



Datum van inontvangstneming : 06/03/2017

Zaak C-28/17

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

Datum van indiening:

19 januari 2017

Verwijzende rechter:

Østre Landsret (Danmark)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

1 november 2016

Verzoekende partij

NN A/S

Verwerende partij:

Skatteministeriet

Voorwerp van het hoofdgeding

De zaak voor de Østre Landsret (regionale rechter voor het oosten van Denemarken) heeft in de eerste plaats betrekking op een zuiver nationale uitleggingsvraag aangaande de betekenis van § 31, lid 2, punt 2, van de selskabsskattelov (wet op de vennootschapsbelasting) en in de tweede plaats op de vraag in hoeverre de betrokken bepaling, indien er de door het Deense Skatteministerium (ministerie van Belastingen) voorgestane uitlegging aan wordt gegeven, in strijd is met het Unierecht.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Verzoek krachtens artikel 267 VWEU om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 43 EG juncto artikel 48 EG (thans artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU) betreffende het recht van vrije vestiging.

Prejudiciële vragen

- 1) Welke factoren moeten in de beschouwing worden betrokken bij de beoordeling of voor ingezetene vennootschappen in een situatie als de onderhavige voor de verrekening van verliezen een voor filialen van niet-ingezetene vennootschappen geldende „overeenkomstige voorwaarde” in de zin van punt 20 van het arrest Philips geldt?
- 2) Indien ervan wordt uitgegaan dat de Deense belastingregels geen verschil in behandeling inhouden als aan de orde in de zaak Philips, vormt een verbod op verrekening als hier beschreven – in een geval waarin de verliezen van de vaste inrichting van de niet-ingezetene 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?

Ingeroepen bepalingen van Unierecht

Artikel 49 VWEU en artikel 54 VWEU.

Arrest van het Hof van 6 september 2012, Philips Electronics UK, C-18/11, EU:C:2012:532 (hierna: „arrest Philips”), inzonderheid punten 13-20.

[Click here to enter text.](#)

Ingeroepen nationale voorschriften

- 1 Uit § 31 van de wet op de vennootschapsbelasting (codificatiebesluit nr. 1164 van 6.9.2016) volgt dat Deense vennootschappen die in een concern zijn verbonden, aan de verplichte nationale concernbelasting zijn onderworpen. De regels zijn zodanig opgesteld dat een gezamenlijk belastbaar inkomen wordt berekend dat bestaat uit de som van het belastbaar inkomen van elke afzonderlijke onderneming die onder de concernbelasting valt.
- 2 § 31, lid 1, punt 1, van de wet op de vennootschapsbelasting bepaalt:

„In concerns en verenigingen en dergelijke verbonden vennootschappen die die vallen onder § 1, lid 1, punten 1-2b, 2d-2j, 3a-5 en 5b, onder § 2, lid 1,

onder a en b, of onder § 21, lid 4, kulbrinteskattelov (koolwaterstofbelastingwet), worden als concern belast (nationale concernbelasting).”

3 De regeling bepaalt ook dat verliezen van een concernvennootschap door een andere concernvennootschap kunnen worden aangewend als aftrekpost. Een Deens concern kan hetzelfde bedrag echter niet meer dan een keer verrekenen.

4 § 31, lid 2, punt 1, van de wet op de vennootschapsbelasting bepaalt het volgende:

„Voor vennootschappen die als concern worden belast wordt een gezamenlijk belastbaar inkomen vastgesteld, dat bestaat uit de som van het belastbaar inkomen van elke afzonderlijke onderneming die onder de concernbelasting valt, berekend volgens de algemene regels van de belastingwetgeving met de uitzonderingen die voor als concern belaste vennootschappen gelden.”

5 De regels betreffende de verplichte nationale concernbelasting geven uitvoering aan het beginsel van territoriale belasting in Denemarken. Vennootschappen kunnen echter blijven opteren voor internationale concernbelasting (globalpoolbeginsel).

6 De Deense regels betreffende de verplichte nationale concernbelasting gelden mede voor Deense filialen van buitenlandse vennootschappen.

7 Er gelden echter lex specialis-voorwaarden voor de verrekening van verliezen van een filiaal van een buitenlandse vennootschap met de inkomsten van een andere vennootschap van het concern. § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting bevat de volgende bepaling:

„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 gevestigd is bepalen dat verliezen niet kunnen worden verrekend bij de berekening van de inkomsten van de vennootschap in de vreemde staat [...] waar de vennootschap gevestigd is, of indien is geselecteerd voor internationale concernbelasting [...]”

