

Downloaded via the EU tax law app / web

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

21 februari 2013 (*)

„Vrijheid van vestiging – Artikel 49 VWEU – Belastingwetgeving – Fusie tussen in een verschillende lidstaat gevestigde moedermaatschappij en dochteronderneming – Mogelijkheid voor moedermaatschappij tot aftrek van bedrijfsverlies van dochteronderneming – Uitsluiting voor niet-ingezeten dochterondernemingen”

In zaak C-123/11,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Korkein hallinto-oikeus (Finland) bij beslissing van 7 maart 2011, ingekomen bij het Hof op 9 maart 2011, in de procedure ingeleid door

A Oy,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen, waarnemend voor de president van de Vierde kamer, J.-C. Bonichot (rapporteur), C. Toader, A. Prechal en E. Jarašiusas, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 7 juni 2012,

gelet op de opmerkingen van:

- A Oy, vertegenwoordigd door A. Blomqvist, asianajaja,
- de Finse regering, vertegenwoordigd door M. Pere als gemachtigde,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door K. Petersen als gemachtigde,
- de Franse regering, vertegenwoordigd door G. de Bergues en J.-S. Pilczer als gemachtigden,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door M. Santoro, avvocato dello Stato,
- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Falk en S. Johannesson als gemachtigden,
- de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door C. Murrell als gemachtigde, bijgestaan door K. Bacon en R. Hill, barristers,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door R. Lyal en I. Koskinen als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 19 juli 2012,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding dat A Oy (hierna: „A”), een vennootschap naar Fins recht, heeft aangespannen tegen de beslissing van de keskusverolautakunta (centrale belastingcommissie) waarbij A niet wordt toegestaan om in het kader van een fusie met een Zweedse dochteronderneming het verlies van deze dochter fiscaal af te trekken.

Toepasselijke bepalingen

Internationaal recht

3 Artikel 7, lid 1, van het Verdrag van de Noordse Staten tot het vermijden van dubbele belasting naar het inkomen en het vermogen, gesloten te Helsinki op 23 september 1996 (SopS 26/1997) bepaalt:

„Winst van een onderneming van een verdragsluitende staat is slechts in die staat belastbaar, tenzij de onderneming in de andere verdragsluitende staat haar bedrijf uitoefent met behulp van een aldaar gevestigde vaste inrichting. Indien de onderneming aldus haar bedrijf uitoefent, mag de winst van de onderneming in de andere staat worden belast, maar slechts in zoverre als zij aan die vaste inrichting kan worden toegerekend.”

Fins recht

4 De nadere regeling voor fusies/overnemingen van vennootschappen is vervat in wet 360/1968 op de belasting op inkomsten uit bedrijfsactiviteiten [laki elinkeinotulon verottamisesta (360/1968)], tot omzetting van richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat (PB L 310, blz. 34).

5 In § 52 a, punt 2, van deze wet wordt het begrip „fusie” gedefinieerd als volgt:

„Onder fusie wordt verstaan de handeling waarbij:

[...]

2) de activa en de passiva van het vermogen van de overgenomen vennootschap als gevolg van ontbinding zonder liquidatie in hun geheel overgaan op de overnemende vennootschap die alle aandelen in het kapitaal van de overgenomen vennootschap bezit of op een naamloze vennootschap die deze vennootschap geheel in handen heeft.”

6 In wet 1535/1992 op de inkomstenbelastingen [tuloverolaki (1535/1992)] van 30 december 1992 (hierna: „inkomstenbelastingenwet”) is de fiscale regeling voor de vennootschapsverliezen uitgewerkt.

7 In § 117 van deze wet is bepaald dat het verlies uit bedrijfsactiviteiten wordt afgetrokken van bedrijfsinkomen van de volgende jaren.

8 § 119, eerste en tweede alinea, van deze wet preciseert:

„Een tijdens een belastingjaar geleden verlies uit bedrijfs[...]activiteiten wordt gedurende de daaropvolgende tien belastingjaren in aftrek gebracht op het resultaat uit bedrijfs[...]activiteiten voor zover inkomsten zijn gegenereerd [...]

Onder ‚verlies uit bedrijfsactiviteiten’ wordt verstaan een verlies bepaald overeenkomstig [wet 360/1968 op de belasting op inkomsten uit bedrijfsactiviteiten] [...].”

9 § 123, tweede alinea, van deze wet bepaalt onder welke voorwaarden de overnemende vennootschap het verlies van de overgenomen vennootschap fiscaal kan overnemen.

