukkelijk werd bevestigd.¹⁵

37. Bovendien heeft het Hof onlangs in het arrest Bevola en Jens W. Trock ter zake van definitieve verliezen van een niet-ingezeten vaste inrichting de vergelijkbaarheid van belaste ingezeten en niet-belaste buitenlandse vaste inrichtingen wederom uitdrukkelijk bevestigd.¹⁶ Dit zou dan toch a fortiori ook voor belaste ingezeten en niet-belaste buitenlandse kleindochterondernemingen moeten gelden.

38. Tot slot is het criterium van de vergelijkbaarheid niet scherp omlijnd. In het licht van het feit dat alle situaties in een of ander opzicht vergelijkbaar zijn, wanneer zij niet identiek zijn¹⁷, zou deze maatstaf hoe dan ook niet meer moeten worden gebruikt.¹⁸

39. Gelet op het voorgaande moet dus worden uitgegaan van vergelijkbaarheid. Bestaande verschillen – in casu de ontbrekende symmetrie tussen de belasting van de winsten en de verliesverrekening¹⁹ – in geval van een buitenlandse in tegenstelling tot een binnenlandse kleindochteronderneming moeten pas bij de beoordeling van de rechtvaardiging in aanmerking worden genomen. Bijgevolg is sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging.

C. Rechtvaardiging

40. Een beperking van de vrijheid van vestiging kan gerechtvaardigd zijn uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. In casu kunnen rechtvaardigingsgronden bestaan in de handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en het voorkomen van dubbele verliesverrekening (terwijl slechts één keer belasting wordt geheven).²⁰ Daarenboven moet de maatregel geschikt zijn om het hiermee nagestreefde doel te verwezenlijken en mag ze niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.²¹

41. Volgens vaste rechtspraak van het Hof met betrekking tot de „definitieve” verliezen is het onevenredig wanneer de lidstaat van de moedermaatschappij verliesverrekening weigert, ondanks het feit dat de buitenlandse dochteronderneming alle mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput en er geen mogelijkheid bestaat dat dit verlies in enigerlei wijze nog kan worden verrekend. Het staat aan de belastingplichtige om dit aan te tonen.²² Met enkel de vereffening na een fusie zou evenwel niet kunnen worden aangetoond dat er geen enkele mogelijkheid bestaat tot verrekening van het verlies dat de dochteronderneming in haar lidstaat van vestiging heeft geleden.²³

15 Arresten van 4 juli 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punt 35); 3 februari 2015, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2015:50, punten 22 e.v.); 21 februari 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punt 35), en 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punten 27 e.v.).

16 Arrest van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punten 38 en 39).

17 Het gezegde luidt weliswaar dat je geen appels met peren kunt vergelijken, maar ook appels en peren hebben een aantal dingen gemeen (het zijn beide pitvruchten) en zijn dus in zoverre ook vergelijkbaar.

18 Dit heb ik het Hof al in mijn conclusie in de zaak Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:153, punten 21-28) in overweging gegeven.

19 Zie dienaangaande uitdrukkelijk arresten van 6 september 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532), en 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punt 33).

20 Arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punten 43 e.v.).

21 Arresten van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 42); 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punt 47), en 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 35).

22 Arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punten 55 en 56).

23 Arrest van 21 februari 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punten 51 en 52).

1. Rechtvaardigingsgrond ontleend aan de voorkoming van een dubbele verliesverrekening

42. Dubbele verliesverrekening lijkt in het onderhavige geval uitgesloten. Volgens het prealabele advies heeft Holmen alle zakelijke activiteiten gestaakt en bezit zij ook geen activa meer. Het enige wat over is zijn de uit de voorafgaande bedrijfsjaren afkomstige verliezen en het is de bedoeling dat de onderneming wordt vereffend. Aangezien zowel de dochter- als de kleindochteronderneming in dezelfde lidstaat gevestigd is en verliesverrekening bij de dochteronderneming op grond van het Spaanse belastingrecht uitgesloten is, bestaat er ook geen gevaar dat de verliezen van de kleindochteronderneming zowel bij de moeder- als bij de dochtervennootschap kunnen worden verrekend.

43. Wanneer evenwel geen gevaar van dubbele verliesverrekening bestaat, is deze rechtvaardigingsgrond niet van toepassing.

