



Datum van
inontvangstneming

:

22/12/2020

Zaak C-538/20

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

21 oktober 2020

Verwijzende rechter:

Bundesfinanzhof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

6 november 2019

Verweerder en verzoeker tot *Revision*:

Finanzamt B

Verzoekster en verweerster in *Revision*:

W AG

Voorwerp van het hoofdgeding

Vrijheid van vestiging – Artikel 43 EG – Vennootschapsbelasting – Bedrijfsbelasting – Ingezetten vennootschap – Niet-ingezeten vaste inrichting – Sluiting – Verliezen – Verrekening van de verliezen van de niet-ingezeten vaste inrichting – Definitieve verliezen – Mogelijkheid om een nieuwe vaste inrichting op te richten – Vroegere overdraagbaarheid – Toepasselijke winstberekenningsregels

Voorwerp en rechtsgrondslag van de verwijzing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. Moet artikel 43 juncto artikel 48 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (thans artikel 49 juncto artikel 54 van het Verdrag

- betreffende de werking van de Europese Unie) aldus worden uitgelegd dat het zich tegen wettelijke bepalingen van een lidstaat op grond waarvan een ingezeten vennootschap verliezen van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting niet kan aftrekken van haar belastbare winst wanneer die vennootschap alle mogelijkheden tot aftrek van deze verliezen heeft uitgeput die haar worden geboden door het recht van de lidstaat waar deze vaste inrichting gelegen is, en wanneer zij daarnaast van die vaste inrichting geen inkomsten meer ontvangt zodat er geen mogelijkheid meer bestaat om die verliezen in die lidstaat te verrekenen („definitieve” verliezen), ook dan verzet indien die wettelijke bepalingen betrekking hebben op de vrijstelling van winsten en verliezen op grond van een tussen beide lidstaten gesloten bilaterale overeenkomst ter voorkoming van dubbele belasting?
2. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, moet artikel 43 juncto artikel 48 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (thans artikel 49 juncto artikel 54 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) dan aldus worden uitgelegd dat het tevens in de weg staat aan de wettelijke bepalingen van het Gewerbesteuergesetz [(wet op de bedrijfsbelasting)] op grond waarvan een ingezeten vennootschap in de eerste vraag bedoelde „definitieve” verliezen van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting niet mag aftrekken van haar belastbare bedrijfswinst?
 3. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, kan er dan in het geval van sluiting van de in de andere lidstaat gelegen vaste inrichting sprake zijn van „definitieve” verliezen als bedoeld in de eerste vraag hoewel de op zijn minst theoretische mogelijkheid bestaat dat de vennootschap een nieuwe vaste inrichting in de betrokken lidstaat opricht waarvan de winsten eventueel zouden kunnen worden verrekend met de eerdere verliezen?
 4. Indien de eerste en de derde vraag bevestigend worden beantwoord, dient de staat waar de moedermaatschappij gevestigd is, als in de eerste vraag bedoelde „definitieve” verliezen dan eveneens verliezen van de vaste inrichting in aanmerking te nemen die volgens het recht van de staat waar die inrichting gelegen is, ten minste eenmaal naar een volgend belastingtijdvak konden worden overgedragen?
 5. Indien de eerste en de derde vraag bevestigend worden beantwoord, is de verplichting om grensoverschrijdende „definitieve” verliezen in aanmerking te nemen dan beperkt tot het bedrag van de verliezen die de vennootschap in de betrokken staat waar de vaste inrichting gelegen is, in de boeken had kunnen opnemen indien de verliesverrekening daar niet was uitgesloten?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU)

Artikel 48 EG (thans artikel 54 VWEU)

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland; hierna: „GG”) [in de in het *Bundesgesetzblatt*, deel III, nr. 100-1, gepubliceerde gerectificeerde redactie, laatstelijk gewijzigd bij artikel 1 en artikel 2, tweede volzin, van de wet van 29 september 2020 (BGBl. I, blz. 2048)], met name artikel 28, lid 2, derde volzin, artikel 72, lid 2, artikel 105, lid 2, en artikel 106, lid 6, eerste, tweede en vierde volzin

Verdrag tussen de Bondsrepubliek Duitsland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting van 26 november 1964 (BGBl. 1966 II, blz. 359) [zoals gewijzigd bij het protocol tot herziening van 23 maart 1970 (BGBl. 1971 II, blz. 46)], met name artikel III, lid 1, eerste en tweede volzin, artikel XVIII, lid 2, onder a), eerste en tweede volzin, en onder b) (hierna: „dubbelbelastingverdrag”)

