



Datum van inontvangstneming : 07/03/2013

**Zaak C-48/13**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

28 januari 2013

**Verwijzende rechter:**

Østre Landsret (Denemarken)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

22 januari 2013

**Verzoekende partij:**

Nordea Bank Danmark A/S

**Verwerende partij:**

Skatteministeriet

---

**UITTREKSEL**

**UIT**

**HET REGISTER VAN HET ØSTRE LANDSRET**

**BESLISSING**

van 22 januari 2013 van het Østre Landsret (tweede kamer)

(omissis)

Nordea Bank Danmark A/S

(omissis)

tegen

Skatteministeriet (Deens ministerie van Belastingen)

(omissis)

## **Inleiding**

Na bespreking met partijen heeft het Østre Landsret beslist om het Hof van Justitie van de Europese Unie overeenkomstig artikel 267 VWEU te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van

- artikel 49 VWEU (voorheen artikel 43 EG) en artikel 31 van de EER-overeenkomst betreffende de vrijheid van vestiging.

## **Feiten**

De bij het Østre Landsret aanhangige zaak betreft de vraag of het in strijd is met het recht op vrijheid van vestiging dat is neergelegd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (voorheen EG-Verdrag) en in de EER-overeenkomst dat Nordea Bank Danmark A/S, verzoekster, het verlies dat zij heeft geleden bij de exploitatie van haar vaste inrichtingen in Zweden, Finland en Noorwegen in de belastingjaren 1996-2000 niet in aftrek kan brengen. [Or. 2]

Verzoekster is een volle dochteronderneming van Nordea AB, Zweden.

De Nordeagroep is in 2000 opgericht via een fusie van de vier noordse financiële instellingen Nordbanken (Zweden), Merita Bank (Finland), Christiania Bank og Kreditkasse (Noorwegen) en verzoekster (toen bekend als Unibank) (Denemarken).

Tot die fusie was verzoekster in Zweden, Finland en Noorwegen werkzaam via bijkantoren (vaste inrichtingen). Het bijkantoor in Zweden was opgericht in 1996, en de bijkantoren in Finland en Noorwegen in 1997. Die bijkantoren waren hoofdzakelijk werkzaam voor dochterondernemingen van vennootschappen die in Denemarken waren gevestigd en klant van het Deense hoofdkantoor waren.

Als gevolg van de fusie is de beslissing genomen om de werkzaamheden van de bijkantoren te staken. Dit is in 2000 gebeurd.

De vaste inrichtingen draaiden al die jaren met verlies. Het totale gecumuleerde verlies bedroeg 66 261 560 DKK voor de vaste inrichting in Zweden, 64 406 853 DKK voor de vaste inrichting in Finland en 73 733 911 voor de vaste inrichting in Noorwegen.

Naar aanleiding van de staking van de werkzaamheden van de bijkantoren werden alle klanten ervan in kennis gesteld dat hun rekeningen vanaf 30 juni 2000 zouden worden gesloten maar dat zij konden blijven als klant van Nordbanken, Merita Bank of Christiania Bank og Kreditkasse (hierna: Nordea Bank Sverige, Nordea Bank Finland en Nordea Bank Norge). Die banken zouden dus rekeningen behouden onder voorwaarden die in wezen identiek waren aan die van verzoekster en vanaf dezelfde datum operationeel waren. De klanten moesten meedelen of zij

wilden verder gaan als klant van de betrokken banken. Sommige klanten aanvaardden het aanbod, anderen verplaatsten hun activiteiten naar het hoofdkantoor in Denemarken, en nog anderen verlieten de Nordeagroep helemaal.

Ongeveer de helft van de werknemers van de bijkantoren is in dienst genomen in Nordea Bank Sverige, Nordea Bank Finland en Nordea Bank Norge of in andere plaatselijke vennootschappen van de Nordeagroep, en de bedrijfsruimten van de bijkantoren zijn gesloten. [Or. 3]

Verzoekster heeft de staking van de werkzaamheden van de bijkantoren niet beschouwd als een overdracht van deze kantoren, zodat verzoekster en Nordbanken/Merita Bank/Christiania Bank og Kreditkasse geen overdrachtsovereenkomsten hebben opgesteld. Evenmin heeft er een vorm van betaling tussen de partijen plaatsgevonden.

De staking van de werkzaamheden van de bijkantoren is gemeld aan de plaatselijke financiële toezichthouders, die noteerden dat de werkzaamheden in de betrokken landen waren gestaakt en geen verdere maatregelen namen.