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

Hoofding en prejudiciële vragen

10 A is een Finse onderneming die gespecialiseerd is in de meubelhandel. A bezit in Zweden een 100 %-dochteronderneming (hierna: „B”) die in Zweden een soortgelijke activiteit uitoefent in drie gehuurde winkelruimten. A zelf heeft in Zweden geen andere dochterondernemingen of filialen.

11 Toen B op haar handelsactiviteiten verlies leed, heeft zij haar drie verkooppunten gesloten, één in december 2007 en de overige twee in maart 2008. B was niet voornemens om haar handelsactiviteiten in Zweden voort te zetten, maar voor twee van haar winkelruimten bleef B gebonden aan langlopende huurcontracten. Tussen 2001 en 2007 liep haar verlies op tot 44,8 miljoen SEK.

12 Nadat B haar activiteiten had stopgezet, heeft A een fusie met deze dochter overwogen. Deze transactie zou economisch verantwoord zijn en het met name mogelijk maken om de huurcontracten van B aan A over te dragen. Bovendien zou de procedure transparant en gemakkelijk uitvoerbaar zijn, hetgeen de groepsstructuur zou vereenvoudigen.

13 Na deze transactie zouden alle resterende activa, passiva en verplichtingen van B overgaan op A en zou de moedermaatschappij niet langer in Zweden over een dochteronderneming of vaste inrichting beschikken.

14 A heeft de keskusverolautakunta verzocht om een prealabele uitspraak betreffende de vraag of zij na afronding van deze transactie het verlies van B zou kunnen aftrekken overeenkomstig § 123, tweede alinea, van de inkomstenbelastingenwet.

15 Bij prealabele uitspraak van 25 maart 2009 heeft de keskusverolautakunta negatief

geantwoord op grond dat het verlies van B overeenkomstig de Zweedse belastingwetgeving was vastgesteld. Dat verlies kan dus niet binnen de werkingssfeer van § 119 van de inkomstenbelastingenwet vallen.

16 A heeft deze uitspraak aangevochten voor de Korkein hallinto-oikeus (administratief hooggerechtshof) door zich te beroepen op met name de vrijheid van vestiging.

17 De verwijzende rechter stelt vast dat een ingezeten vennootschap, wanneer zij een Finse vennootschap overneemt, het verlies van de overgenomen vennootschap fiscaal kan aftrekken onder de voorwaarden van de §§ 119 en 123 van de inkomstenbelastingenwet, op voorwaarde dat de transactie niet uitsluitend is verricht om een fiscaal voordeel te verkrijgen.

18 Deze rechter benadrukt dat de Finse wet evenwel niet preciseert onder welke voorwaarden een verliesaftrek mogelijk is wanneer de overgenomen vennootschap in een andere lidstaat is gelegen.

19 Deze rechter vraagt zich dus af of de Finse wetgeving een beperking van de vrijheid van vestiging bevat en, zo ja, of deze beperking kan worden gerechtvaardigd om de door de Finse autoriteiten aangevoerde redenen van algemeen belang, die verband houden met de noodzaak voor de lidstaten om een evenwichtige verdeling van hun heffingsbevoegdheid te behouden en zich in te dekken tegen het gevaar van dubbele verliesverrekening en van belastingontwijking.

20 Daarop heeft de Korkein hallinto-oikeus de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende vragen gesteld:

„1) Vereisen de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU dat een overnemende vennootschap de verliezen van een in een andere lidstaat gevestigde, met haar gefuseerde vennootschap uit aldaar verrichte activiteiten in de jaren voorafgaand aan de fusie, fiscaal kan aftrekken, wanneer de overnemende vennootschap geen vaste inrichting behoudt in de vestigingsstaat van de overgenomen vennootschap en de overnemende vennootschap volgens de nationale wetgeving de verliezen van de overgenomen vennootschap alleen in aftrek mag brengen indien de overgenomen vennootschap een ingezeten vennootschap is of de verliezen zijn geleden door een in deze lidstaat gelegen vaste inrichting?

2) Zo ja, zijn de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU van invloed op de vraag of het bedrag van het aftrekbare verlies moet worden berekend overeenkomstig de belastingwetgeving van de vestigingsstaat van de overnemende vennootschap dan wel of als aftrekbare verliezen moeten worden beschouwd de overeenkomstig het recht van de vestigingsstaat van de overgenomen vennootschap vastgestelde verliezen?”