Einkommensteuergesetz (wet op de inkomstenbelasting; hierna: „EStG”) (in de versie die van toepassing was op het relevante belastingtijdvak 2007), met name § 4, lid 1

Körperschaftsteuergesetz (wet op de vennootschapsbelasting; hierna: „KStG”) (in de versie die van toepassing was op het relevante belastingtijdvak 2007), met name § 1, lid 1, punt 1, en § 8, leden 1 en 2

Gewerbsteuergesetz (wet op de bedrijfsbelasting; hierna: „GewStG”) (in de versie die van toepassing was op het relevante belastingtijdvak 2007), met name § 1, § 2, lid 1, eerste en derde volzin, en lid 2, eerste volzin, § 5, lid 1, eerste volzin, § 7, eerste volzin, §§ 8 en 9, § 10a, eerste, tweede, zesde en zevende volzin, § 11, lid 1, eerste en tweede volzin, § 14 en § 16, lid 4

Abgabenordnung (belastingwetboek; hierna: „AO”) [in de op 1 oktober 2002 bekendgemaakte versie (BGBl. I, blz. 3866; 2003 I, blz. 61), laatstelijk gewijzigd bij artikel 7 van de wet van 12 augustus 2020 (BGBl. I, blz. 1879)], met name § 3, lid 2

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Verzoekster en verweerster in *Revision* is een naamloze vennootschap. Haar hoofdzetel en plaats van werkelijke leiding bevinden zich in Duitsland. Een

bijkantoor in het Verenigd Koninkrijk, dat in augustus 2004 werd opgericht, is in het eerste semester van 2007 gesloten nadat verliezen waren geleden.

- 2 Verzoekster en verweerster in *Revision* heeft een afwijkend boekjaar dat telkens op 30 juni wordt afgesloten. Wegens de sluiting konden de in het Verenigd Koninkrijk geleden verliezen van het bijkantoor uit de boekjaren 2004/2005, 2005/2006 en 2006/2007 niet meer worden overgedragen. Verzoekster en verweerster in *Revision* wenst dan ook dat deze verliezen, die zij volgens de Duitse winstberekenningsregels heeft vastgesteld, in het belastingtijdvak 2007 in Duitsland als definitieve verliezen in aanmerking worden genomen bij de vaststelling van het voor de vennootschaps- en bedrijfsbelasting relevante inkomen (belastbare inkomsten respectievelijk bedrijfswinst). De belastingdienst weigert dit.
- 3 Verzoekster en verweerster in *Revision* heeft tegen dat weigeringsbesluit beroep ingesteld en dat beroep is in eerste aanleg toegewezen.
- 4 Thans moet de verwijzende rechter beslissen op het door de belastingdienst ingestelde beroep in *Revision* tegen het vonnis in eerste aanleg. Het Bundesministerium der Finanzen (federaal ministerie van Financiën) heeft in de procedure geïntervenieerd ter ondersteuning van het standpunt van de belastingdienst.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 5 Naar Duits recht is de door verzoekster en verweerster in *Revision* verlangde verrekening van de verliezen van het bijkantoor uitgesloten. Volgens het dubbelbelastingverdrag in kwestie zijn de in het Verenigd Koninkrijk geleden verliezen bij voorbaat uitgesloten van de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting en bijgevolg ook niet opgenomen in de bedrijfswinst, die afhangt van de volgens de bepalingen van de wet op de vennootschapsbelasting vast te stellen winst.
- 6 In artikel III, lid 1, eerste volzin, van het dubbelbelastingverdrag is bepaald dat bedrijfswinsten van een onderneming die gevestigd is in een van de gebieden waarop dat verdrag van toepassing is (dat wil zeggen de Bondsrepubliek Duitsland of het Verenigd Koninkrijk), enkel worden belast in dat gebied, tenzij de betrokken onderneming in het andere gebied een commerciële activiteit uitoefent door middel van een aldaar gelegen vaste inrichting. Oefent deze onderneming in het andere gebied een commerciële activiteit uit door middel van een aldaar gelegen vaste inrichting, dan kunnen de winsten in het andere gebied worden belast, doch enkel voor zover zij aan deze vaste inrichting kunnen worden toegerekend (artikel III, lid 1, tweede volzin, van het dubbelbelastingverdrag). Op grond van artikel XVIII, lid 2, onder a), eerste volzin, van het dubbelbelastingverdrag wordt in het geval van een in Duitsland gevestigde persoon bij de vaststelling van de heffingsgrondslag voor de Duitse belasting geen rekening gehouden met de in het Verenigd Koninkrijk (Groot-Brittannië)