Uit belastingoogpunt hebben de Zweedse, de Finse, de Noorse en de Deense belastingautoriteiten niet gesteld dat er goodwill is overgedragen.

-0-

Volgens de toen geldende Deense wetgeving kon verzoekster de in de vaste inrichtingen geconstateerde verliezen doorlopend in aftrek brengen op haar belastbaar inkomen.

§ 33 D, lid 5, van de Ligningslov (Deense wet op de inkomstenbelasting), in de versie die toen van kracht was, bepaalde echter dat in aftrek gebrachte verliezen van een niet-ingezeten vaste inrichting volledig moesten worden ingehaald (zie hieronder voor meer details) wanneer het bedrijf van de vaste inrichting geheel of gedeeltelijk was verkocht aan een verbonden vennootschap.

Bij besluiten van 25 augustus 2004 en 18 april 2005 respectievelijk hebben de Deense belastingautoriteiten („SKAT”) vastgesteld dat de staking van de vaste inrichtingen een gedeeltelijke verkoop van het bedrijf had meegebracht, waarvoor verzoekster in het belastingjaar 2000 alle in aftrek gebrachte verliezen moest inhalen, te weten respectievelijk 66 261 560 DKK, 64 406 853 DKK en 73 733 911 DKK.

De besluiten van SKAT hebben dus tot gevolg dat verzoekster de betrokken verliezen niet in aftrek heeft kunnen brengen.

-0-

Tegen de besluiten van SKAT is opgekomen bij het Landsskatterett (Deense nationale belastingrechter), dat bij beslissing van 12 februari 2010 onder meer heeft geoordeeld dat het niet in strijd is met het in het EG-Verdrag/de EER-overeenkomst neergelegde recht op vrijheid van vestiging dat verzoekster geen recht heeft op de betrokken aftrek. [Or. 4]

Verzoekster is tegen de beslissing van het Landsskatterett opgekomen bij het Østre Landsret, dat de behandeling van de zaak heeft geschorst in afwachting van een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de in de onderhavige beslissing gestelde vraag.

Voor het Østre Landsret zijn partijen het erover eens dat er in de omstandigheden van de zaak een gedeeltelijke verkoop binnen de groep heeft plaatsgevonden in de zin van § 33 D, lid 5, van de Ligningslov.

Partijen zijn het enkel oneens over de vraag of het verenigbaar is met artikel 49 VWEU (voorheen artikel 43 EG)/artikel 31 van de EER-overeenkomst betreffende de vrijheid van vestiging dat verzoekster de geconstateerde verliezen van de niet-ingezeten vaste inrichtingen niet in aftrek kan brengen op grond van § 33 D, lid 5, van de Ligningslov.

Partijen zijn het erover eens dat de geconstateerde verliezen in Zweden, Finland en Noorwegen „definitieve verliezen” zijn, dat wil zeggen dat alle mogelijkheden om de verliezen te verrekenen zijn uitgeput, zoals dit vereiste moet worden uitgelegd volgens het arrest van het Hof van 13 december 2005 in zaak C-446/03 (Marks & Spencer) en het arrest van het Hof van 15 mei 2008 in zaak C-414/06 (Lidl Belgium).

### **Nationale bepalingen**

Volgens de in het tijdvak 1996-2000 geldende Deense wetgeving namen Deense vennootschappen, waaronder verzoekster, lopende winsten en verliezen van niet-ingezeten vaste inrichtingen op in hun belastbaar inkomen, aangezien de Deense vennootschap en haar vaste inrichting één rechtspersoon en belastingbetaler zijn en aangezien Denemarken het beginsel van het wereldinkomen toepaste.

Ingeval het bedrijf van de niet-ingezeten vaste inrichting (geheel of gedeeltelijk) wordt overgedragen aan een derde of aan een verbonden vennootschap, wordt de Deense vennootschap belast op een eventuele winst (of eventueel verlies) op de activa in het overgedragen bedrijf, daaronder begrepen de activa die niet in de balans zijn opgenomen, zoals goodwill. [Or. 5]

Ingeval het bedrijf wordt overgedragen aan een verbonden vennootschap, moet deze overdracht tegen marktwaarde gebeuren. Dit volgt uit § 2 van de Ligningslov, die op het relevante tijdstip luidde:

„§ 2. Belastingbetalers die

- 1) worden gecontroleerd door natuurlijke personen of rechtspersonen, of
- 2) rechtspersonen controleren, of
- 3) verbonden zijn met een rechtspersoon, of
- 4) een vaste inrichting buiten Denemarken hebben, of
- 5) niet-ingezeten natuurlijke personen of rechtspersonen met een vaste inrichting in Denemarken zijn,

moeten bij de berekening van hun belastbaar inkomen prijzen en voorwaarden voor commerciële of financiële transacties met voormelde natuurlijke personen of rechtspersonen en vaste inrichtingen (gecontroleerde transacties) toepassen in overeenstemming met wat verkregen had kunnen zijn indien de transacties hadden plaatsgevonden tussen niet-verbonden partijen („at arm's length”).”