Eerste vraag

21 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke een ingezeten moedermaatschappij na een fusie met een op het grondgebied van een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming het verlies dat deze dochteronderneming heeft geleden in aan de fusie voorafgaande belastingjaren, niet van haar belastbaar inkomen kan aftrekken terwijl deze aftrek volgens deze nationale wettelijke regeling wel mogelijk is bij een fusie met een ingezeten dochteronderneming.

22 Vooraf dient te worden vastgesteld dat richtlijn 2009/133 de overname van eventuele verliezen van de overgenomen vennootschap in een dergelijke situatie niet regelt.

23 Bovendien hebben de Duitse, de Finse, en de Italiaanse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk aangevoerd dat de vrijheid van vestiging niet van toepassing is op de situatie die in het hoofdgeding aan de orde is, aangezien de overgenomen vennootschap haar bedrijfsactiviteiten vóór de fusie heeft stopgezet en deze herstructurering in feite was ingegeven door fiscale overwegingen daar een belastingvoordeel werd beoogd, bestaande in de aftrek van het verlies van de overgenomen dochteronderneming van het belastbaar inkomen van de overnemende moedermaatschappij.

24 Dienaangaande zij allereerst eraan herinnerd dat grensoverschrijdende fusies, evenals overige herstructureringen van vennootschappen, beantwoorden aan de behoeften aan samenwerking en reorganisatie van vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd. Zij vormen bijzondere wijzen van uitoefening van de vrijheid van vestiging, die belangrijk zijn voor de goede werking van de interne markt, en behoren dus tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de in artikel 49 VWEU bedoelde vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen (arrest van 13 december 2005, SEVIC Systems, C-411/03, Jurispr. blz. I-10805, punt 19).

25 Vervolgens dient te worden vastgesteld dat in de omstandigheden in het hoofdgeding A met de oprichting van een dochteronderneming B in Zweden gebruik heeft gemaakt van haar recht op vrije vestiging, zodat de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU van toepassing zijn.

26 Ten slotte kan het feit dat een fusie uitsluitend door fiscale overwegingen is ingegeven en dat de betrokken vennootschappen op deze wijze in feite proberen op onaanvaardbare wijze hun nationale wetgeving te omzeilen, op zich alleen niet volstaan om deze bepalingen buiten toepassing te laten.

27 De vraag of deze artikelen van toepassing zijn, staat immers los van de vraag of een lidstaat maatregelen kan treffen om te verhinderen dat sommige van zijn onderdanen, door gebruik te maken van de door het Verdrag geboden mogelijkheden, trachten zich op onaanvaardbare wijze aan hun nationale wetgeving te onttrekken (zie in die zin arrest van 9 maart 1999, Centros, C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punt 18).

28 Gelet op al deze elementen moet worden aangenomen dat de vrijheid van vestiging op een situatie als die in het hoofdgeding van toepassing is.

Belemmering van de vrijheid van vestiging

29 Aangezien de vrijheid van vestiging in het hoofdgeding van toepassing is, moet worden verwezen naar vaste rechtspraak volgens welke de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren maar zij niettemin verplicht zijn, deze bevoegdheid met eerbiediging van het Unierecht uit te oefenen (zie met name arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 De vrijheid van vestiging, die in artikel 49 VWEU aan de Unieonderdanen wordt toegekend, brengt overeenkomstig artikel 54 VWEU voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, het recht mee om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap (zie met name arresten van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35, en 25 februari 2010, X Holding, C-337/08, Jurispr. blz. I-1215, punt 17).

31 De mogelijkheid waarover een ingezeten moedermaatschappij naar Fins recht beschikt om het verlies van een ingezeten dochteronderneming te verrekenen in geval van een fusie van deze

twee vennootschappen, vormt voor de moedermaatschappij een belastingvoordeel.

32 Wanneer dat voordeel wegvalt in de verhouding tussen een ingezeten moedermaatschappij en haar in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming, kan dit de vestiging in laatstgenoemde staat minder aantrekkelijk maken en dus de moedermaatschappij ervan afhouden aldaar dochterondernemingen op te richten.

33 Een dergelijk verschil in behandeling is slechts verenigbaar met de bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging op voorwaarde dat het betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn, of wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang (zie naar analogie arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punt 167). In dit verband volgt uit de rechtspraak van het Hof dat de vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een nationale situatie moet worden onderzocht op basis van het door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel (zie naar analogie arrest van 18 juli 2007, *Oy AA*, C-231/05, Jurispr. blz. I-6373, punten 36-38).