8 De toelichting bij de wet op de vennootschapsbelasting bevat de volgende bijzondere opmerkingen over de achtergrond van de bepaling:

„Er kan echter geen verlies van een vaste inrichting in dit land van een buitenlandse vennootschap worden overgedragen, tenzij de regels in het thuisland van de vennootschap ertoe leiden dat de uitgaven in de vaste inrichting in Denemarken niet worden verrekend bij de berekening van de inkomsten van de vennootschap in haar thuisland. De bepaling moet verhinderen dat het concern overgaat tot dubbele aftrek (double dip) voor

uitgaven in de vaste inrichting, zowel in de concernvennootschap in Denemarken als bij de inkomsten van de vennootschap in het thuisland.”

- 9 De toelichting bij § 31 geeft onder meer de volgende beschrijving van het geldende recht:

„Wanneer de mogelijkheid wordt geboden voor grensoverschrijdende aftrek van verliezen, moet worden gewaarborgd dat dezelfde verliezen niet zowel van de winst in Denemarken als van de winst in het buitenland (die in Denemarken niet in de belasting wordt betrokken) wordt afgetrokken. Er is dan ook een beschermende regel opgenomen in § 5 G Ligningsloven (wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag), die bepaalt dat bij de Deense berekening van de inkomsten geen aftrek kan worden geclaimd voor uitgaven die volgens de buitenlandse regels kunnen worden afgetrokken, hetzij bij de voor de belastingplichtige zelf berekende inkomsten, hetzij bij de inkomsten van vennootschappen in hetzelfde concern als de belastingplichtige, indien – in beide gevallen – die inkomsten niet bij de Deense belastingberekening in aanmerking worden genomen. Een typisch voorbeeld van de toepassing van § 5 is het geval waarin slechts enkele van de buitenlandse dochterondernemingen van een concern in Denemarken onder de concernbelasting vallen terwijl meerdere van de buitenlandse vennootschappen in hetzelfde land zijn onderworpen aan een buitenlandse lokale concernbelasting.

[...]”

- 10 In de bijzondere opmerkingen bij § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting staat onder meer het volgende:

„Voorgesteld wordt, de huidige beschermingsregel van § 31, lid 5, van de wet op de vennootschapsbelasting in de nieuwe regelgeving te handhaven. De regel moet verhinderen dat een buitenlandse vennootschap verliezen van een Deens filiaal zowel in Denemarken als in het thuisland van de buitenlandse vennootschap kan aftrekken. Volgens de betrokken bepaling kunnen verliezen van een filiaal enkel worden verrekend met inkomsten van andere vennootschappen indien de regels in het thuisland van de vennootschap verhinderen dat de verliezen bij de berekening van de inkomsten van de vennootschap kunnen worden afgetrokken.”

- 11 De verliezen kunnen wel naar volgende jaren worden overgedragen om te worden verrekend met de eigen inkomsten van het filiaal, ook al kunnen zij overeenkomstig § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting niet naar andere vennootschappen in de Deense concernbelasting worden overgedragen.

- 12 Het Deense recht bevat echter een algemene bepaling in § 5 G, lid 1, van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag (codificatiebesluit nr. 1162 van

1 september 2016), op grond waarvan in bepaalde situaties de aftrek van uitgaven, verliezen daaronder begrepen, van Deense vennootschappen is uitgesloten. De bepaling luidt als volgt:

„De belastingplichtige die valt onder § 1 kildeskatteloven (wet op de bronbelasting), § 1 wet op de vennootschapsbelasting of § 1 fondsbeskatningsloven (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 het voor concernvennootschappen en dergelijke berekende inkomen [§ 3B skattekontrollov (wet belastingtoezicht)], wanneer de inkomsten niet in de berekening van de Deense belasting worden opgenomen.”

13 In de toelichting bij die bepaling staat het volgende:

„In sommige gevallen zal het mogelijk zijn, dezelfde uitgave zowel in Denemarken als in het buitenland af te trekken, terwijl de overeenkomstige inkomsten slechts in één land worden belast. Om dit tegen te gaan wordt voorgesteld dat geen aftrek van de Deense belastbare inkomsten mogelijk is waar de overeenkomstige inkomsten niet bij de Deense belastingberekening worden meegerekend. Dit dient ook te gelden wanneer uitgaven kunnen worden overgedragen voor aftrek bij een concernvennootschap. Aldus wordt gewaarborgd dat de gecombineerde gebruikmaking van regels inzake concernbelasting in Denemarken en in het buitenland niet leidt tot dubbele aftrek terwijl de inkomsten die tegenover de twee keer afgetrokken uitgaven staan alleen in het buitenland worden belast.

[...]