2. Rechtvaardiging ontleend aan de handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid

44. Wat betreft de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, zij erop gewezen dat het gaat om een door het Hof erkend rechtmatig doel²⁴, dat het noodzakelijk kan maken op de bedrijfsactiviteiten van de in een van deze lidstaten gevestigde belastingplichtigen zowel ter zake van winst als ter zake van verlies uitsluitend de fiscale regels van die lidstaat toe te passen.²⁵

45. In casu kan op grond van deze rechtvaardigingsgrond om drie redenen evenwel niet worden uitgegaan van te verrekenen definitieve verliezen. In de eerste plaats zou de verrekening van de in Spanje in de loop van de jaren geleden verliezen van de kleindochteronderneming de fiscale autonomie van de lidstaten aan te tasten (punten 46 e.v.). In de tweede plaats is de voorwaarde van verliezen die wel rechtens maar niet feitelijk kunnen worden verrekend in het onderhavige geval niet vervuld (punten 57 e.v.). In de derde plaats zijn definitieve verliezen in relatie tot de moedermaatschappij in het kader van een middellijke deelneming (dat wil zeggen in een kleindochteronderneming) in beginsel uitgesloten (punten 73 e.v.).

a) Inachtneming van de fiscale autonomie van de lidstaten

46. Zoals het Hof reeds heeft verklaard, mogen de fundamentele vrijheden niet tot gevolg hebben dat de lidstaat van vestiging van deze moedermaatschappij verplicht wordt om haar vrij te stellen voor een bedrag dat zijn oorsprong enkel vindt in het belastingstelsel van een andere lidstaat, omdat anders de fiscale autonomie van de eerste lidstaat zou worden beperkt door de uitoefening, door de andere lidstaat, van zijn bevoegdheid tot belastingheffing.²⁶

24 Arresten van 7 november 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, punt 50); 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 45); 6 september 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, punt 23), en 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punten 45 en 46).

25 Arresten van 7 november 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, punt 50); 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punt 31); 18 juli 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punt 54), en 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 45).

26 In die zin reeds arresten van 21 december 2016, Masco Denmark en Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984, punt 41), en 30 juni 2011, Meilicke e.a. (C-262/09, EU:C:2011:438, punt 33).

47. In zoverre kan – zoals het Hof uitdrukkelijk heeft verklaard²⁷ – „de definitieve aard van door een niet-ingezeten dochter geleden verliezen in de zin van punt 55 van het arrest Marks & Spencer^[28] niet [...] voortvloeien uit het feit dat de lidstaat waar die dochteronderneming is gevestigd de mogelijkheid uitsluit om verliezen naar volgende jaren over te dragen”.²⁹ Anders zou een lidstaat zijn belastingrecht moeten aanpassen aan dat van een andere lidstaat.

48. Kan volgens de rechtspraak van het Hof³⁰ de definitieve aard van de verliezen niet voortvloeien uit het feit dat de lidstaat waar die dochteronderneming is gevestigd elke mogelijkheid uitsluit om verliezen door te wentelen, dan moet dit ook gelden voor de uitsluiting van de overdracht van verlies aan een derde. Hetzelfde geldt voor de beëindiging van de verliesoverdracht. In beide gevallen wordt een toekomstige verliesverrekening – door de belastingplichtige zelf dan wel door een derde – voorkomen. De situaties moeten bijgevolg ook gelijk worden behandeld.

49. Zoals hierboven in de punten 41 e.v. is uiteengezet, moet om te kunnen spreken van zogenoemde definitieve verliezen volgens de rechtspraak van het Hof eerst worden nagegaan of deze verliezen niet voordien door overdracht aan een derde hadden kunnen worden verrekend. Hiermee kunnen enkel externe verkrijgers of andere groepsvennootschappen bedoeld zijn. Wanneer dit evenwel niet mogelijk is, omdat het Spaanse belastingrecht dit – in casu op grond van de vereffening die tot beëindiging van de Spaanse groepsconsolidatie leidt – uitsluit, dan leidt het feit dat de verliesverrekening *rechtens* is uitgesloten niet ertoe dat nu dus sprake is van definitieve verliezen.