verkregen inkomsten en de aldaar gelegen activa die overeenkomstig bedoeld verdrag in Groot-Brittannië kunnen worden belast, tenzij artikel XVIII, lid 2, onder b), van dat verdrag van toepassing is, wat in casu niet het geval blijkt te zijn. Duitsland behoudt evenwel het recht om de aldus uitgesloten inkomsten en activa in aanmerking te nemen bij de vaststelling van het belastingtarief (artikel XVIII, lid 2, onder a), tweede volzin, van het dubbelbelastingverdrag).

- 7 Hoewel in artikel III, lid 1, eerste volzin, van het dubbelbelastingverdrag uitdrukkelijk enkel bedrijfswinsten worden vermeld, zijn op grond van artikel XVIII, lid 2, onder a), eerste volzin, van dat verdrag ook negatieve inkomsten – zoals de in het onderhavige geding aan de orde zijnde verliezen – uitgesloten van de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting in de staat waar de belastingplichtige gevestigd is. Het is vaste rechtspraak dat ook wanneer het in een verdragsrechtelijke norm inzake de verdeling van de heffingsbevoegdheid gehanteerde inkomstenbegrip betrekking heeft op een nettobedrag, verliezen eveneens moeten worden uitgesloten van de heffingsgrondslag voor de Duitse belasting (zogenoemde symmetriethese).
- 8 Voor verzoekster als onbeperkt aan de vennootschapsbelasting onderworpen naamloze vennootschap, ten aanzien waarvan overeenkomstig § 8, lid 2, juncto § 1, lid 1, punt 1, KStG alle inkomsten dienen te worden aangemerkt als inkomsten uit een bedrijfsactiviteit, geldt als uitgangspunt voor de vaststelling van de bedrijfswinst dan ook de overeenkomstig de voorschriften van het KStG voor het jaar 2007 te bepalen winst. Inkomsten – ook negatieve inkomsten – die krachtens een dubbelbelastingverdrag moeten worden uitgesloten van de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting, maken bijgevolg a priori geen deel uit van de bedrijfswinst in de zin van § 7, lid 1, GewStG. In gevallen waarin er een verdragsrechtelijke vrijstelling van belastingheffing geldt, bestaat er geen behoefte om § 9, punt 3, GewStG toe te passen, volgens welke bepaling op de heffingsgrondslag van de door een Duitse onderneming verschuldigde bedrijfsbelasting het gedeelte van de bedrijfswinst in mindering moet worden gebracht dat kan worden toegerekend aan een niet in Duitsland gelegen vaste inrichting.
- 9 De verlangde verrekening van de verliezen van het bijkantoor kan Unierechtelijk vanuit het oogpunt van de vrijheid van vestiging (artikel 43 EG, thans artikel 49 VWEU) kan geboden zijn indien:
 - de situatie van verzoekster en verweerster in *Revision* (grensoverschrijdende situatie) objectief vergelijkbaar is met de situatie van een vennootschap waarvan een dergelijk bijkantoor zich in Duitsland bevindt (zuiver interne situatie), en
 - de beperking van de vrijheid van vestiging niet gerechtvaardigd is (definitieve verliezen).

- 10 De verwijzende rechter refereert in dit verband aan de navolgende arresten van het Hof van:
- 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763);
 - 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278);
 - 17 december 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829), en
 - 12 juli 2018, ██████████ (C-650/16, EU:C:2018:424).