34 Hoewel de woonplaats van de belastingplichtigen in het belastingrecht een rechtvaardigingsgrond kan zijn voor een verschil in behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten belastingplichtigen, is dit niet de regel. Wanneer de lidstaat van vestiging in alle gevallen een andere behandeling zou mogen toepassen alleen omdat de zetel van een vennootschap in een andere lidstaat is gevestigd, zou daarmee aan artikel 49 VWEU elke inhoud worden ontnomen (arrest *Marks & Spencer*, reeds aangehaald, punt 37).

35 Uit het oogpunt van de doelstelling van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke belastingregeling, die de moedermaatschappij een belastingvoordeel beoogt toe te kennen, bestaande in de fiscale aftrekbaarheid van het verlies van de dochteronderneming, is de situatie van een ingezeten moedermaatschappij die met haar ingezeten dochteronderneming wil fuseren en daarbij de mogelijkheid wil hebben om het verlies van haar dochter fiscaal af te trekken, objectief vergelijkbaar met de situatie van een ingezeten moedermaatschappij die met een niet-ingezeten dochteronderneming wil fuseren.

36 De Duitse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk voeren echter aan dat de weigering van de fiscale verliesaftrek geen beperking van de vrijheid van vestiging vormt aangezien – zoals blijkt uit de vaststellingen van de verwijzende rechter in punt 17 van het onderhavige arrest – de aftrek van het belastbaar inkomen van het verlies van de overgenomen vennootschap in dezelfde omstandigheden ook zou zijn geweigerd wanneer de fusie zou zijn aangegaan met een ingezeten dochteronderneming, op grond dat de transactie uitsluitend met het oog op een belastingvoordeel was voltrokken.

37 Het is echter uitsluitend de taak van de nationale rechter om te oordelen of dat in het hoofdgeding het geval is. Zo ja, dan kan A zich namelijk niet beroepen op een verschil in behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten vennootschappen.

38 Doordat in de verwijzingsbeslissing geen bijkomende nadere gegevens te vinden zijn, moet het Hof zich in elk geval ook uitspreken over de vraag of, mocht de weigering van de verliesaftrek op een andere grond berusten, het verschil in behandeling ten aanzien van niet-ingezeten vennootschappen gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang.

39 Daartoe moet worden nagegaan of dat verschil in behandeling geschikt is om de nagestreefde doelstelling te verwezenlijken en niet verder gaat dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van dat doel (zie in die zin arrest *Marks & Spencer*, reeds aangehaald, punt 35).

Rechtvaardiging van de belemmering

40 De regeringen die opmerkingen bij het Hof hebben ingediend, zijn van mening dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verschil in behandeling gerechtvaardigd is door de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en het gevaar van dubbele verliesverrekening en van belastingontwijking tegen te gaan.

41 Ten eerste kan de noodzaak om een verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven als rechtvaardigingsgrond voor een verschil in behandeling worden aanvaard wanneer de onderzochte regeling ertoe strekt gedragingen te voorkomen die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden (zie in die zin arrest van 29 maart 2007, Rewe Zentralfinanz, C-347/04, Jurispr. blz. I-2647, punt 42, en arrest Oy AA, reeds aangehaald, punt 54).

42 De handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten kan het dus noodzakelijk maken, op de bedrijfsactiviteiten van de in een van deze lidstaten gevestigde vennootschappen zowel ter zake van winst als ter zake van verlies uitsluitend de fiscale regels van die lidstaat toe te passen (arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 45).

43 Indien een vennootschap de mogelijkheid zou worden geboden, te opteren voor verrekening van haar verlies in de lidstaat waar ze gevestigd is dan wel in een andere lidstaat, zou een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten immers groot gevaar lopen (zie arrest Oy AA, reeds aangehaald, punt 55), aangezien de belastinggrondslag in beide staten zou worden gewijzigd ten belope van het bedrag van het overgedragen verlies.

44 Ten tweede doet het gevaar van dubbele verliesverrekening zich daadwerkelijk voor wanneer bij een fusie als die in het hoofdgeding de in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij de mogelijkheid heeft om het verlies van de overgenomen dochteronderneming van haar belastbaar inkomen af te trekken. Dat gevaar verdwijnt wanneer deze mogelijkheid in een regel wordt uitgesloten (zie in die zin arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punten 47 en 48).