50. In ieder geval heeft het Hof reeds geoordeeld dat de fundamentele vrijheden zich er niet tegen verzetten dat een grensoverschrijdend verrekenbaar verlies steeds aan het einde van het belastingtijdvak als definitief verlies moet worden bepaald.³¹ Hiermee is elk verlies dat kan worden doorgewenteld – althans in eerste instantie³² – niet definitief.

51. Deze gecumuleerde (doorgewentelde) verliezen die in een jaar niet als definitief gelden (omdat zij kunnen worden doorgewenteld of hun verrekening was uitgesloten op grond van het nationale recht) kunnen evenwel later geen definitieve verliezen worden, omdat op grond van de vereffening een verdere verliesoverdracht niet mogelijk is.

52. Anders zouden de aanvankelijk succesvolle activiteiten in Spanje enkel in Spanje worden belast, de daaropvolgende verliesgevende activiteiten daarentegen worden bekostigd door de belastinginkomsten van de lidstaten waar de moedermaatschappij is gevestigd. Dat zou in strijd zijn met de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.

53. Dit wordt bijzonder duidelijk door de in casu relevante Spaanse regeling die doorgewentelde verliezen sinds 2011 enkel beperkt aftrekbaar stelt, ook al is er in dat jaar sprake van voldoende winst die Spanje ook belast heeft. Dat deze verliezen nog bestaan, volgt in de eerste plaats uit het feit dat de verliesverrekening door Spanje in 2011 rechtens beperkt is. Hieraan hoeft het Zweedse belastingstelsel zich niet aan te passen (autonomiebeginsel).

27 Arrest van 3 februari 2015, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2015:50, punt 33).

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

29 Zie arrest van 7 november 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, punten 75-79 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 Arresten van 3 februari 2015, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2015:50, punt 33), en 17 december 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punt 54).

31 Arrest van 3 februari 2015, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2015:50, punten 31 en 36).

32 De Bondsrepubliek Duitsland is derhalve van mening dat alleen de in het laatste jaar geleden verliezen op grond van de feitelijk ontbrekende doorwentelingsmogelijkheid als zogenoemde definitieve verliezen kunnen worden beschouwd, terwijl de doorgewentelde verliezen hun aard van niet-definitieve verliezen niet meer kwijtraken.

54. Aan het feit dat verliezen niet definitief zijn, wordt bij overdracht aan de derde (in casu de moedermaatschappij in Spanje) ook later niet afgedaan enkel omdat de lidstaat de overdracht van de verliezen beëindigt. Het autonomiebeginsel verzet zich er veeleer tegen dat verliezen die in een bepaald belastingtijdvak niet definitief zijn in een later belastingtijdvak op grond van de bijzonderheden van het nationale recht in een andere lidstaat toch weer definitief worden.

55. Evenzo gaat het Hof in het arrest Commissie/Verenigd Koninkrijk ervan uit dat verlies dat eenmaal niet-definitief is, ook niet-definitief blijft.³³ In elk geval duidt hetgeen in dat arrest is verklaard erop dat hooguit het in het laatste jaar van de vereffening geleden verlies van de dochteronderneming nog op de een of andere manier (grensoverschrijdend) moet kunnen worden verrekend, maar niet het tot dat tijdstip gecumuleerde en naar nationaal (in casu Spaans) recht doorgewentelde verlies.³⁴

56. Aangezien het bestaan van de verliezen waar het in casu om gaat enkel en alleen uit het Spaanse recht voortvloeit, zijn zij geen definitieve verliezen van de kleindochteronderneming.

b) Onderscheid tussen verliezen naargelang hun definitieve aard feitelijk of rechtens is?

57. Bijna alle deelnemers aan de procedure maken tegen deze achtergrond bij de vraag of een verlies definitief van aard is een onderscheid tussen niet-verrekenbare (dat wil zeggen definitieve) verliezen naargelang deze feitelijk of rechtens van aard zijn.

58. Verliezen die niet-verrekenbaar zijn omdat zij in de lidstaat waar zij zijn geleden rechtens niet zijn erkend of vanwege beperkingen die rechtens van aard zijn niet kunnen worden verrekend (bijvoorbeeld niet naar eerdere of latere jaren kunnen worden overgedragen), dienen niet als definitieve verliezen in de zin van de rechtspraak van het Hof te worden beschouwd. Enkel die verliezen die rechtens weliswaar zouden kunnen worden verrekend, maar feitelijk in de toekomst niet kunnen worden afgetrokken, zouden als definitieve verliezen kunnen worden aangemerkt. Dit snijdt hout op grond van de autonomie van de belastingstelsels (punten 46 e.v.).

