

Downloaded via the EU tax law app / web

Voorlopige editie

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

4 juli 2018 (*)

„Prejudiciële verwijzing – Artikel 49 VWEU – Vennootschapsbelasting – Nationale belastingregeling die de overdracht van verliezen van een op het nationale grondgebied gelegen vaste inrichting van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap aan een ingezeten vennootschap van hetzelfde concern afhankelijk stelt van de voorwaarde dat het niet mogelijk is de verliezen te gebruiken voor een buitenlandse belasting”

In zaak C-28/17,

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 1 november 2016, ingekomen bij het Hof op 19 januari 2017, in de procedure

NN A/S

tegen

Skatteministeriet,

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: R. Silva de Lapuerta, kamerpresident, C. G. Fernlund, J.-C. Bonichot (rapporteur), A. Arabadjiev en S. Rodin, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 29 november 2017,

gelet op de opmerkingen van:

- NN A/S, vertegenwoordigd door A. Ottosen, advocaat,
- de Deense regering, vertegenwoordigd door J. Nymann-Lindegren en C. Thorning als gemachtigden, bijgestaan door S. Riisgaard, advocaat,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door W. Roels en R. Lyal als gemachtigden, bijgestaan door H. Peytz, advocaat,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 februari 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 NN A/S, een vennootschap naar Deens recht, en het Skatteministerium (ministerie van Financiën, Denemarken) over de weigering van dit laatste om die vennootschap toe te staan de door het Deense filiaal van haar Zweedse dochteronderneming geleden verliezen af te trekken van haar belastbare inkomsten.

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 (BKI nr. 92 van 25 juni 1997; hierna: „Noords Verdrag”), luidt:

„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.”

4 Krachtens artikel 25 van het Noordse Verdrag hebben de verdragsluitende staten ervoor gekozen om de dubbele belasting van de vaste inrichtingen op te heffen door middel van de zogeheten „verrekeningstechniek”. Daartoe kent de staat waar de onderneming is gevestigd een vermindering toe van een bedrag dat gelijk is aan de in de bronstaat betaalde inkomstenbelasting.

Deens recht

5 Op grond van § 31, lid 1, van de selskabsskattelov (wet op de vennootschapsbelasting) worden Deense vennootschappen die deel uitmaken van een concern verplicht als concern belast. De gezamenlijke belasting wordt voldaan door de uiteindelijke moedermaatschappij (of topholding) indien zij belastingplichtig is in Denemarken of, indien dit niet het geval is, door een ingezetene vennootschap van het concern, de zogenoemde „beheervenootschap”.

6 De nationale concernbelasting is gebaseerd op het beginsel van territoriale belasting in Denemarken. Krachtens dat beginsel worden de resultaten van de dochterondernemingen en de vaste inrichtingen van het concern die buiten Denemarken zijn gevestigd, niet opgenomen in het resultaat van het concern dat in Denemarken wordt belast, tenzij dit laatste heeft geopteerd voor internationale concernbelasting op grond van § 31 A van de wet op de vennootschapsbelasting. Alle vennootschappen en vaste inrichtingen van het concern die in Denemarken zijn gevestigd, vallen daarentegen binnen de werkingssfeer van de concernbelasting.

7 Binnen deze werkingssfeer vallen ook de in Denemarken gevestigde vaste inrichtingen van vennootschappen van het concern met zetel in het buitenland. In dat geval gelden voor de verrekening van door het Deense filiaal van een vennootschap met zetel in een andere lidstaat geleden verliezen met het gezamenlijke fiscale resultaat van het concern echter bijzondere regels, die zijn vastgesteld in § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting, die bepaalt:

„Verliezen van een vaste inrichting kunnen slechts met de inkomsten van andere vennootschappen worden verrekend indien de regels van de vreemde staat [...] waar de vennootschap is gevestigd, bepalen dat verliezen niet kunnen worden verrekend bij de berekening van de inkomsten van de vennootschap in de vreemde staat [...], of indien is geopteerd voor internationale concernbelasting op grond van § 31 A [...]”.

8 Uit de door de verwijzende rechter aangehaalde toelichting bij de wet op de vennootschapsbelasting blijkt dat deze bepaling tot doel heeft te voorkomen dat fiscale verliezen in grensoverschrijdende situaties meer dan een keer worden verrekend.