Voorts was de regel in § 33 D, lid 5, van de Ligningslov inzake het inhalen van alle in aftrek gebrachte verliezen van de vaste inrichting (voor zover zij niet worden gecompenseerd door winst in latere jaren) van toepassing op de gehele of gedeeltelijke overdracht van het bedrijf van de niet-ingezeten vaste inrichting naar een (niet gezamenlijk aangeslagen) verbonden vennootschap.

In de bepaling, die was ingevoerd bij wet nr. 487 van 12 juni 1996 en later is ingetrokken, heette het:

„(5) Wanneer een vaste inrichting die buiten Denemarken of op de Faeröereilanden of Groenland is gelegen, geheel of gedeeltelijk wordt verkocht aan een verbonden vennootschap, enz., zie § 4, lid 2, van de wet op kapitaalwinsten, of wanneer het hoofdkantoor wordt verplaatst, zie § 5, lid 7, van de vennootschapsbelastingwet, worden in aftrek gebrachte verliezen die niet worden gecompenseerd door winst in latere jaren, verrekend bij de berekening van het belastbare inkomen. Dit is het geval ongeacht welke verminderingmethode wordt gebruikt. De volzinnen 2 tot en met 4 van subparagraaf 1 zijn van overeenkomstige toepassing.”

In de commentaar bij die bepaling wordt onder meer het volgende opgemerkt:

**„Algemene opmerkingen, 2.B.**

Bovendien worden verliezen van een niet-ingezeten vaste inrichting die eerder in aftrek zijn gebracht, volledig ingehaald wanneer die inrichting wordt overgedragen aan een verbonden niet-ingezeten vennootschap, enz. Dit geldt ook wanneer de Deense vennootschap [Or. 6] die eigenaar is van de vaste inrichting, buiten Denemarken ingezeten blijft. Dit is het geval ongeacht welke methode wordt gebruikt om vermindering van dubbele belasting te verlenen. Deze regel heeft tot doel om bijvoorbeeld te voorkomen dat Deense vennootschappen verliezen van een niet-ingezeten bijkantoor in aftrek brengen om dit bijkantoor vervolgens, wanneer het winst begint te maken, te verkopen aan een verbonden niet-ingezeten vennootschap, zodat een effectieve inhaal in Denemarken niet mogelijk is.”

### **Opmerkingen bij § 2, lid 8**

„Om te verhinderen dat een groep dan een vaste inrichting die bijvoorbeeld na een opstartfase bijna winstgevend is, verplaatst van een Deense vennootschap naar een niet-ingezeten verbonden vennootschap, wordt in § 33 D, lid 5, van de Ligningslov gesuggereerd dat verliezen die niet worden gecompenseerd door winst in latere jaren, volledig moeten worden ingehaald wanneer de vaste inrichting geheel of gedeeltelijk wordt verkocht aan een verbonden vennootschap.”

-0-

Voor een Deense vennootschap met een vaste inrichting in Denemarken, is de belastingwinst van de vaste inrichting ook deel van het belastbare inkomen van de Deense vennootschap, aangezien het om één rechtspersoon en belastingbetaler gaat.

Ingeval het bedrijf van de Deense vaste inrichting geheel of gedeeltelijk wordt overgedragen aan een derde of aan een verbonden vennootschap, wordt de Deense vennootschap op dezelfde manier belast op alle winst (of verlies) op de activiteiten in het overgedragen bedrijf, daaronder begrepen op activa die niet in de balans zijn opgenomen, zoals goodwill. Wanneer het bedrijf aan een verbonden vennootschap wordt overgedragen, is voormeld „arm’s length”-beginsel, dat in § 2 van de Ligningslov is uiteengezet, van overeenkomstige toepassing.