45 Wat ten derde het gevaar van belastingontwijking betreft, houdt de mogelijkheid om bij een fusie het verlies van een niet-ingezeten dochteronderneming over te dragen aan een ingezeten vennootschap, het gevaar in dat deze vorm van herstructurering binnen een vennootschapsgroep zo wordt georganiseerd dat het verlies wordt verrekend in de lidstaten waar het belastingtarief het hoogst is en waar de fiscale waarde van een verlies dus het grootst is (zie in die zin arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 49).

46 Gelet op deze rechtvaardigingsgronden, in hun onderling verband beschouwd, moet worden aangenomen dat een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke een in deze lidstaat gevestigde moedermaatschappij bij een fusie als die in het hoofdgeding, niet de mogelijkheid heeft om het verlies van de in een andere lidstaat gevestigde overgenomen dochteronderneming van haar belastbaar inkomen af te trekken, rechtmatige doelstellingen nastreeft, die verenigbaar met het Verdrag zijn en verband houden met dwingende redenen van algemeen belang, en bovendien geschikt is om de verwezenlijking van deze doelstellingen te waarborgen (zie in die zin met name arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 51).

47 Niettemin moet nog worden onderzocht of een dergelijke wettelijke regeling verder gaat dan noodzakelijk is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken (zie in die zin met name arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 53).

48 Met betrekking tot de evenredigheid van de belemmering van de vrijheid van vestiging zij opgemerkt dat het feit dat de moedermaatschappij de mogelijkheid krijgt om bij een grensoverschrijdende fusie het verlies van haar niet-ingezeten dochteronderneming te verrekenen, a priori niet tot gevolg heeft dat de moedermaatschappij van jaar tot jaar vrij kan kiezen welke belastingregeling op het verlies van haar dochteronderneming van toepassing is (zie, a contrario, arrest X Holding, reeds aangehaald, punt 31).

49 Bovendien blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat een beperkende maatregel als die in het hoofdgeding verder gaat dan nodig is voor het bereiken van de belangrijkste nagestreefde doelstellingen in een situatie waarin de niet-ingezeten dochteronderneming de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden tot verliesverrekening heeft uitgeput (zie in die zin arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 55). Het staat aan de moedermaatschappij om aan te tonen dat dit het geval is (zie in die zin arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 56).

50 In het hoofdgeding blijkt uit de gegevens van het aan het Hof overgelegde dossier weliswaar dat naar Zweeds recht de mogelijkheid bestaat om bij de berekening van de belastbare grondslag het verlies van een belastingplichtige in daaropvolgende belastingjaren in aanmerking te nemen.

51 A heeft evenwel aangevoerd dat na afronding van de fusie B zal worden vereffend en zij in Zweden geen dochteronderneming of vaste inrichting meer zal hebben. Geen van beide vennootschappen blijkt dus de mogelijkheid te hebben om in Zweden na de fusie het verlies dat B in deze lidstaat vóór de fusie heeft geleden, te verrekenen.

52 Toch kunnen deze specifieke omstandigheden op zich alleen niet aantonen dat er geen enkele mogelijkheid bestaat tot verrekening van het verlies dat de dochteronderneming in haar lidstaat van vestiging heeft geleden.

53 Zo zijn verschillende lidstaten die in de procedure hebben geïntervenieerd, daarentegen van mening dat het mogelijk blijft het verlies van B in Zweden te verrekenen. De Duitse regering voert aan dat dit verlies kan worden afgetrokken van de – weliswaar geringe – inkomsten die B in Zweden blijft ontvangen. Daarenboven is deze vennootschap nog steeds partij bij huurovereenkomsten die kunnen worden overgedragen. De Franse regering betoogt bovendien dat het naar Zweeds recht voor vennootschappen mogelijk is verliezen op vorige belastingjaren of bij de belasting van meerwaarden op activa en passiva van de overgenomen vennootschap te verrekenen. Volgens de Italiaanse regering heeft Zweden het recht de overgedragen goederen te schatten en de aldus geboekte winst bij de overgenomen vennootschap te belasten.

54 Het staat derhalve aan de nationale rechter om te bepalen of A daadwerkelijk heeft bewezen dat B alle mogelijkheden tot verrekening van het in Zweden geleden verlies heeft uitgeput.

55 Mocht de verwijzende rechter tot de conclusie komen dat dit bewijs is geleverd, dan is het in strijd met de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU om A de mogelijkheid te ontzeggen het verlies van haar niet-ingezeten dochteronderneming in het kader van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde fusie af te trekken van haar belastbaar inkomen in haar lidstaat van vestiging.