Objectieve vergelijkbaarheid

Vennootschapsbelasting (eerste vraag)

- 11 In het onderhavige geval is het onderscheid tussen de grensoverschrijdende en een zuiver interne situatie met name gelegen in het feit dat de betreffende verliezen op grond van het dubbelbelastingverdrag bij voorbaat niet vallen onder de heffingsbevoegdheid van de Bondsrepubliek Duitsland.
- 12 Volgens het arrest van het Hof van 12 juli 2018, ██████████ (C-650/16, EU:C:2018:424), moet bij de beoordeling van de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties evenwel rekening worden gehouden met het doel van de nationale bepalingen in kwestie. De toepassing van verschillende nationaalrechtelijke belastingregelingen op een ingezeten vennootschap naargelang deze een ingezeten dan wel een niet-ingezeten vaste inrichting bezit, is op zichzelf niet beslissend.
- 13 Het dubbelbelastingverdrag beoogt onder meer het voorkomen van dubbele verliesverrekening. In zoverre verschilt de situatie van een onbeperkt belastingplichtige vennootschap die een niet-ingezeten bijkantoor met definitieve verliezen heeft, niet van de situatie van een onbeperkt belastingplichtige vennootschap waarvan het ingezeten bijkantoor dergelijke verliezen heeft geleden.
- 14 De vraag rijst of het in dit verband verschil maakt of de ongelijke behandeling (niet-verrekening van de verliezen) gebaseerd is op een unilaterale bepaling van nationaal recht, zoals in het geval dat ten grondslag lag aan het arrest van 12 juli 2018, ██████████ (C-650/16, EU:C:2018:424), dan wel op een bilaterale overeenkomst, zoals in het onderhavige geval. In zoverre wordt er in de rechtspraak en de literatuur op gewezen dat met het dubbelbelastingverdrag ook een verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen staten wordt beoogd. Met betrekking tot de in casu aan de orde zijnde verliezen heeft Duitsland met het dubbelbelastingverdrag afstand gedaan van de uitoefening van zijn heffingsbevoegdheid.
- 15 Wat de doelstelling van het dubbelbelastingverdrag betreft, moet in het algemeen worden opgemerkt dat de verdragsluitende staten ter voorkoming van dubbele

belasting over inkomsten uit vaste inrichtingen hebben gekozen voor de vrijstellingsmethode, die inhoudt dat de heffingsbevoegdheid slechts aan één van beide verdragsluitende staten wordt toegekend, namelijk de staat waar de vaste inrichting gelegen is.

- 16 Anders dan bij de verrekeningsmethode, die behelst dat beide verdragsluitende staten hun respectieve heffingsbevoegdheid behouden en de woonstaat zich er enkel toe verbindt om de in de bronstaat verschuldigde belasting met de eigen belasting te verrekenen, doet de woonstaat bij de vrijstellingsmethode volledig afstand van zijn – op zijn eigen soevereiniteit gebaseerde – heffingsbevoegdheid. Deze afstand is alomvattend en staat los van de daadwerkelijke belastingheffing in de bronstaat, zodat hij eveneens geldt wanneer de bronstaat geen belasting heft over de inkomsten.
- 17 De vrijstellingsmethode berust op de gedachte dat de staat waar de inkomsten verworven zijn, een „beter” recht op belastingheffing heeft. Derhalve ziet de vrijstelling verlenende staat af van belastingheffing. In economisch opzicht moet de vrijstellingsmethode in het bronland een gelijk speelveld tot stand brengen tussen investeerders uit verschillende landen (kapitaalimportneutraliteit).
- 18 De heffing van belasting naargelang van de draagkracht, waarvan sprake is in het arrest van 12 juli 2018, [REDACTED] (C-650/16, EU:C:2018:424), heeft tot doel een algemeen en abstract belastingbeginsel toe te passen. Dit beginsel leent zich er niet voor om de verdragsrechtelijke vrijstellingsmethode uit te breiden met een normdoel dat niet reeds tot uitdrukking komt in de concrete doelstellingen van het voorkomen van dubbele belastingheffing en dubbele verliesverrekening.

Bedrijfsbelasting (tweede vraag)

- 19 Ook wat de bedrijfsbelasting betreft, is het onderscheid tussen de grensoverschrijdende situatie in het onderhavige geval en een zuiver interne situatie vooral gelegen in het feit dat de verliezen in kwestie op grond van het dubbelbelastingverdrag bij voorbaat niet vallen onder de heffingsbevoegdheid van de Bondsrepubliek Duitsland. Net zoals de vennootschapsbelasting valt ook de bedrijfsbelasting binnen de werkingssfeer van het dubbelbelastingverdrag. De verwijzing naar de winstberekeningsregels die van toepassing zijn op de vennootschapsbelasting, brengt met zich mee dat – ook negatieve – inkomsten die op grond van het dubbelbelastingverdrag moeten worden uitgesloten van de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting, bij voorbaat ook geen bestanddeel van de heffingsgrondslag voor de bedrijfsbelasting vormen.
- 20 Derhalve is er geen reden te bedenken om de Unierechtelijke vereisten en de voorrang daarvan niet ook te laten doorwerken op de bedrijfsbelasting.