Anderzijds is geen met § 33 D, lid 5, van de Ligningslov overeenstemmende regel van toepassing met betrekking tot het inhalen van verliezen die eerder in aftrek zijn gebracht, zoals wel het geval is bij een overdracht van het bedrijf van een niet-ingezeten vaste inrichting.

**Noords verdrag ter voorkoming van dubbele belasting [Or. 7]**

Volgens artikel 7 van het noordse verdrag ter voorkoming van dubbele belasting – dat overeenstemt met het OESO-modelverdrag ter voorkoming van dubbele belasting – kan een onderneming die via een vaste inrichting werkzaam is in een andere staat, worden belast in de bronstaat – in casu respectievelijk Zweden, Finland en Noorwegen – op het deel van de winst dat kan worden toegeschreven aan de vaste inrichting.

Volgens artikel 25 van het verdrag moet Denemarken als land van herkomst vermindering verlenen overeenkomstig een verrekeningsbeginsel, dat wil zeggen dat Denemarken aftrek in de Deense inkomstenbelasting moet toestaan voor een bedrag dat gelijk is aan de inkomstenbelasting die in de bronstaat is betaald. Het bedrag van de aftrek kan echter niet het gedeelte van de Deense inkomstenbelasting, berekend vóór die aftrek, dat kan worden toegerekend aan het inkomen dat in de andere staat kan worden belast, overtreffen.

**Argumenten van verzoekster**

Verzoekster betoogt dat het in strijd is met artikel 49 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 54 VWEU (voorheen artikel 43 EG, gelezen in samenhang met artikel 48) en artikel 31 van de EER-overeenkomst dat de door verzoekster geleden verliezen (die doorlopend op haar belastbare inkomen in aftrek zijn gebracht) in haar vaste inrichtingen in Zweden, Finland en Noorwegen, volledig moeten worden ingehaald op grond van § 33 D, lid 5, van de Ligningslov, aangezien verzoekster daardoor de betrokken verliezen niet in aftrek kan brengen, ook al zijn alle mogelijkheden om deze verliezen te verrekenen uitgeput (zie reeds aangehaalde arresten Marks & Spencer en Lidl Belgium).

In de in casu aan de orde zijnde belastingjaren konden de verliezen van vaste inrichtingen buiten Denemarken doorlopend in aftrek worden gebracht op het belastbare inkomen, aangezien de Deense vennootschap en haar vaste inrichting één rechtspersoon en belastingbetaler zijn en aangezien Denemarken het beginsel van het wereldinkomen toepaste.

Ingeval het bedrijf in de vaste inrichting geheel of gedeeltelijk wordt overgedragen aan een (niet gezamenlijk aangeslagen) verbonden vennootschap, worden de eerder in aftrek gebrachte verliezen (die niet worden gecompenseerd door winst in latere jaren) ingehaald, ongeacht de waarde van het overgedragen bedrijf. [Or. 8]

In casu heeft de bepaling geleid tot een situatie waarin verzoekster niets van de verliezen die zij heeft geconstateerd in haar vaste inrichtingen in Zweden, Finland en Noorwegen, in aftrek kon brengen.



Wanneer een Deense vennootschap een vaste inrichting in Denemarken opricht en die vaste inrichting verlies maakt, heeft de Deense vennootschap ook voor die verliezen, die een onderdeel zijn van het eigen inkomen van de vennootschap, recht op aftrek. Wanneer het bedrijf van de vaste inrichting geheel of gedeeltelijk wordt overgedragen aan een (niet gezamenlijk aangeslagen) verbonden vennootschap, worden eerder in aftrek gebrachte verliezen niet ingehaald, aangezien § 33 D, lid 5, van de Ligningslov enkel van toepassing is op verliezen die in niet-ingezeten vaste inrichtingen worden geconstateerd.

Verliezen die in vaste inrichtingen worden geconstateerd, worden dus anders behandeld naargelang de vaste inrichting in Denemarken of in een andere lidstaat is gelegen, waardoor het voor een Deense vennootschap aantrekkelijker wordt om een vaste inrichting in Denemarken op te richten dan in een andere lidstaat. Daardoor ontstaat een beperking van de vrijheid van vestiging binnen de EU. Partijen zijn het daarover eens.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan een beperking van de vrijheid van vestiging slechts worden aanvaard wanneer er een legitiem doel mee wordt nagestreefd dat zich met het Verdrag verdraagt, en wanneer ze gerechtvaardigd is door dwingende redenen van algemeen belang. Indien dat het geval is, moet de beperking ook geschikt zijn om het betrokken doel te verwezenlijken en mag ze niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (zie onder meer arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 35).