9 § 5 G van de ligningslov (wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag) luidt:

„De belastingplichtige die valt onder § 1 van de kildeskattelov [(wet op de bronbelasting)], § 1 van de wet op de vennootschapsbelasting of § 1 van de fondsbeskatningslov [(wet op de fondsbelasting)] kan geen aanspraak maken op aftrek voor uitgaven die volgens buitenlandse belastingregels kunnen worden afgetrokken van inkomsten die niet bij de berekening van Deense belasting in aanmerking worden genomen. Dit geldt ook indien de aftrek voor uitgaven volgens buitenlandse belastingregels kan worden afgetrokken van de voor concernvennootschappen en dergelijke berekende inkomsten [zie § 3 B van de skattekontrollov (wet belastingtoezicht)], wanneer de inkomsten niet in de berekening van de Deense belasting worden opgenomen”.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

10 NN is de topholding van een Deens concern dat met name twee Zweedse dochterondernemingen heeft, Sverige 1 AB en Sverige 2 AB, die elk eigenaar zijn van een filiaal in Denemarken, namelijk filiaal C respectievelijk filiaal B. Deze twee filialen zijn tot één enkel filiaal A gefuseerd door de overdracht van filiaal B aan de vennootschap Sverige 1 AB.

11 In Zweden heeft het concern ervoor geopteerd om de transactie fiscaal te behandelen als een herstructurering van activiteiten, welke transactie volgens de verwijzende rechter belastingvrij is in die lidstaat. Bijgevolg kon de door filiaal B opgebouwde goodwill die aan filiaal A is overgedragen, niet worden afgeschreven in Zweden.

12 In Denemarken is de fusie daarentegen belast als een overdracht van activa tegen de marktwaarde, zodat filiaal A de kosten voor de verwerving van de door filiaal B opgebouwde goodwill kon afschrijven en diensgevolge over het boekjaar 2008 een negatief resultaat kon boeken.

13 De Deense belastingdienst heeft voor dat boekjaar echter de door NN gevraagde verrekening van de verliezen van filiaal A met de geïntegreerde totale inkomsten van het concern geweigerd. Die belastingdienst heeft zich gebaseerd op het feit dat § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting zich hiertegen verzette, aangezien die verliezen konden worden verrekend met het belastbare resultaat in Zweden van de Zweedse vennootschap die eigenaar is van het filiaal.

14 Tegen deze weigering, die is bevestigd door de Landsskatteret (hoogste bestuurlijke instantie voor fiscale aangelegenheden, Denemarken), is door NN beroep ingesteld bij de Østre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het Oosten van Denemarken).

15 Die rechter heeft de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Welke factoren moeten in de beschouwing worden betrokken bij de beoordeling of voor

ingezeten vennootschappen in een situatie als de onderhavige voor de verrekening van verliezen een voor filialen van niet-ingezeten vennootschappen geldende ,overeenkomstige voorwaarde' in de zin van [het arrest van 6 september 2012, Philips Electronics UK (C?18/11, EU:C:2012:532, punt 20)] geldt?

2) Indien ervan wordt uitgegaan dat de Deense belastingregels geen verschil in behandeling inhouden als aan de orde in de zaak Philips [Electronics UK], vormt een verbod op verrekening als hier beschreven – in een geval waarin de verliezen van de vaste inrichting van de niet?ingezeten vennootschap mede onder de heffingsbevoegdheid van het land van ontvangst vallen – op zich een beperking van het recht van vrije vestiging in de zin van artikel 49 VWEU, dat gerechtvaardigd moet zijn op grond van een dwingende reden van algemeen belang?

3) Zo ja, kan een dergelijke beperking dan haar rechtvaardiging vinden in het doel, dubbele aftrek van verliezen te verhinderen, het streven naar evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid over de lidstaten of een combinatie van beide?

4) Zo ja, is een dergelijke beperking evenredig?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

16 Met zijn vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling inzake concernbelasting op grond waarvan de ingezeten vennootschappen van een concern de verliezen van een ingezeten vaste inrichting van een niet-ingezeten dochteronderneming van het concern slechts mogen aftrekken van hun geïntegreerde resultaat indien de regels die van toepassing zijn in de lidstaat waar die dochteronderneming is gevestigd, niet toestaan dat die verliezen worden afgetrokken van het belastbare resultaat van deze laatste.