59. Het lijkt mij evenwel twijfelachtig of verliezen die rechtens wel maar feitelijk niet kunnen worden verrekend, eigenlijk wel kunnen bestaan. Ik wil dit illustreren aan de hand van een voorbeeld. Het enige geval waarin – ondanks de onbeperkte mogelijkheid om verliezen naar eerdere of latere jaren over te dragen – nog verlies overblijft, zou de situatie zijn van een algeheel verliesgevende onderneming die nooit voldoende winst heeft gemaakt, ook nadat alle activa zijn vervreemd. Dan zou ook het verlies van het laatste jaar ondanks de mogelijkheid van terugwentelen ervan (feitelijk) niet kunnen worden verrekend.

60. Maar ook in die situatie zou het nog steeds mogelijk zijn om deze verliezen met de verkoop van de onderneming uiteindelijk aan een koper over te dragen³⁵, voor zover de staat van vestiging dit toelaat. De koper zal de hoogte van de verliezen in aanmerking nemen via de koopprijs van de onderneming, zodat de verkoper in zoverre deze verliezen „verreket”.

61. Maakt de respectieve rechtsorde een overdracht van verliezen aan andere personen mogelijk, dan is een verrekening van deze verliezen steeds ook feitelijk mogelijk. Deze verrekening is wellicht in het concrete geval niet bijzonder succesvol, omdat de verkrijger van een verliesgevende onderneming niet per se veel voor een dergelijke onderneming zal betalen. Dit doet evenwel niet af aan de mogelijkheid van een feitelijke verrekening van de verliezen.

³³ Zie arrest van 3 februari 2015 (C-172/13, EU:C:2015:50, punt 37).

³⁴ Zo wordt het Hof ten dele ook begrepen; zie het standpunt van Duitsland in deze procedure en bijvoorbeeld David Eisendle, „Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Jahre 11 nach Marks & Spencer”, in: *Internationales Steuerrecht*, 2016, blz. 37 (blz. 42).

³⁵ Dit punt wordt bijvoorbeeld door het Hof uitdrukkelijk aangesneden in het arrest van 21 februari 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punten 52 e.v.).

62. Hiermee is de definitieve aard van de verliezen ook in dit geval gebaseerd op hetzij de rechtsorde van de lidstaat (uitsluiting van enige mogelijkheid van overdracht van verliezen), hetzij de beslissing van de belastingplichtige om de vennootschap niet te verkopen, maar te vereffenen. In beide gevallen is het evenwel niet duidelijk waarom een ontbrekende verliesverrekening in een andere lidstaat dan onevenredig zou zijn. Het Hof eist niet zonder reden dat alle mogelijkheden van verrekening van verliezen zijn uitgeput. Hiertoe behoort ook een overdracht van verliezen aan een derde partij via een verkoop.

63. Holmen heeft ter terechtzitting bevestigd dat sprake was van dergelijke overwegingen, maar dat tot vereffening besloten is. In zoverre kan ook om die reden worden vastgesteld dat bij Holmen geen sprake is van definitieve verliezen.

D. Definitieve verliezen in de zin van het arrest Bevola en Jens W. Trock?

64. Aan het voorgaande wordt ook niet afgedaan door het recentere arrest Bevola en Jens W. Trock.³⁶ Om te beginnen heeft het Hof in dat arrest „enkel” de Marks & Spencer-uitzondering op „definitieve” verliezen van vaste inrichtingen overgedragen en de hierboven gemaakte beperkingen niet ter discussie gesteld.³⁷ In het bijzonder heeft het Hof zich niet nader uitgelaten over de vraag wanneer sprake is van definitieve verliezen.