Voorgesteld wordt dan ook dat een algemene bepaling wordt ingevoerd op grond waarvan geen aftrek voor de vaststelling van de Deense inkomsten is toegestaan voor uitgaven die volgens buitenlandse regels aftrekbaar zijn van de inkomsten van de belastingplichtige of van vennootschappen die met de belastingplichtige in een concern verbonden zijn, indien die inkomsten niet in aanmerking worden genomen bij de Deense berekening van de belasting.

De voorgestelde bepaling geldt volgens haar bewoordingen voor onbeperkt belastingplichtige natuurlijke personen en rechtspersonen en voor fondsen die belastingplichtig zijn op grond van § 1 van de wet op de fondsbelasting. Daarmee vindt zij ook toepassing op vennootschappen die vallen onder § 31 en § 32 van de wet op de vennootschapsbelasting.

Volgens punt 1 kan geen aftrek plaatsvinden voor uitgaven die op grond van buitenlandse belastingregels aftrekbaar zijn voor de inkomsten van de

belastingplichtige indien de inkomsten niet in aanmerking worden genomen bij de Deense berekening van de belasting.

[...]

Volgens punt 2 van de voorgestelde bepaling geldt een dienovereenkomstige beperking voor de aftrek wanneer uitgaven volgens buitenlandse regels kunnen worden overgedragen voor aftrek van inkomsten van concernvennootschappen. Dat betekent onder meer dat uitgaven die volgens buitenlandse concernbelastingregels worden overgedragen voor aftrek in andere buitenlandse vennootschappen, die niet onder de Deense concernbelasting vallen, niet aftrekbaar zijn voor de Deense inkomstenberekening.

- 14 § 5 G van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag geldt niet voor Deense filialen (vaste inrichtingen) van buitenlandse vennootschappen.
- 15 § 5 G van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag is onder meer uitgelegd door de Østre Landsret (de verwijzende rechterlijke instantie) in een uitspraak van 2010. De redenering en de beslissing van het Landsret bevatten de volgende passages:

„[...] het bepaalde in § 5 G, lid 1, van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag vormt een beperking van de vrijheid van vestiging als bedoeld in artikel 43 [EG], juncto artikel 48 [EG] (thans artikel 49 [VWEU], juncto artikel 54 [VWEU]), voor zover die bepaling een verschil in behandeling voor de belastingheffing inhoudt voor de verliezen van een Deense dochteronderneming en de verliezen van een buitenlandse dochteronderneming (arresten van het Hof van Justitie in de zaken C-446/03, punten 32-34, C-231/05, punten 42 en 43, en C-414/06, punten 23-26.

[...]

Uit de bewoordingen van § 5 G, lid 1, van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag volgt uitdrukkelijk dat beperking van de aftrek kan plaatsvinden wanneer de aftrek voor uitgaven volgens buitenlandse belastingregels ofwel kan plaatsvinden bij de vaststelling van het belastbare inkomen ofwel kan worden overgedragen voor aftrek van de inkomsten van concernvennootschappen. Wanneer een Deense vennootschap die aftrek claimt voor verliezen in een buitenlandse dochtervennootschap waarmee zij gezamenlijk wordt belast daarentegen kan aantonen dat er geen mogelijkheid bestaat de verliezen in aftrek te brengen voor de belastingheffing in het buitenland, is de aftrek echter niet beperkt volgens § 5 G, lid 1, van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag [...].

Gelet op de omstandigheid dat § 5 G, lid 1, van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag aftrek van verliezen dus enkel uitsluit in gevallen waarin er een potentieel risico bestaat voor dubbele aftrek, en daarentegen niet in gevallen waarin kan worden aangetoond dat de verliezen definitief zijn, kan de bepaling volgens de Landsret niet worden geacht in te druisen tegen de regels van Unierecht inzake de vrijheid van vestiging zoals door het Hof uitgelegd in de zaken C-446/03 en C-414/06.”

Korte uiteenzetting van de feitelijke omstandigheden en de procedure in het hoofdgeding