Opmerkingen vooraf

17 De vrijheid van vestiging, die artikel 49 VWEU aan de onderdanen van de Europese Unie toekent, houdt volgens artikel 54 VWEU voor de vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, het recht in om hun activiteiten in andere lidstaten uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap.

18 De wettelijke regeling van een lidstaat vormt slechts 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 (zie in die zin arrest van 25 februari 2010, X Holding, C?337/08, EU:C:2010:89, punt 20).

Verskil in behandeling

19 Ingevolge § 31, lid 1, van de wet op de vennootschapsbelasting worden de ingezeten vennootschappen van hetzelfde concern als concern belast. Volgens de verklaringen van de verwijzende rechter geldt die nationale concernbelasting in beginsel ook voor Deense vaste inrichtingen van buitenlandse vennootschappen die tot het concern behoren.

20 Krachtens § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting mag een verlies dat is geleden door een in Denemarken gevestigde vaste inrichting van een niet-ingezeten

vennootschap die tot het concern behoort, evenwel slechts worden verrekend met de inkomsten van het concern die belastbaar zijn in Denemarken, indien dat verlies niet in aanmerking kan worden genomen bij de berekening van de belastbare inkomsten van de niet-gezeten vennootschap krachtens de wetgeving van de staat waar zij is gevestigd. Volgens dezelfde bepaling kan die voorwaarde niet worden tegengeworpen in het geval – waarop de prejudiciële vragen geen betrekking hebben – dat het concern heeft geopteerd voor internationale concernbelasting.

21 De partijen in het hoofdgeding verschillen van mening over de vraag of de in § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting neergelegde regel een verschil in behandeling creëert dat nadelig is voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging.

22 Volgens de Deense regering moet die vraag ontkennend worden beantwoord, zoals volgt uit een lezing a contrario van het arrest van 6 september 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532).

23 In dit verband vroeg de verwijzende rechter zich in de zaak die tot dat arrest heeft geleid af, of bepalingen van Brits recht die voor overdracht via groepsaftrek van verliezen die werden geleden door een gezeten vaste inrichting van een niet-gezeten vennootschap aan een gezeten vennootschap, een voorwaarde stelden die vergelijkbaar was met de in § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting gestelde voorwaarde, verenigbaar waren met de vrijheid van vestiging.

24 In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat een dergelijke voorwaarde in strijd was met de vrijheid van vestiging, aangezien de overdracht van door een gezeten vennootschap geleden verliezen aan een andere gezeten vennootschap van hetzelfde concern niet aan een overeenkomstige voorwaarde was onderworpen.

25 De Deense regering benadrukt dat de Deense wetgeving integendeel een overeenkomstige voorwaarde stelt voor gezeten vennootschappen. § 5 G van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag bepaalt namelijk dat vennootschappen geen aanspraak kunnen maken op aftrek voor uitgaven die volgens de belastingregeling van een andere staat reeds kunnen worden afgetrokken van de in die staat belastbare inkomsten. Derhalve sluit deze paragraaf uit dat met het resultaat van een concern dat belastbaar is in Denemarken de verliezen van de gezeten dochteronderneming van een niet-gezeten vennootschap van het concern kunnen worden verrekend, wanneer die verliezen kunnen worden verrekend volgens het recht van de lidstaat waar de niet-gezeten vennootschap is gevestigd.

26 Bijgevolg is de Deense regering van mening dat het nationale recht niet voorziet in een verschil in behandeling tussen een vaste inrichting en een dochteronderneming van dezelfde aard als het verschil in behandeling dat het Hof in het arrest van 6 september 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532), in strijd met de vrijheid van vestiging heeft verklaard.

27 Verzoekster in het hoofdgeding wijst evenwel erop dat § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting een verschil in behandeling van een andere aard bevat.

28 NN legt namelijk uit dat de verliezen van een in Denemarken gevestigde vaste inrichting van een eveneens gezeten vennootschap van het concern zonder beperking kunnen worden afgetrokken van de belastbare inkomsten van het concern in Denemarken. In het hoofdgeding benadrukt NN dat, indien de Deense vaste inrichting eigendom was geweest van een van haar Deense dochterondernemingen, haar verliezen in ieder geval hadden kunnen worden verrekend met het resultaat van het concern.