65. Voorts legt de redenering in dit arrest van recentere datum de nadruk³⁸ op het beginsel van de financiële draagkracht. Dit valt in een situatie van vaste inrichtingen nog wel te begrijpen, aangezien vaste inrichtingen rechtens een niet zelfstandig deel van de onderneming van een belastingplichtige vormen. In het geval van dochter- of kleindochterondernemingen zou deze redenering evenwel geen hout snijden. Dat zijn zelfstandige rechtspersonen met tevens eigen financiële draagkracht (indien hieronder wordt verstaan het vermogen om op grond van hun inkomsten belasting te betalen).³⁹ Het Hof heeft – terecht – niet geoordeeld dat het voor de belasting naar de financiële draagkracht van de moedermaatschappij noodzakelijk is om de verliezen van de dochteronderneming in aanmerking te nemen.

66. Vanuit het oogpunt van het belastingrecht wordt met de groepsverrekening veeleer gebroken met het beginsel van de financiële draagkracht, omdat de financiële draagkracht van verschillende rechtssubjecten wordt samengenomen. De inaanmerkingneming van verdere rechtssubjecten kan dus in elk geval niet met het beginsel van de belastingheffing naar financiële draagkracht worden onderbouwd.

67. Er is zelfs veeleer sprake van strijd met het beginsel van de belastingheffing naar financiële draagkracht indien een lidstaat slechts één kant (dat wil zeggen enkel de inkomsten of enkel de uitgaven) in aanmerking neemt. Bovendien bestaat er, voor zover ik weet, geen algemeen belastingrechtelijk noch een algemeen Unierechtelijk beginsel dat inhoudt dat aan het einde van de levenscyclus van een rechtspersoon alle verliezen op de een of andere manier moeten worden verrekend. In het bijzonder vereist het beginsel van de financiële draagkracht in casu geen uitvoer van verliezen naar andere lidstaten.

³⁶ Arrest van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punten 61 e.v.).

³⁷ Integendeel: het Hof heeft de nationale rechter uitdrukkelijk opgedragen om na te gaan of eigenlijk wel is voldaan aan de voorwaarden voor een definitief verlies; zie arrest van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 65).

³⁸ Arrest van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punten 39 en 59); zie ook arrest van 4 juli 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punt 35).

³⁹ Het uitgangspunt dat de grensoverschrijdende financiële draagkracht van concerns rechtens relevant is, zou waarschijnlijk vooral grote internationale concerns de kans bieden nieuwe constructies op te tuigen. Om die reden baart het arrest van 4 juli 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punt 35), zorgen.

68. Ook naar de maatstaf van het arrest Bevola en Jens W. Trock is in casu dus geen sprake van aftrekbare definitieve verliezen die vanuit Spanje naar Zweden kunnen worden uitgevoerd.

E. Voorlopig resultaat met inaanmerkingneming van een „eerlijke” interne markt

69. Dit uit de rechtspraak afgeleide resultaat is ook overtuigend vanuit het oogpunt van een „eerlijke” interne markt, die gelet op het zogenoemde BEPS-debat⁴⁰ opnieuw wat meer onder de aandacht is gekomen. De mogelijkheid van grensoverschrijdende verrekening van definitieve verliezen zou immers juist in de onderhavige situatie vooral grote internationaal actieve concerns bevoordelen ten opzichte van kleinere (in de regel enkel in het binnenland actieve) ondernemingen. Wanneer bijvoorbeeld Holmen weet dat uiteindelijk alle verliezen die door het Spaanse bedrijfsmodel zijn geleden, kunnen worden verrekend met de winsten in Zweden, dan kan Holmen bij haar poging zich op de Spaanse markt te positioneren totaal anders op deze markt optreden dan een Spaanse concurrent die ervan moet uitgaan dat zijn verliezen niet te verrekenen zijn wanneer hij zijn zakelijke activiteiten in Spanje staakt. Voor Holmen zouden de „Spaanse verliezen” een veel geringere belasting vormen dan voor een binnenlandse concurrent zonder een overeenkomstige groepsstructuur.

70. Gelet op het voorgaande en met consequente toepassing van de rechtspraak van het Hof (zie dienaangaande punten 41 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak) kom ik dus tot het volgende resultaat: is verliesverrekening in de staat van vestiging van de kleindochteronderneming rechtens uitgesloten, dan is geen sprake van definitieve verliezen. Maakt de staat van vestiging verliesverrekening mogelijk, dan moet de belastingplichtige deze mogelijkheden hebben uitgeput. Hieronder valt ingevolge het arrest Marks & Spencer⁴¹ ook de verrekening van verliezen door de overdracht aan een derde, welke in casu ontbreekt.