- 16 De Deense belastingdienst („SKAT”) heeft in de onderhavige zaak op 8 november 2010 een besluit vastgesteld. Daarbij is het verzoek van NN A/S om verrekening met het belastbare concerninkomen in Denemarken afgewezen op grond dat de verliezen volgens de Zweedse regels ook konden worden afgetrokken voor de Zweedse concernbelasting.
- 17 Onder die omstandigheden belet § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting volgens SKAT en het ministerie van Belastingen, dat verliezen in aanmerking kunnen worden genomen voor de Deense inkomsten voor de concernbelasting.
- 18 De NN-groep biedt diverse diensten aan. In het inkomstenjaar 2008 was NN A/S voor de concernbelasting van de werkzaamheden van de groep in Denemarken de hoogste concern- en beheersmaatschappij. De concernbelasting omvatte destijds Filiaal A, een vaste inrichting (filiaal) van de concernvennootschap Sverige 1 AB, die is gevestigd in Zweden.
- 19 In 2006 zijn de twee Deense vaste inrichtingen, Filiaal B, die eigendom was van Sverige 2 AB, en Filiaal C, die eigendom was van Sverige 1 AB, samengevoegd, zodat Sverige 1 AB Filiaal B overnam in ruime mate aandelen. Het verwervende filiaal werd „Filiaal A” genoemd.
- 20 De samenvoeging werd naar eigen keuze van de groep behandeld als een belastingvrije herstructurering van een onderneming in Zweden, die beantwoordde aan een successie.
- 21 In Denemarken werd de samenvoeging behandeld als een belastbare overdracht tegen marktwaarde.
- 22 Bij de samenvoeging werd de van Filiaal B overgenomen goodwill meegerekend in het belastbare inkomen van Filiaal B in Denemarken. De overgenomen goodwill bestond gedeeltelijk uit goodwill die was verworven met de aankoop van vennootschap X, gedeeltelijk uit zelf opgebouwde goodwill van het filiaal. De zelf opgebouwde goodwill kon in Zweden niet worden afgeschreven.

- 23 De groep verzocht om onmiddellijke afschrijving van de goodwill die in Zweden op grond van de Zweedse belastingregels niet voor afschrijving in aanmerking was gekomen.
- 24 In Denemarken erkende SKAT dat het verwervende filiaal, Filiaal A, de door Filiaal B opgebouwde goodwill kon afschrijven. Daarop kreeg het filiaal een belastingvermindering van 93 226 000 DKK toegekend voor het inkomstenjaar 2008 (het „verlies” in de zaak).
- 25 Volgens de Zweedse regels daarentegen kon de opgebouwde goodwill niet worden afgeschreven gelet op het feit dat voor de belastingheffing sprake was van een successie. In concreto werden in Zweden dan ook geen verliezen berekend en vond in Zweden geen aftrek plaats.
- 26 NN A/S verzocht dat de verliezen van het filiaal in Denemarken zouden worden verrekend in de totale Deense belastbare inkomsten van het concern voor het inkomstenjaar 2008, waardoor deze van 40 629 000 DKK op nihil zouden worden gebracht.
- 27 SKAT heeft bij besluit van 8 november 2010 op grond van § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting geweigerd de verliezen van het filiaal te verrekenen met de belastbare inkomsten van het concern.
- 28 Voor het besluit werd als reden aangevoerd dat het bepaalde in § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting meebracht dat voor verrekening van verliezen door een filiaal met inkomsten van andere bij de concernbelasting betrokken vennootschappen de voorwaarde geldt dat volgens de regels van de vreemde staat waar de vennootschap die het filiaal heeft gevestigd is (in het onderhavige geval Zweden), de verliezen niet kunnen worden verrekend bij de berekening van de inkomsten van de vennootschap in de vreemde staat.
- 29 Aan die voorwaarde was volgens SKAT niet voldaan, daar de regels van de Zweedse wetgeving niet beletten dat verliezen in aanmerking worden genomen die afkomstig zijn van een filiaal hier te lande van een in Zweden gevestigde vennootschap.
- 30 Zweden belast dus volgens het wereldinkomenbeginsel, wat in deze zaak niet wordt bestreden.
- 31 Dat feitelijk volgens de Zweedse regels geen aftrek heeft plaatsgevonden, was zoals gezegd toe te schrijven aan het feit dat de groep de Zweedse fusieregels op de twee filialen in Denemarken heeft toegepast, deze dus heeft behandeld als een successie voor de belastingheffing.
- 32 Het besluit van SKAT is aangevochten bij de Landsskatteret (hoogste bestuurlijke instantie voor fiscale aangelegenheden). Bij meerderheidsbesluit van 8 februari 2010 heeft die instantie het besluit van SKAT bevestigd.