- 21 Ten aanzien van het doel van de bedrijfsbelasting zij opgemerkt dat deze belasting gaat om een objectgebonden gemeentebelasting is die naast de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting moet worden betaald.
- 22 De bedrijfsbelasting berust historisch gesproken op de gedachte van gelijkwaardigheid. Zij moet compensatie bieden voor de bijzondere lasten die industrie, handel en ambachtelijke nijverheid met zich mee brengen voor de gemeenten, zoals de lasten die voortvloeien uit de ontwikkeling van terreinen, uit de creatie van verkeersgebieden, uit de exploitatie van streekvervoer of uit de bouw en het onderhoud van wegen en ziekenhuizen alsook culturele en andere gemeentelijke voorzieningen.
- 23 De heffingsgrondslag voor de bedrijfsbelasting wordt gevormd door de – volgens de regels van de wet op de inkomstenbelasting of de wet op de vennootschapsbelasting vast te stellen – winst uit industriële of commerciële activiteiten. Deze winst valt echter nu eens hoger dan weer lager uit ten gevolge van bepaalde bijtellingen en kortingen, hetgeen leidt tot afwijkingen ten opzichte van de volgens de regels van de wet op de inkomstenbelasting en de wet op de vennootschapsbelasting vastgestelde winst, en dus ook tot afwijkingen ten opzichte van het subjectieve concept „financiële draagkracht”.
- 24 Als argument tegen de verrekening van definitieve verliezen in het kader van de bedrijfsbelasting wordt vooral aangevoerd dat deze belasting naar haar opzet louter nationaal (territorialiteitsbeginsel) en objectgebonden is.
- 25 Anders dan de vennootschapsbelasting, waaraan het beginsel van belastingheffing over het wereldinkomen ten grondslag ligt, behoeft de bedrijfsbelasting helemaal geen symmetrische afscherming door een dubbelbelastingverdrag.
- 26 Bovendien bestaat in Groot-Brittannië helemaal geen zakelijke belasting die vergelijkbaar is met de Duitse bedrijfsbelasting. De uitsluiting van verliesverrekening in de bedrijfsbelasting berust in de eerste plaats op het feit dat de bronstaat Groot-Brittannië bij voorbaat geen verliesverrekening toestaat in de bedrijfsbelasting. Duitsland is Unierechtelijk niet verplicht om de gevolgen van deze beslissing van de bronstaat te dragen. Dit volgt uit het arrest van 23 oktober 2008, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt* (C-157/07, EU:C:2008:588).

Definitieve verliezen

Definitief karakter

– *Mogelijkheid om een nieuwe vaste inrichting op te richten (derde vraag)*

- 27 De verwijzende rechter is er tot dusver van uitgegaan dat de verliezen van een in het buitenland gelegen vaste inrichting pas definitief worden in de zin van de rechtspraak van het Hof wanneer zij om feitelijke redenen niet meer kunnen

worden verrekend in de bronstaat of wanneer hun aftrek in die staat weliswaar theoretisch weliswaar nog mogelijk is, maar om feitelijke redenen zo goed als uitgesloten is en een niettemin achteraf toegepaste aftrek in de woonstaat procedureel gezien nog met terugwerkende kracht kan worden herzien.