29 In dit verband moet worden vastgesteld dat uit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingwetgeving daadwerkelijk een verschil in behandeling voortvloeit. Een Deens concern dat in Denemarken een vaste inrichting bezit via een niet-gezeten dochteronderneming, wordt krachtens § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting namelijk minder gunstig behandeld dan een concern waarvan alle vennootschappen in Denemarken zijn gevestigd.

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

Vergelijkbaarheid van de situaties

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

32 In casu blijkt zowel uit de bewoordingen van § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting als uit de verklaringen van de Deense regering met betrekking tot deze bepaling dat deze bepaling tot doel heeft dubbele aftrek van verliezen te voorkomen.

33 In verband met de door een lidstaat vastgestelde maatregelen om dubbele belastingheffing over de winst van een ingezeten vennootschap te voorkomen of te beperken, heeft het Hof geoordeeld dat 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 (arrest van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, punt 37).

34 Met betrekking tot de maatregelen ter voorkoming van dubbele aftrek van verliezen moet derhalve naar analogie worden aangenomen dat een concern waarvan de niet-gezeten dochteronderneming een ingezeten inrichting bezit, evenmin in een situatie verkeert die vergelijkbaar is met die van een concern waarvan de dochteronderneming en de inrichting van deze laatste eveneens ingezeten zijn.

35 Evenwel moet de situatie worden onderscheiden waarin er geen mogelijkheid meer bestaat tot aftrek van de verliezen van de niet-gezeten dochteronderneming die zijn toe te rekenen aan de vaste inrichting die ingezeten is, in de lidstaat waar de dochteronderneming is gevestigd. In dat geval verkeert het concern waarvan de dochteronderneming in een andere lidstaat is gevestigd, namelijk niet in een andere situatie dan het zuiver nationale concern ten aanzien van het doel dubbele aftrek van zijn verliezen te voorkomen. De financiële draagkracht van de twee concerns wordt dan op dezelfde wijze aangetast door de verliezen van hun ingezeten vaste inrichting (zie in die zin arrest van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, punt 38).

36 Het is juist dat § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting het verschil in behandeling uitsluit „indien de regels van de vreemde staat [...] waar de vennootschap is gevestigd, bepalen dat verliezen niet kunnen worden verrekend”, door in dat geval toe te staan dat de verliezen van de ingezeten vaste inrichting van de niet-gezeten dochteronderneming worden verrekend met de inkomsten van het concern.

37 Evenwel kan niet worden uitgesloten dat een dergelijke aftrek, ook al is die toegestaan volgens de regeling van de vreemde staat, in de praktijk onmogelijk is, met name wanneer de niet-

ingezeten dochteronderneming al haar activiteiten definitief heeft stopgezet.

38 Derhalve kan het in punt 29 van het onderhavige arrest vermelde verschil in behandeling, ten minste in dat geval, betrekking hebben op objectief vergelijkbare situaties.

Rechtvaardiging en evenredigheid

39 De verwijzende rechter wenst te vernemen of dat verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd door het doel een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid over de lidstaten te verzekeren of door het doel dubbele aftrek van verliezen te voorkomen.

40 In dit verband moet worden opgemerkt dat de eerstgenoemde grond geen relevante rechtvaardiging vormt. Indien het aan de vaste inrichting toerekenbare verlies tegelijkertijd van het belastbare resultaat van het concern in de lidstaat waar die vaste inrichting is gevestigd en van het in de andere lidstaat belastbare resultaat van de niet-ingezeten dochteronderneming van dit concern kon worden afgetrokken, zou deze mogelijkheid van dubbele aftrek namelijk geen van de twee betrokken staten bevoordelen ten koste van de andere. Derhalve zou de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen deze staten hierdoor niet worden aangetast. Het ontbreken van een regel zoals die van § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting zou alleen een verlies van belastinginkomsten voor een van beide staten tot gevolg hebben.

41 De tweede rechtvaardiging, die is ontleend aan het voorkomen van dubbele aftrek van verliezen, wordt door de Deense regering op de voorgrond gesteld.

42 In dit verband heeft het Hof reeds geoordeeld dat de lidstaten het gevaar voor dubbele verliesverrekening moeten kunnen verhinderen (arresten van 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, punt 47, en 15 mei 2008, Lidl Belgium, C-414/06, EU:C:2008:278, punt 35).