- 33 Bij verzoekschrift van 2 mei 2012 heeft NN A/S zich gewend tot Københavns Byret (kantonrechter te Kopenhagen). Die instantie heeft de zaak verwezen naar de Østre Landsret, waar de zaak nu aanhangig is.
- 34 Om redenen van proceseconomie is besloten dat thans eerst de noodzakelijke prejudiciële vragen zullen worden gesteld aan het Hof van Justitie, onder meer om te vernemen of het in strijd is met het recht van vrije vestiging in de zin van artikel 43 EG juncto artikel 48 EG (thans artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU) wanneer verliezen van Filiaal A, een Deens filiaal van de Zweedse vennootschap Sverige 1 AB, niet kunnen worden afgetrokken van de Deense inkomsten voor de concernbelasting, waarvoor verzoekster (NN A/S) de hoogste concern- en beheersmaatschappij is.
- 35 Ter informatie zij vermeld dat het Deense ministerie van Buitenlandse zaken op 19 juni 2015 het formele schrijven van de Commissie (SG-Greffe(2015)D/6884) betreffende de mogelijke onverenigbaarheid van § 31, lid 2, van de wet op de vennootschapsbelasting en § 5 G van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag met artikel 49 VWEU heeft ontvangen..

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 36 NN A/S betoogt primair dat de toepassing van § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting in de bij de Østre Landsret aanhangige zaak een beperking van de vrijheid van vestiging vormt.
- 37 Het arrest Philips is een relevant precedent, maar biedt geen steun aan de uitlegging en de vordering van het ministerie van Belastingen.
- 38 In de zaak Philips was de vraag aan de orde of sprake was van een beperking van de vrijheid van vestiging in het Verenigd Koninkrijk voor een niet-ingezetene (in Nederland gevestigde) vennootschap, wanneer voor overdracht via groepsaftrek van verliezen die waren geleden door een vaste inrichting van een niet-ingezetene (in Nederland gevestigde) vennootschap aan een ingezetene (in het Verenigd Koninkrijk gevestigde) vennootschap, op grond van het nationale recht (van het Verenigd Koninkrijk) de voorwaarde gold dat het niet mogelijk was deze verliezen met een buitenlandse (Nederlandse) belasting te verrekenen, terwijl voor de overdracht van verliezen die een ingezetene (in het Verenigd Koninkrijk gevestigde) vennootschap in die lidstaat (het Verenigd Koninkrijk) had geleden, een overeenkomstige voorwaarde niet gold (zie punt 11).
- 39 In beginsel kan het goed voorkomen, dat verliezen tegelijkertijd voor de Deense en voor de buitenlandse belasting kunnen worden afgetrokken, en daarvan wordt ook uitgegaan in de toelichting bij § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting.

- 40 In de onderhavige zaak wordt echter niet bestreden dat de door SKAT toegestane afschrijving van goodwill, die verzoekster verrekend wil zien met het belastbare groepsinkomen, niet in aanmerking kwam en niet in aanmerking kan komen voor aftrek in Zweden.
- 41 De Zweedse regels brengen mee dat helemaal geen verliezen kunnen worden opgevoerd, zodat zij naar hun aard noch nu noch later kunnen worden meegerekend (in aftrek kunnen worden gebracht) voor de vaststelling van de inkomsten in Zweden. De verliezen zijn dus definitief.
- 42 De onderhavige zaak stelt dus in hoofdzaak evenmin de vraag aan de orde in hoeverre Denemarken aftrek voor verliezen kan weigeren, daar de verliezen in aanmerking kunnen worden genomen (afgetrokken) bij de berekening van een buitenlandse belasting, en het heeft geen zin om te zeggen dat voor de overdracht van verliezen die zijn geleden door een ingezetene (Deense) vennootschap in Denemarken enige overeenkomstige voorwaarde geldt.
- 43 Evenmin biedt het arrest Philips steun aan het standpunt van het ministerie van Belastingen dat § 5 G van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag een algemeen verbod op „double dip” bevat en dat dus geen sprake is van een verschil in behandeling.
- 44 NN A/S bestrijdt voorts dat de voorwaarde in § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting en § 5 G van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag een „overeenkomstige voorwaarde” in de zin van het arrest Philips is, waar geen aftrek van de inkomsten in Zweden plaatsvindt (zie punt 15).
- 45 In dit verband is relevant dat § 5 G van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag helemaal niet geldt voor vaste inrichtingen in Denemarken.
- 46 Bovendien en vooral is de afbakening van de bepaling ook verschillend. De omstandigheid dat in feite geen verliezen worden opgevoerd volgens de Zweedse regels betekent namelijk op zich volgens de uitlegging door het ministerie van Belastingen van § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting, dat NN A/S geen verliezen van Filiaal A kan verrekenen.
- 47 Volgens § 5 G van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag kan daarentegen geen aftrek plaatsvinden voor uitgaven die volgens buitenlandse belastingregels aftrekbaar zijn van inkomsten die niet in aanmerking worden genomen bij de berekening van de Deense belasting. De bepaling moet derhalve verhinderen dat dezelfde uitgaven twee keer (in Denemarken en in het buitenland) worden afgetrokken terwijl de overeenkomstige inkomsten alleen in het buitenland belastbaar zijn (zie de toelichting bij de bepaling).
- 48 Doordat de onderhavige zaak en de toepassing van § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting geen betrekking hebben op dubbele aftrek, maar op

dubbele niet-af trek, is derhalve geen sprake van een „overeenkomstige voorwaarde” in de zin van het arrest Philips.