- 28 Op grond hiervan is er in het onderhavige geval wel degelijk sprake van definitieve verliezen. Door medewerkers te ontslaan en de huurovereenkomst met betrekking tot de gehuurde panden over te dragen, heeft verzoekster en verweerster in *Revision* alles in het werk gesteld om haar activiteiten in Groot-Brittannië te beëindigen en de rechter ervan te overtuigen dat naar verwachting geen inkomsten – en a fortiori geen winsten – meer zouden kunnen worden behaald uit een vaste inrichting in Groot-Brittannië waarvan de vóór de sluiting opgelopen verliezen in de toekomst zouden kunnen worden afgetrokken.
- 29 In het licht van recente rechtspraak van het Hof, te weten in zijn arresten van
- 19 juni 2019, ██████████ (C-607/17, EU:C:2019:510, punten 25 e.v.), en
 - 19 juni 2019, ██████████ (C-608/17, EU:C:2019:511, punten 37 e.v.),
- 30 rijzen echter de vragen
- of niet nader moet worden onderzocht of een verliesverrekening door derden – bijvoorbeeld na inbreng van de vaste inrichting in een kapitaalvennootschap en daaropvolgende vervreemding van het aandeel – mogelijk zou zijn geweest volgens het recht van de staat waar de vaste inrichting gelegen is, en
 - of de theoretische mogelijkheid dat de vennootschap in de betrokken lidstaat op elk tijdstip een nieuwe vaste inrichting kan oprichten waarvan de winsten eventueel zouden kunnen worden verrekend met de eerder geleden verliezen, er op zichzelf reeds aan in de weg staat dat de verliezen als definitief worden aangemerkt.
- *Vroegere overdraagbaarheid (vierde vraag)*
- 31 Naast verrekening van de verliezen die zijn ontstaan in het belastingtijdvak van de sluiting van de vaste inrichting (belastingtijdvak 2007, boekjaar 2006/2007), vordert verzoekster en verweerster in *Revision* tevens de verrekening van de verliezen die in de daaraan voorafgaande belastingtijdvakken (2005 en 2006, boekjaren 2004/2005 en 2005/2006) zijn ontstaan en waarvan moet worden aangenomen dat zij volgens de fiscale wetgeving van het Verenigd Koninkrijk konden worden overgedragen naar het telkens daaropvolgende belastingtijdvak.
- 32 Het federaal ministerie van Financiën stelt zich op het standpunt dat een verlies dat eenmalig overdraagbaar was maar niet daadwerkelijk is overgedragen, niet meer kan worden aangemerkt als definitief verlies.
- 33 Het heeft in dit verband verwezen naar het volgende arrest van het Hof van:

– 3 februari 2015, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2015:50).

34 De zienswijze van het federaal ministerie van Financiën strookt met het standpunt dat advocaat-generaal Kokott heeft ingenomen in de volgende conclusies van:

– 10 januari 2019, ██████████ (C-607/17, EU:C:2019:8, punten 57 e.v.); en

– 10 januari 2019, ██████████ (C-608/17, EU:C:2019:9, punten 50 e.v.).

Toepasselijke winstberekenningsregels (vijfde vraag)

35 Verzoekster en verweerster in *Revision* heeft de gestelde verliezen van het Britse bijkantoor vastgesteld op basis van de Duitse winstberekenningsregels.

36 Dit is in overeenstemming met de bestaande rechtspraak van de verwijzende rechter en van het Hof. Volgens die rechtspraak zijn de nationale winstberekenningsregels beslissend omdat de Unierechtelijke verplichting om verliezen bij wijze van uitzondering grensoverschrijdend te verrekenen, voortvloeit uit het vereiste van gelijke behandeling van vennootschappen die alleen binnenlandse activiteiten verrichten en vennootschappen die daarnaast in andere lidstaten vaste inrichtingen hebben.

37 De verwijzende rechter refereert in dit verband aan het volgende arrest van het Hof van:

– 21 februari 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84).

38 De vraag rijst evenwel of de verplichting om grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen niet beperkt is tot het bedrag van de verliezen die de vennootschap in de betrokken staat waar de vaste inrichting gelegen is, in de boeken had kunnen opnemen indien de verliesverrekening daar niet was uitgesloten.

39 Mochten de verliezen kunnen worden verrekend in staat waar de vaste inrichting gelegen is, dan zou de staat waar de moedermaatschappij gevestigd is, namelijk niet verplicht zijn om met het oog op een gelijke behandeling verliesaftrek toe te staan wat betreft het verschil met het uit zijn eigen winstberekenningsregels voortvloeiende (grotere) verlies.

40 Het valt te betwijfelen dat de staat waar de moedermaatschappij gevestigd is, krachtens het beginsel van vrijheid van vestiging gehouden zou zijn om de vennootschap in het geval van definitieve verliezen beter te behandelen dan het geval zou zijn geweest indien deze verliezen hadden kunnen worden verrekend in de staat waar de vaste inrichting gelegen is.

41 Indien de te verrekenen verliezen worden beperkt door het uit de toepassing van de Britse winstberekenningsregels resulterende verlies, moet de zaak worden terugverwezen naar het Finanzgericht (belastingrechter in eerste aanleg), opdat die

rechter de vereiste vaststellingen kan doen met betrekking tot de winstberekening naar Brits belastingrecht.