56 Gelet op het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU zich in de omstandigheden van het hoofdgeding niet verzetten tegen een

nationale wettelijke regeling volgens welke het voor een moedermaatschappij die fuseert met een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming die haar activiteit heeft stopgezet, niet mogelijk is om het verlies dat deze dochteronderneming in belastingjaren vóór de fusie heeft geleden, van haar belastbaar inkomen af te trekken, terwijl deze aftrekmogelijkheid volgens deze nationale wettelijke regeling wel bestaat wanneer de fusie met een ingezeten dochteronderneming wordt aangegaan. Een dergelijke nationale wettelijke regeling is niettemin onverenigbaar met het recht van de Unie wanneer de moedermaatschappij de mogelijkheid wordt ontzegd om aan te tonen dat haar niet-ingezeten dochteronderneming alle mogelijkheden tot verrekening van dat verlies heeft uitgeput, en dat zijzelf noch een derde dat verlies in haar lidstaat van vestiging kan verrekenen in toekomstige belastingjaren.

Tweede vraag

57 Met zijn tweede prejudiciële vraag verzoekt de verwijzende rechter het Hof te preciseren of, ingeval de toepassing van het Unierecht de moedermaatschappij toestaat het verlies van haar niet-ingezeten dochteronderneming bij een fusie als die in het hoofdgeding te verrekenen, dat verlies moet worden bepaald volgens de regels van het recht van de lidstaat van vestiging van de moedermaatschappij dan wel volgens de regels van het recht van de vestigingsstaat van de dochteronderneming.

58 Allereerst dient te worden vastgesteld dat bij de huidige stand van het Unierecht de vrijheid van vestiging in beginsel niet impliceert dat het verlies van de door de moedermaatschappij overgenomen dochteronderneming volgens een bepaalde wet wordt berekend bij een transactie als die in het hoofdgeding.

59 Het recht van de Unie staat daarentegen eraan in de weg dat deze berekeningsmethode een belemmering van de vrijheid van vestiging kan opleveren. Daaruit volgt dat deze verliesberekening in de regel niet mag leiden tot een verschil in behandeling, vergeleken met de berekening die, in hetzelfde geval, zou worden gemaakt voor de overname van het verlies van een ingezeten dochteronderneming.

60 Deze kwestie kan evenwel niet op abstracte en hypothetische wijze worden benaderd, maar moet in voorkomend geval van geval tot geval worden onderzocht.

61 Derhalve dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat de regels voor de berekening van het verlies van de niet-ingezeten dochteronderneming met het oog op overname van dat verlies door de ingezeten moedermaatschappij bij een transactie als die in het hoofdgeding, niet mogen leiden tot een ongelijke behandeling, vergeleken met de berekeningsregels die van toepassing zouden zijn wanneer deze fusie met een ingezeten dochteronderneming zou zijn aangegaan.

Kosten

62 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale 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 (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) **De artikelen 49 VWEU en 54 VWEU verzetten zich in de omstandigheden van het hoofdgeding niet tegen een nationale wettelijke regeling volgens welke het voor een moedermaatschappij die fuseert met een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming die haar activiteit heeft stopgezet, niet mogelijk is om het verlies dat deze dochteronderneming in de belastingjaren vóór de fusie heeft geleden, van haar**

belastbaar inkomen af te trekken, terwijl deze aftrekmogelijkheid volgens deze nationale wettelijke regeling wel bestaat wanneer de fusie met een ingezeten dochteronderneming wordt aangegaan. Een dergelijke nationale wettelijke regeling is niettemin onverenigbaar met het recht van de Unie wanneer de moedermaatschappij de mogelijkheid wordt ontzegd om aan te tonen dat haar niet-ingezeten dochteronderneming alle mogelijkheden tot verrekening van dat verlies heeft uitgeput, en dat zijzelf noch een derde dat verlies in haar lidstaat van vestiging kan verrekenen in toekomstige belastingjaren.

2) De regels voor de berekening van het verlies van de niet-ingezeten dochteronderneming met het oog op overname van dat verlies door de ingezeten moedermaatschappij bij een transactie als die in het hoofdgeding, mogen niet leiden tot een ongelijke behandeling, vergeleken met de berekeningsregels die van toepassing zouden zijn wanneer deze fusie met een ingezeten dochteronderneming zou zijn aangegaan.

ondertekeningen

* Procestaal: Fins.