- 49 Tot slot betoogt NN A/S dat ook al mocht wel sprake zijn van „overeenkomstige voorwaarden” in de zin van het arrest Philips, § 5 G van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag *op zich* een met de vrijheid van vestiging strijdig verschil in behandeling voor de belastingheffing inhoudt.
- 50 Het is fundamenteel in strijd met het Unierecht dat in Deense vennootschappen ontstane verliezen niet aftrekbaar zijn voor het Deense belastbare inkomen wanneer de winst van de vennootschap onder de belastingbevoegdheid van het land van ontvangst (Denemarken) valt.
- 51 Zoals de Commissie ook opmerkt in haar aanmaningsbrief, kan ingevolge § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting en § 5 van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag alleen voor grensoverschrijdende groepen/activiteiten geen aftrek plaatsvinden, maar wel voor zuiver binnenlandse groepen/activiteiten. Daardoor kan de bepaling vennootschappen in andere lidstaten ontmoedigen, zich in Denemarken te vestigen, terwijl zij Deense vennootschappen kan doen besluiten, geen grensoverschrijdende activiteiten te hebben.
- 52 Tevens is NN A/S van oordeel – zoals ook de Commissie opmerkt in haar aanmaningsbrief – dat Denemarken, dat als eerste gerechtigd is, de winst van vaste inrichtingen of dochterondernemingen die in Denemarken gevestigd zijn te belasten, geen regels kan handhaven dit tot doel hebben, dubbele aftrek te verhinderen. Dergelijke regels kunnen alleen worden gehandhaafd door de andere staat (of de staten) waar het concern ook gevestigd is en die niet als eerste gerechtigd zijn, in Denemarken ontstane winst te belasten.

Dwingende redenen van algemeen belang

- 53 NN A/S bestrijdt dat verhindering van dubbele aftrek een dwingende reden van algemeen belang is, voor zover § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting wordt geacht een beperking te vormen. Gelet op het arrest Philips moet er juist van worden uitgegaan dat een dergelijke reden niet kan worden ingeroepen als een dwingende reden van algemeen belang in de concrete omstandigheden, waarin Denemarken het ontvangende land is, aangezien een beweerd risico dat verliezen zullen worden verrekend in Denemarken maar ook in Zweden, irrelevant is voor de heffingsbevoegdheid van Denemarken (arrest Philips, punten 28 en 30).
- 54 In verband met de prejudiciële verwijzing heeft het ministerie van Belastingen voorts verwezen naar een ontwerp van het Comité inzake fiscale aangelegenheden van de OESO van maart 2014 en het hoofdstuk over „Hybrid Mismatch Arrangement” (blz. 44 e.v.). Behalve dat dat ontwerp geen waarde heeft als precedent voor de onderhavige zaak en de daarin aan de orde zijnde

principekwesities, is het ook rechtstreeks misleidend om te spreken van „Hybrid Mismatch Arrangement[s]”. „Hybrid Mismatch Arrangements” betreffen „exploiting differences in the treatment of an entity or arrangement across two jurisdictions to produce DD [double deduction] or D/NI [deduction/no inclusion] outcomes from payments made by that entity”. De onderhavige zaak heeft zeer duidelijk noch betrekking op „Hybrid Mismatch Arrangement” noch op misbruik op een andere manier.

- 55 Filiaal B heeft juist de overdracht van goodwill verrekend met zijn Deense belastbare inkomsten. Afgezien van het feit dat in Zweden geen verliezen zijn geboekt, is verrekening voor de Deense inkomsten voor de concernbelasting geweigerd. Hier doet zich dus het geval voor dat het concern zich gesteld ziet voor dubbele niet-aftrek enkel op grond dat het grensoverschrijdende activiteiten heeft.
- 56 In verband met de prejudiciële verwijzing heeft het ministerie van Belastingen er voorts op gewezen dat „een evenwichtige verdeling van (dat wil zeggen een symmetrie in) de heffingsbevoegdheid over de lidstaten” moet worden verzekerd.
- 57 NN A/S merkt op dat het Hof van Justitie dit argument heeft verworpen in het arrest Philips (punten 25-27).