71. Bijgevolg is de uitsluiting door Zweden van de verrekening van verliezen van een in het buitenland gevestigde en in het binnenland niet-belaste kleindochteronderneming in casu niet onevenredig.

F. Beantwoording van de afzonderlijke vragen

72. Hiermee ben ik aanbeland bij de concrete beantwoording van de afzonderlijke vragen.

1. Eerste vraag: vereiste van rechtstreekse deelneming

73. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in feite te vernemen of de verliezen van een in Spanje gevestigde en aldaar te vereffenen kleindochteronderneming als definitieve verliezen moeten worden beschouwd. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord.

74. Het is juist dat de Marks & Spencer-uitzondering voor definitieve verliezen wat betreft definitieve verliezen geen onderscheid maakt tussen dochter- en kleindochterondernemingen. Op het eerste oog zou deze uitzondering dus voor zowel de moedermaatschappij van het concern als de hiertussen geplaatste dochteronderneming verliesverrekening met de definitieve verliezen van de kleindochteronderneming toelaten.

⁴⁰ Hieronder worden verstaan, eenvoudig uitgedrukt, de belastingconstructies van zogenoemde multinationale concerns die binnen de bestaande belastingstelsels beschikken over (wettelijk toelaatbare) mogelijkheden om hun heffingsgrondslag in landen met hoge belastingtarieven omlaag te brengen en de winsten naar landen met lage belastingtarieven over te hevelen (*base erosion and profit shifting*).

⁴¹ Arrest van 13 december 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 55).

75. Zoals Holmen en de Commissie terecht opmerken, vormde de situatie die ten grondslag lag aan het arrest Marks & Spencer inderdaad ook een middellijke deelnemingsketen. De kleindochteronderneming, de moedermaatschappij (een holding) en de grootmoedermaatschappij (concernmoeder) waren in die situatie zelfs in drie verschillende lidstaten gevestigd. Dit blijkt evenwel enkel uit de verwijzingsbeslissing en de conclusie van de advocaat-generaal.⁴² In het arrest is dit niet in de weergave van de feiten terug te vinden en het Hof gaat er in zijn oordeel niet op in.

76. Om hieruit nu af te leiden dat het Hof stilzwijgend heeft geoordeeld dat de moedermaatschappij ook de (definitieve) verliezen van een kleindochteronderneming moet kunnen aftrekken, lijkt mij, anders dan de Commissie en in lijn met Nederland en Zweden, evenwel te ver gaan. Het Hof hoefde zich in de zaak Marks & Spencer namelijk niet te buigen over deze vraag, aangezien dienaangaande geen vraag was voorgelegd.

77. Bovenal zou een dergelijke zienswijze leiden tot een recht van een concern om te kiezen in welke lidstaat van welke dochter- of moederonderneming de „definitieve” verliezen van de kleindochterondernemingen worden verrekend.

78. Met name wanneer alle drie ondernemingen in andere lidstaten zouden zijn gevestigd en sprake zou zijn van overeenkomstige verrekenbare winsten, zou dit keuzerecht met het oog op een zo gunstig mogelijke concernbelastingquote van belang zijn. Zoals de aan de procedure deelnemende lidstaten terecht betogen, kan evenwel geen sprake zijn van een dergelijk keuzerecht. Hiermee zou ook de handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten op losse schroeven komen te staan. Daarbovenop komt nog het gevaar dat de verliezen mogelijkwerwijs in verschillende lidstaten worden verrekend.

79. Aangezien in beginsel nog een verliesverrekening bij de rechtstreekse moedermaatschappij in een andere lidstaat mogelijk is, moet aan een verliesverrekening met de rechtstreekse moedermaatschappij vóór een verliesverrekening met de middellijke moedermaatschappij (in casu de concernmoeder in Zweden) in beginsel voorrang worden verleend. Deze voorrang voorkomt ook de hiervoor genoemde gevaren van een keuzerecht van de belastingplichtige en de mogelijkheid van een dubbele aftrek in situaties waarbij drie staten betrokken zijn.