43 Het is juist dat in een situatie waarin de inkomsten van een vaste inrichting door twee lidstaten worden belast, het gerechtvaardigd lijkt dat de uitgaven van deze inrichting onder beide belastingstelsels overeenkomstig de nationale voorschriften kunnen worden afgetrokken van die inkomsten.

44 Het bestaan van een dergelijke situatie kan evenwel niet eenvoudig worden afgeleid uit de omstandigheid dat twee lidstaten tegelijk hun heffingsbevoegdheid uitoefenen over het resultaat van dezelfde vaste inrichting, zoals in het hoofdgeding het geval is met het Koninkrijk Denemarken en het Koninkrijk Zweden.

45 De belastingverdragen tussen lidstaten die precies bedoeld zijn om dubbele belasting te voorkomen, mogen namelijk niet buiten beschouwing worden gelaten. Zoals blijkt uit zowel de schriftelijke opmerkingen van de Europese Commissie als de antwoorden van de vertegenwoordiger van NN op de ter terechtzitting gestelde vragen, zijn de betrekkingen tussen het Koninkrijk Denemarken en het Koninkrijk Zweden in dit verband geregeld in het Noordse Verdrag.

46 Indien een in Zweden gevestigde persoon inkomsten ontvangt die belastbaar zijn in een andere verdragsluitende staat, staat het Koninkrijk Zweden op grond van artikel 25 van dit laatste verdrag de aftrek van inkomstenbelasting toe voor een bedrag dat gelijk is aan de in de andere staat betaalde inkomstenbelasting.

47 Gelet op dat mechanisme brengt de parallelle uitoefening van de heffingsbevoegdheden

van het Koninkrijk Denemarken en het Koninkrijk Zweden voor de Zweedse vennootschap met een vaste inrichting in Denemarken niet de verplichting met zich mee om tweemaal belasting over haar inkomsten te betalen. De door het Deense concern waartoe de Zweedse vennootschap behoort verlangde mogelijkheid om de verliezen van een dergelijke inrichting tweemaal af te trekken, namelijk onder beide nationale belastingstelsels, lijkt bijgevolg niet gerechtvaardigd.

48 § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting heeft precies tot doel te voorkomen dat het concern in kwestie hetzelfde verlies tweemaal benut. Bij ontbreken van een dergelijke bepaling zou de grensoverschrijdende situatie, zoals de advocaat-generaal in punt 75 van zijn conclusie heeft opgemerkt, een ongerechtvaardigd voordeel verschaffen ten opzichte van de vergelijkbare nationale situatie, waarin dubbele aftrek onmogelijk is. Het door de nationale wettelijke regeling gecreëerde verschil in behandeling lijkt derhalve gerechtvaardigd.

49 Zoals in herinnering is gebracht in punt 18 van het onderhavige arrest, moet dat verschil in behandeling bovendien evenredig zijn aan de doelstelling ervan.

50 Een regel, zoals deze neergelegd in § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting, gaat verder dan hetgeen noodzakelijk is om te voorkomen dat een verlies tweemaal wordt afgetrokken, indien hij tot gevolg heeft dat een concern elke mogelijkheid wordt ontnomen om het verlies van een ingezeten filiaal af te trekken in een grensoverschrijdende situatie als die van het hoofdgeding.

51 Volgens de verwijzende rechter kan dit het geval zijn in het hoofdgeding.

52 Aangezien het verlies dat is geleden door de vaste inrichting in Denemarken van de Zweedse dochteronderneming van NN, in beginsel kan worden afgetrokken van het in Zweden belastbare resultaat van die dochteronderneming, kan het volgens de in § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting neergelegde regel namelijk niet worden afgetrokken van het in Denemarken belastbare resultaat van het concern.

53 In het hoofdgeding is het verlies evenwel het gevolg van de fusie van twee Deense filialen van het concern en van het feit dat het concern – zoals toegestaan door het Zweedse recht – ervoor heeft gekozen dat deze fusie in Zweden fiscaal zou worden behandeld als een herstructurering van activiteiten, die in Zweden niet belastbaar is. Dit heeft tot gevolg dat het in de praktijk onmogelijk is om het verlies te verrekenen met het resultaat van de Zweedse dochteronderneming.