Het Hof heeft in de punten 42 tot en met 51 van het arrest Marks & Spencer geoordeeld dat de in die zaak aan de orde zijnde Engelse wettelijke regeling – op basis waarvan een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervenootschap door haar niet-ingezeten dochterondernemingen geleden verliezen niet in aftrek mocht brengen op haar belastbaar inkomen – kon worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, te weten om drie redenen „samen beschouwd”: (i) om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen; (ii) om het gevaar te voorkomen dat een belastingaftrek tweemaal zou plaatsvinden, en (iii) om het gevaar voor belastingontwijking te voorkomen, en dat zij geschikt was om de aldus nagestreefde doelstelling te verwezenlijken.

Evenzo heeft het Hof in de punten 30 tot en met 42 van het arrest Lidl Belgium geoordeeld dat een belastingregeling volgens welke een Duitse vennootschap verliezen van de vaste inrichtingen van de vennootschap buiten Duitsland niet in aftrek mocht brengen, kon worden gerechtvaardigd door de eerste twee gronden en dat de regeling geschikt was om de aldus nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken. [Or. 9]

In beide zaken heeft het Hof echter ook geoordeeld dat de beperkende maatregel verder gaat dan nodig is voor het bereiken van de nagestreefde doelstellingen indien alle mogelijkheden om te betrokken verliezen te verrekenen zijn uitgeput,

en dat wanneer een in een lidstaat gevestigde moeder vennootschap aan de belastingautoriteiten aantoont dat dit het geval is, de uitsluiting van de mogelijkheid voor de moeder vennootschap om het verlies van haar niet-ingezeten dochterondernemingen/vaste inrichtingen in aftrek te brengen op haar in deze lidstaat belastbare winst, in strijd is met artikel 49 VWEU (voorheen artikel 43 EG) (zie reeds aangehaalde arresten Marks & Spencer, punten 55-56, en Lidl Belgium, punten 47-48 en 51).

In casu zijn partijen het erover eens dat de verliezen die verzoeksters in haar vaste inrichtingen in Zweden, Finland en Noorwegen heeft geconstateerd, „definitieve verliezen” zijn, aangezien alle mogelijkheden om die verliezen te verrekenen zijn uitgeput, zoals dit vereiste is uitgelegd in de twee aangehaalde arresten.

-0-

In antwoord op het argument van verweerder dat de regel gerechtvaardigd kan zijn op gronden die verband houden met de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, aangezien zij eraan in de weg staat dat een groep vrij kan kiezen waar toekomstige winst uit activiteiten die de in Denemarken verrekenende verliezen hebben veroorzaakt, wordt belast, betoogt verzoekster dat deze overweging volledig in aanmerking is genomen in de algemene belastingregels die voortvloeien uit het Deense beginsel van het wereldinkomen, op basis waarvan zowel lopende winst als de waarde van het inkomenspotentieel (goodwill) vertegenwoordigd door het bedrijf van de niet-ingezeten vaste inrichting op het tijdstip van de overdracht, wordt belast op het hoofdkantoor.

De regel is dus niet gerechtvaardigd om dwingende redenen van algemeen belang. De in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die in de zaak Marks & Spencer aan de orde was en de Duitse vennootschap in de zaak Lidl Belgium hoefden geen belasting te betalen op de winst van hun niet-ingezeten dochterondernemingen/vaste inrichtingen.

Wanneer de in aftrek gebrachte verliezen van een niet-ingezeten vaste inrichting 100 miljoen DKK bedragen, en de goodwill-waarde van het overgedragen bedrijf – en de belastbare winst – 10 miljoen DKK bedraagt, kan de overweging inzake de verdeling van de heffingsbevoegdheid bijgevolg hoogstens leiden tot belasting op de 10 miljoen DKK. [Or. 10]

Deze regel geldt ook wanneer het bedrijf van een niet-ingezeten vaste inrichting (geheel of gedeeltelijk) wordt verkocht aan een derde.

De rechtspositie is dezelfde wanneer het bedrijf van een Deense vaste inrichting (geheel of gedeeltelijk) wordt verkocht aan een niet-ingezeten verbonden vennootschap. Wanneer een Deense vennootschap een verlieslatend productiebedrijf verkoopt en verplaatst van haar Deens bijkantoor naar een niet gezamenlijk aangeslagen, niet-ingezeten dochteronderneming, behoudt de Deense vennootschap de eerdere belastingaftrek voor de verliezen die tot op het tijdstip

van de overdracht zijn geleden, ook al wordt de latere winst van het overgedragen productiebedrijf niet belast in Denemarken.