Evenredigheidsbeginsel

- 58 Zelfs indien een beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd is, mag zij niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is.
- 59 Indien verhindering van dubbele aftrek een dwingende reden van algemeen belang kan vormen in Denemarken (land van ontvangst), druisen de regeling en de toepassing van § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting in tegen het evenredigheidsbeginsel gelet op het feit dat helemaal geen verliezen zijn opgevoerd in Zweden (thuisland), zodat die uiteraard noch nu noch later kunnen worden meegerekend voor de vaststelling van de inkomsten in Zweden.
- 60 Evenzo is het in strijd met het evenredigheidsbeginsel dat de Deense belastingdienst niet hoeft aan te tonen dat dubbele aftrek heeft plaatsgevonden of aftrek is toegestaan, aangezien in concreto niet wordt bestreden dat geen aftrek van inkomsten in een andere lidstaat van de Unie heeft plaatsgevonden.
- 61 Het ministerie van Belastingen voert aan dat de in § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting neergelegde beperking van de overdracht van verliezen van vaste inrichtingen in Denemarken van buitenlandse vennootschappen de vrijheid van vestiging van artikel 49 VWEU niet beperkt.
- 62 Het Unierecht verplicht de lidstaten niet, regels vast te stellen die de overdracht van verliezen voor de belastingheffing binnen concerns mogelijk maken. Wel hebben de lidstaten gebruik gemaakt van de mogelijkheid om dienaangaande

regels in te voeren, mede met betrekking tot de beperking van de mogelijkheid daartoe. De beperkingen moeten uiteraard in overeenstemming zijn met de fundamentele vrijheden van het Unierecht.

- 63 In Denemarken is het recht op overdracht van verliezen binnen concerns voor fiscale doeleinden heel algemeen uitgesloten wanneer verliezen meer dan een keer aftrekbaar zijn. In dit verband maakt het geen verschil of de verliezen zijn ontstaan in een Deens filiaal van een buitenlandse vennootschap of in een Deense dochteronderneming van een buitenlandse vennootschap. Hetzelfde geldt overigens in een zuiver binnenlandse situatie.
- 64 Het ministerie van Belastingen merkt in dit verband op dat de voorwaarden voor overdracht van verliezen die zijn ontstaan in een Deense dochteronderneming van een buitenlandse vennootschap overeenstemmen met de voorwaarden die gelden voor overdracht van verliezen die zijn ontstaan in een vaste inrichting in Denemarken van een buitenlandse vennootschap.
- 65 Anders dan wat gold onder de regels die aan de orde waren in het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Philips, verschilt de fiscale behandeling van verliezen die zijn ontstaan in een Deense dochteronderneming van een buitenlandse vennootschap dus niet van de fiscale behandeling van verliezen van een vaste inrichting in Denemarken van een buitenlandse vennootschap (§ 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting).
- 66 De Deense regels leiden dus niet tot een verschil in behandeling van buitenlandse vennootschappen die zich in Denemarken hebben gevestigd met een vaste inrichting of een dochteronderneming voor wat betreft het recht op overdracht van verliezen, en bevatten dus geen beperking in de zin van artikel 49 VWEU.
- 67 In de tweede plaats merkt het ministerie van Belastingen op dat ook indien § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting wordt geacht het recht van vrije vestiging te beperken, een beperking van het recht op aftrek voor verliezen van een vaste inrichting haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang, te weten een evenwichtige verdeling van (symmetrie in) de heffingsbevoegdheid over de lidstaten.
- 68 Het Hof van Justitie heeft in een reeks uitspraken erkend dat de lidstaten regels mogen vaststellen die een symmetrie waarborgen tussen de bevoegdheid, winst te belasten, en de mogelijkheid, verliezen in aftrek te brengen.
- 69 Volgens het ministerie van Belastingen is het vermijden van dubbele aftrek overeenkomstig § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting eveneens een dwingende reden van algemeen belang die Denemarken voor ogen mag hebben om tegen te gaan dat internationale concerns onbedoelde belastingvoordelen behalen. Hieraan doet niet af de omstandigheid dat Denemarken als eerste gerechtigd is, in Denemarken gelegen vaste inrichtingen te belasten. Bij de huidige stand van de ontwikkeling van het Unierecht – er zijn

geen coördinerende maatregelen op het gebied van onbedoelde belastingvoordelen door gebruikmaking van zogenoemde mismatch-modellen – moet zowel de lidstaat op het grondgebied waarvan een activiteit wordt verricht (in het onderhavige geval Denemarken) als de andere lidstaat of lidstaten (in het onderhavige geval Zweden) waar het concern ook gevestigd is, dergelijke beschermende regels kunnen invoeren of handhaven.