54 In een dergelijk geval zijn de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepalingen – die volgens de verwijzende rechter tot gevolg hebben dat het Deense concern elke daadwerkelijke mogelijkheid wordt ontnomen om het verlies van de ingezeten vaste inrichting van zijn niet-ingezeten dochteronderneming af te trekken – in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

55 Dat beginsel zou daarentegen zijn nageleefd indien het verlies van de ingezeten vaste inrichting van de niet-ingezeten dochteronderneming van het Deense concern – in afwijking van de in § 31, lid 2, tweede volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting neergelegde regel – kon worden verrekend met het resultaat van dit concern, op voorwaarde dat dit concern aantoont dat het verlies daadwerkelijk niet kan worden verrekend met het resultaat van zijn dochteronderneming in de andere lidstaat.

56 Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of dit in het hoofdgeding het geval is met betrekking tot het Deense filiaal van de Zweedse dochteronderneming van NN.

57 Derhalve moet aan de verwijzende rechter worden geantwoord dat artikel 49 VWEU aldus

moet worden uitgelegd dat het zich in beginsel niet verzet tegen een nationale wettelijke regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan de ingezeten vennootschappen van een concern de verliezen van een ingezeten vaste inrichting van een niet-geuzeten dochteronderneming van dit concern slechts mogen aftrekken van hun geïntegreerde resultaat indien de regels die van toepassing zijn in de lidstaat waar die dochteronderneming is gevestigd, niet toestaan dat die verliezen worden afgetrokken van het resultaat van deze laatste, wanneer die wettelijke regeling wordt toegepast in samenhang met een verdrag tot het vermijden van dubbele belasting op grond waarvan in die lidstaat de aftrek is toegestaan van de door de dochteronderneming verschuldigde inkomstenbelasting voor een bedrag dat gelijk is aan de inkomstenbelasting die in de lidstaat op het grondgebied waarvan die vaste inrichting is gelegen, is betaald uit hoofde van de activiteiten van deze laatste. Artikel 49 VWEU moet echter aldus worden uitgelegd dat het zich tegen een dergelijke wettelijke regeling verzet indien de toepassing van deze regeling tot gevolg heeft dat dit concern elke daadwerkelijke mogelijkheid wordt ontnomen om de voornoemde verliezen af te trekken van zijn geïntegreerde resultaat, terwijl het onmogelijk is om diezelfde verliezen te verrekenen met het resultaat van de voornoemde dochteronderneming in de lidstaat op het grondgebied waarvan deze dochteronderneming is gevestigd. De verwijzende rechter dient na te gaan of dit laatste het geval is.

Kosten

58 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter 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 (Eerste kamer) verklaart voor recht:

Artikel 49 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het zich in beginsel niet verzet tegen een nationale wettelijke regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan de ingezeten vennootschappen van een concern de verliezen van een ingezeten vaste inrichting van een niet-geuzeten dochteronderneming van dit concern slechts mogen aftrekken van hun geïntegreerde resultaat indien de regels die van toepassing zijn in de lidstaat waar die dochteronderneming is gevestigd, niet toestaan dat die verliezen worden afgetrokken van het resultaat van deze laatste, wanneer die wettelijke regeling wordt toegepast in samenhang met een verdrag tot het vermijden van dubbele belasting op grond waarvan in die lidstaat de aftrek is toegestaan van de door de dochteronderneming verschuldigde inkomstenbelasting voor een bedrag dat gelijk is aan de inkomstenbelasting die in de lidstaat op het grondgebied waarvan die vaste inrichting is gelegen, is betaald uit hoofde van de activiteiten van deze laatste. Artikel 49 VWEU moet echter aldus worden uitgelegd dat het zich tegen een dergelijke wettelijke regeling verzet indien de toepassing van deze regeling tot gevolg heeft dat dit concern elke daadwerkelijke mogelijkheid wordt ontnomen om de voornoemde verliezen af te trekken van zijn geïntegreerde resultaat, terwijl het onmogelijk is om diezelfde verliezen te verrekenen met het resultaat van de voornoemde dochteronderneming in de lidstaat op het grondgebied waarvan deze dochteronderneming is gevestigd. De verwijzende rechter dient na te gaan of dit laatste het geval is.

ondertekeningen

* Procestaal: Deens.