Bescherming tegen willekeurige inkomstenverplaatsingen binnen een groep is reeds te vinden in § 2 van de Ligningslov, waarin is bepaald dat verbonden bedrijven binnen een groep „at arm’s length” moeten optreden. Deze bepaling verzekert dat de marktwaarde van het toekomstige inkomenspotentieel (goodwill) wordt belast op het tijdstip waarop een overdracht binnen de groep plaatsvindt.

Er is dus volledige symmetrie tussen de fiscale behandeling van de verliezen van de vaste inrichting en de goodwill (of andere activa) waarin de uitgave (het verlies) resulteert, en juist deze symmetrie komt tot uitdrukking in de OESO-richtsnoeren en vormt de basis voor de internationale verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.

Verzoekster bestrijdt dat de door verweerder aangevoerde internaliseringsvoordelen of andere moeilijkheden bij de vaststelling van de correcte goodwill-waarde enige betekenis kunnen hebben voor de aan de orde zijnde kwestie – en dat deze moeilijkheden groter kunnen zijn bij de vaststelling van de waarde van de activa van een niet-ingezetten vaste inrichting dan van een Deense vaste inrichting.

Verzoekster is het voorts niet eens met het feit dat de verkoop van een bijkantoor enkel plaatsvindt indien wat verkocht is, inkomenspotentieel vertegenwoordigt, welk argument volgens haar ook wordt bevestigd door het feit dat de Zweedse, de Finse, de Noorse en de Deense belastingautoriteiten niet hebben gesteld dat de „overgedragen” klanten marktwaarde vertegenwoordigen.

Wat het beroep van verweerder op zaak C-123/11, A Oy, betreft, volstaat het op te merken dat de onderhavige zaak op een aantal punten verschilt van die zaak. De onderhavige zaak betreft een bijkantoor – en niet een vennootschap. In casu waren de winst en het verlies van het bijkantoor doorlopend belastbaar in Denemarken. De onderhavige zaak betreft dus evenmin [Or. 11] een overdracht van verliezen. Om dezelfde reden is er in casu geen sprake van dat verzoekster vrij kan kiezen waar de verliezen worden verrekend (zie conclusie van advocaat-generaal Kokott van 19 juli 2012, punt 58).

-0-

In elk geval is de inhaalregel niet evenredig. Verzoekster is het niet eens met de stelling dat de evenredigheidsbeoordeling in de zaak Marks & Spencer logischerwijs alleen betrekking heeft op de rechtvaardiging betreffende het gevaar voor dubbele aftrek. Uit het arrest blijkt duidelijk dat de overweging inzake de verdeling van de heffingsbevoegdheid moet wijken indien alle mogelijkheden om de betrokken verliezen te verrekenen zijn uitgeput.

De inhaalregel gaat ook veel verder dan nodig is. Alle in aftrek gebrachte verliezen worden ingehaald, ook indien bijvoorbeeld slechts 1/100 van het bedrijf is verkocht. Ook is er volledige inhaal wanneer is overeengekomen dat de waarde van de overgedragen activa, daaronder begrepen goodwill, 0 DKK bedraagt. De inhaal vindt enkel niet plaats wanneer het toekomstige inkomen uit het bedrijf in Denemarken wordt belast, en in dit opzicht is het irrelevant dat de voorwaarden voor potentiële latere winst pas na de overdracht in vervulling gaan.

In casu vertegenwoordigen de „overgedragen” klanten geen waarde of hoogstens een volkomen marginale waarde in verhouding tot de in aftrek gebrachte verliezen.

De inhaalregel geldt ook ongeacht of de redenen waarom de regel is ingevoerd, in het concrete geval voorliggen. In casu is niet betwist dat de staking van de werkzaamheden van de buitenlandse bijkantoren van verzoekster niet was ingegeven door belastingoverwegingen, maar alleen was ingegeven door transacties die noodzakelijk waren geworden door de eerdere fusie van de vier noordse financiële instellingen die heeft geleid tot de oprichting van de grootste noordse bank, Nordea.