- 70 In dit verband wordt er ook op gewezen dat de OESO in een reeks verslagen een analyse heeft gemaakt van de agressieve belastingplanning van internationale concerns om dubbele aftrek voor uitgaven en andere onbedoelde belastingvoordelen te behalen, onder meer door gebruik te maken van hybride eenheden of financieringsinstrumenten. De OESO heeft in een reeks aanbevelingen uiteengezet hoe de nationale belastingstelsels kunnen worden ingericht om op te treden tegen het gebruik van mismatch-modellen of hybride eenheden of financieringsinstrumenten, onder meer in het verslag BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws) (Public Discussion Draft), OECD, Committee on Fiscal Affairs, maart 2014. In het bijzonder wordt gewezen op hoofdstuk V van het verslag (blz. 44 e.v.), waarin wordt beschreven hoe grensoverschrijdende concerns diverse mismatch-modellen kunnen toepassen om dezelfde uitgaven in aftrek te brengen van verschillende inkomsten in de belastingjurisdicties waarin de groep gevestigd is (dubbele aftrek), en hoe dubbele aftrek kan worden verkregen wanneer de staat van vestiging – zoals Denemarken – regels heeft op grond waarvan vaste inrichtingen verliezen kunnen overdragen naar andere vennootschappen of eenheden die eveneens ingezetene zijn van de staat van vestiging.
- 71 Denemarken heeft dan ook vrijwaringsregels opgesteld om het behalen van dergelijke onbedoelde belastingvoordelen tegen te gaan, en § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting is een dergelijke regel. De vrijwaringsregel van § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting is voorts evenredig, want zij is passend gelet op bovenvermelde dwingende reden van algemeen belang en noodzakelijk ter bereiking van het gestelde doel.

Korte weergave van de redenen voor prejudiciële verwijzing

- 72 Volgens de Landsret biedt het arrest Philips geen steun voor de opvatting dat enkel hoeft te worden beoordeeld of de belastingregels leiden tot een verschil in behandeling tussen vaste inrichtingen in Denemarken van niet-ingezeten vennootschappen en (fictieve) dochterondernemingen in Denemarken van dergelijke vennootschappen, zoals het ministerie van Belastingen betoogt.
- 73 Zo volgt uit de punten 18 en 19 van het arrest van het Hof en de punten 26 tot en met 37 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott dat het Hof een standpunt heeft ingenomen in een zaak waarin sprake was van een verschil in behandeling

tussen binnenlandse vennootschappen en buitenlandse vennootschappen met een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk.

- 74 Tegen die achtergrond is de Landsret van oordeel dat moet worden verduidelijkt of voor binnenlandse vennootschappen die onder de regel van § 5 G van de wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag vallen voor wat betreft de verrekening van verliezen een „overeenkomstige voorwaarde” in de zin van punt 20 van het arrest Philips geldt gelet op de voorwaarde die geldt voor filialen van niet-ingezeten vennootschappen krachtens § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting.
- 75 Zelfs indien ervan moet worden uitgegaan dat de Deense belastingregels geen verschil in behandeling meebrengen als bedoeld in het arrest Philips, heeft het Hof van Justitie nog geen standpunt ingenomen over de vraag of, onder meer gelet op zijn uitspraak in zaak C-400/08, Commissie/Spanje, een verrekeningsverbod als neergelegd in § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting – in een geval waarin de winst van de vaste inrichting van de niet-ingezeten vennootschap ook onder de heffingsbevoegdheid van het ontvangende land valt – een beperking van het recht van vrije vestiging in de zin van artikel 49 VWEU kan vormen die haar rechtvaardiging moet vinden in een dwingende reden van algemeen belang. Naar het oordeel van de Landsret moet deze vraag worden beantwoord.
- 76 Gelet op de punten 28 tot en met 33 van het arrest Philips, waarin het Hof onder meer heeft overwogen (punt 32) dat in een situatie waarin het ontvangende land heffingsbevoegdheid heeft, „de lidstaat waarin de vaste inrichting is gelegen het voorkomen van dubbele verliesverrekening als zodanig niet [kan] aangrijpen om de verrekening van verliezen uit te sluiten op grond dat deze eveneens kunnen worden verrekend in de lidstaat waarin zich de zetel van de niet-ingezeten vennootschap bevindt”, is de Landsret van oordeel, mede gelet op de punten 51 tot en met 57 en 62 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott, dat daarmee voorts de vraag rijst of het verbod op dubbele aftrek van verliezen neergelegd in § 31, lid 2, punt 2, van de wet op de vennootschapsbelasting als zodanig een eventuele beperking van de vrijheid van vestiging kan rechtvaardigen.
- 77 Tot slot is de Landsret van oordeel dat de vraag betreffende de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in het Unierecht aan de orde moet worden gesteld.