80. Deze voorrang geldt ook wanneer – zoals in casu – de kleindochteronderneming en de dochteronderneming in dezelfde lidstaat zijn gevestigd. Zoals Holmen terecht betoogt, is het juist dat hier niet het gevaar bestaat dat wordt gezocht naar een zo gunstig mogelijke concernbelastingquote door de keuze van de staat van de verliesverrekening. Ook is een groter risico van dubbele aftrek uitgesloten. De doorslaggevende vraag luidt evenwel ook hier niet of de dochter- en kleindochteronderneming in hetzelfde land gevestigd zijn, maar of bij de kleindochteronderneming sprake is van definitieve verliezen in relatie tot de moedermaatschappij in een andere lidstaat. Zoals ik hierboven heb uiteengezet, moet deze vraag evenwel ontkennend worden beantwoord.

81. Bijgevolg moet de eerste vraag aldus worden beantwoord dat de verliezen van een middellijk gehouden vennootschap (dat wil zeggen een kleindochteronderneming) in beginsel geen definitieve verliezen in relatie tot de „grootmoederonderneming” (dat wil zeggen de moederonderneming van de dochteronderneming) vormen.

2. Tweede vraag: Spaanse beperking van de verliesverrekening

82. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een verlies ook als definitief te beschouwen is wanneer dit verlies op grond van een beperking van de verliesverrekening moest worden doorgewenteld.

⁴² Conclusie van advocaat-generaal Póiares Maduro in de zaak Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:201, punt 8).

83. Deze vraag moet, gelet op de voorafgaande uiteenzettingen, aldus worden beantwoord dat het „enkel” doorgewenteld verlies niet als een zogenoemd definitief verlies kan worden beschouwd, ook wanneer dit verlies op grond van een beperking van de verliesverrekening in de staat van de dochteronderneming niet met eerdere winsten kon worden verrekend.

84. Het bestaan van dit verlies hangt enkel en alleen af van de inrichting van het Spaanse belastingrecht en kan Zweden niet dwingen dit verlies aftrekbaar te stellen.

3. Derde en vierde vraag

85. Met zijn derde en vierde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of bij de beoordeling of een verlies definitief is, rekening moet worden gehouden met de beperkingen die de regels van de vestigingsstaat van de dochteronderneming stellen aan de mogelijkheid om het verlies af te trekken voor andere eenheden dan de eenheid die het verlies heeft geleden en, zo ja, of dan in aanmerking dient te worden genomen in welke mate feitelijk door de beperkingen een deel van de verliezen niet kon worden verrekend.

86. Wat deze twee vragen betreft, moet op grond van de voorafgaande uiteenzettingen worden geantwoord dat bij de vraag of sprake is van definitieve verliezen van de kleindochteronderneming altijd enkel de beperkingen bij de kleindochteronderneming doorslaggevend zijn. Heeft de kleindochteronderneming de mogelijkheid om de verliezen over te dragen aan een derde (bijvoorbeeld een dochteronderneming), dan kan geen sprake zijn van definitieve verliezen van de kleindochteronderneming. Bijgevolg is niet doorslaggevend of derden het verlies in het concrete geval ook daadwerkelijk konden verrekenen. Dat speelt hooguit een rol bij de vraag of bij deze derden sprake is van definitieve verliezen in relatie tot hun moedermaatschappijen.

VI. Conclusie

87. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Högsta förvaltningsdomstol (Zweden) te beantwoorden als volgt:

- „1) Artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU vereist voor een grensoverschrijdende verliesverrekening bij de moedermaatschappij dat de verlieslijdende dochteronderneming rechtstreeks wordt gehouden.
- 2) Het „enkel” doorgewentelde verlies kan niet als zogenoemd definitief verlies worden beschouwd, ook wanneer dit op grond van een beperking van de verliesverrekening in de staat van de dochteronderneming niet met eerdere winsten kon worden verrekend.
- 3) Bij de vraag of sprake is van definitieve verliezen van een kleindochteronderneming moet ook rekening worden gehouden met de mogelijkheid van verliesoverdracht aan en verliesverrekening met derden en daarmee ook aan respectievelijk met haar moedermaatschappij (dan wel verdere concernvennootschappen) in die lidstaat. Of hun mogelijkheden tot aftrek beperkt zijn, is enkel doorslaggevend voor de vraag betreffende hun „definitieve” verliezen.”