### **Argumenten van verweerder**

De inhaalregel in § 33 D, lid 5, van de Ligningslov zoals die vroeger van kracht was, had tot doel ervoor te zorgen dat een vennootschap de inhaal niet voorkwam door de gezonde onderdelen van de activiteiten van de vennootschap onder te brengen [Or. 12] in een buitenlands bijkantoor van een verbonden vennootschap die niet aan de Deense gezamenlijke aanslag was onderworpen. De regel beoogde dus symmetrie te creëren tussen de mogelijkheid van een internationale groep om verliezen van een niet-ingezeten bijkantoor op haar Deense belastbare inkomen in aftrek te brengen, en de mogelijkheid om toekomstig inkomen uit deze verlieslatende activiteiten te verrekenen bij de Deense belasting.

De regel heeft met andere woorden tot doel te verhinderen dat een groep eerst ervoor kan kiezen om verliezen van niet-ingezeten ondernemingen in aftrek te brengen op het inkomen dat belastbaar is onder de (hoge) Deense inkomstenbelasting en vervolgens kan beïnvloeden waar latere winst uit activiteiten die hebben geresulteerd in verliezen die in Denemarken zijn verrekend, wordt belast.

Wanneer een internationale groep een dergelijke mogelijkheid heeft om invloed uit te oefenen, kan de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten worden ondermijnd. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn nationale regels op basis waarvan verliezen van niet-ingezeten bijkantoren niet in aftrek kunnen worden gebracht om te voorkomen dat de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten wordt ondermijnd, gerechtvaardigd om

dwingende redenen van algemeen belang. Volgens het Skatteministeriet kan dit ook het geval zijn wanneer verliezen zijn „verloren”.

De gekozen benadering en de voorwaarden ervan hangen af van de eigen keuzes van de groep en juist als gevolg van de beslissing om de werkzaamheden van de bijkantoren van de Deense vennootschap te staken, is het recht verloren gegaan om de verliezen in het land van herkomst van de bijkantoren in de belasting te verrekenen. Zoals advocaat-generaal Kokott in punt 58 van haar conclusie in zaak C-123/11, A Oy, heeft opgemerkt, zou het fundamenteel in strijd zijn met de overweging om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten niet te ondermijnen, indien een vennootschap eerst in haar land van herkomst verliezen van een niet-ingezeten bijkantoor in aftrek zou kunnen brengen en vervolgens via haar groepsinterne regelingen een situatie zou kunnen creëren waarin latere inkomsten uit de activiteiten die verliezen hebben veroorzaakt, niet kunnen worden belast in het land van herkomst van de vennootschap.

De evenredigheidsbeoordeling in het arrest Marks & Spencer heeft logischerwijs alleen betrekking op de rechtvaardiging op grond van het gevaar voor dubbele aftrek, zoals is bevestigd in het arrest in zaak C-337/08, X-Holding; zie ook conclusie van advocaat-generaal Kokott in zaak C-123/11, A Oy. In het arrest Marks & Spencer waren de dochterondernemingen ofwel gesloten ofwel verkocht aan derden, zodat de feiten in die zaak geen betrekking hadden op een situatie waarin groepsinterne regelingen de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten konden ondermijnen. Evenmin had de nationale regel betrekking op groepsinterne regelingen die een invloed kunnen hebben [Or. 13] op de heffingsbevoegdheid van de lidstaten en asymmetrie kunnen creëren bij de belasting van winst en verlies. Dit aspect is noodzakelijkerwijs van invloed op de evenredigheidsbeoordeling.

De inhaalregel is geschikt om te verzekeren dat het nagestreefde doel wordt bereikt, aangezien juist de in aftrek gebrachte verliezen worden belast. De regel gaat ook niet verder dan nodig is. Zij is enkel van toepassing wanneer een bijkantoor geheel of gedeeltelijk wordt verkocht. Wanneer dit gebeurt, is het juist omdat wat verkocht is, een inkomenspotentieel vertegenwoordigt. Ook geldt de regel alleen wanneer dat inkomenspotentieel buiten de Deense belastingbevoegdheid wordt gebracht in de vorm van een overdracht binnen de groep.

De inhaalregel heeft dus tot doel symmetrie en coherentie in het belastingstelsel te verzekeren waar een onevenwichtigheid in de belasting van winst en verlies kan ontstaan door grensoverschrijdende regelingen die een groep zelf kan treffen.

Die doelstellingen kunnen niet worden bereikt indien het enkele feit dat de geconstateerde verliezen van de bijkantoren niet in aftrek kunnen worden gebracht, in de weg zou staan aan inhaal wanneer het inkomenspotentieel van deze bijkantoren buiten de Deense belastingbevoegdheid wordt gebracht door een

overdracht binnen de groep. Wanneer wordt onderzocht of de aftrekmogelijkheden zijn uitgeput in het land van herkomst van de bijkantoren, verzekert dit alleen dat verliezen niet tweemaal worden afgetrokken.

De situatie is anders wanneer een bijkantoor van een Deense vennootschap nadat verliezen in Denemarken zijn afgetrokken, wordt verkocht aan een niet-ingezeten verbonden vennootschap. In die situaties is er geen sprake van grensoverschrijdende verliezen en in die omstandigheden kan de groep niet – via een beslissing over de rechtsvorm die moet worden gegeven aan de activiteiten die in het bijkantoor moeten worden verricht – beïnvloeden of de activiteit al dan niet belastbaar is in Denemarken.

De regel in § 2 van de Ligningslov verzekert niet dat ingeval van een interne overdracht van een bijkantoor binnen de groep, het inkomenspotentieel dat het bijkantoor vertegenwoordigt (volledig) wordt betaald.

Zoals de OESO-richtsnoeren inzake verrekenprijzen, is § 2 van de Ligningslov gebaseerd op het „arm’s length”-beginsel. Bijgevolg kunnen de voorwaarden van een transactie slechts worden gecorrigeerd wanneer de autoriteiten kunnen aantonen dat zij uitgaan van de voorwaarden die onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen en [Or. 14] de waardering die ingeval van overdracht van een bijkantoor moet worden gemaakt, moet ex ante plaatsvinden. De autoriteiten kunnen de goodwill dus niet op een hogere waarde vaststellen dan wat zij op het tijdstip van de overdracht met redelijke zekerheid waard was.

Een waardering van goodwill moet zijn gebaseerd op de bekende materiële activa op het tijdstip van de overdracht, daaronder begrepen de winst en het verlies van de verkoper vóór de overdracht. Een beoordeling „at arm’s length” kan daarom niet noodzakelijkerwijs de goodwill-waarde voor de aankoper volledig in aanmerking nemen. De waarde van immateriële activa zoals goodwill ligt ook meer in de gebruikswaarde ervan, die zich over een langere tijd ontvouwt en afhangt van de strategie en middelen van het betrokken bedrijf. Goodwill is een uniek soort activa, waarvan de toekomstige waarde zeer onzeker is, aangezien er geen objectieve basis is om het inkomenspotentieel te beoordelen. Bijgevolg zal er bij de waardering van goodwill in verband met een verkoop binnen de groep, asymmetrie zijn in de informatie waarover de groep en de belastingautoriteiten beschikken. Dit leidt op zich reeds tot internaliseringsvoordelen op de markt voor immateriële activa, waaronder goodwill.

Er kunnen ook andere internaliseringsvoordelen in verband met goodwill bestaan, die inhouden dat de goodwill eenvoudigweg meer waard kan zijn binnen een groep dan bij overdracht aan een externe vennootschap. Het „arm’s length”-beginsel houdt daarmee geen rekening, en kan daarmee geen rekening houden. Dit is ook afgespiegeld in punt 110 van de OESO-richtsnoeren inzake verrekenprijzen.

Tegen die achtergrond verzekert § 2 van de Ligningslov geen symmetrische belasting in gevallen waarin een Deense vennootschap een tot dusver verlieslatend bijkantoor verkoopt aan een verbonden vennootschap die niet aan de gezamenlijke aanslag van de Deense vennootschap is onderworpen. Dit is alleen gewaarborgd wanneer de in Denemarken in aftrek gebrachte – grensoverschrijdende – verliezen volledig worden ingehaald op het tijdstip waarop het bijkantoor wordt verkocht binnen de groep en wanneer het daarmee verbonden inkomenspotentieel uiteindelijk wordt onttrokken aan de Deense belastingbevoegdheid.

Het feit dat geen „arm’s length”-correctie heeft plaatsgevonden overeenkomstig § 2 van de Ligningslov, doet bijgevolg niet af aan de omstandigheid dat de benadering en de voorwaarden van de fusie van de bijkantoren in Noorwegen, Zweden en Finland geheel of gedeeltelijk gemotiveerd kunnen zijn door fiscale overwegingen.

### **Opmerkingen van het Landsrett [Or. 15]**

Aangezien de uitkomst van de zaak afhangt van een uitlegging van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (voorheen EG-Verdrag) en de EER-overeenkomst, acht het Landsrett het noodzakelijk het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken om een prejudiciële beslissing.

### Dictum

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moeten artikel 49 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 54 VWEU (voorheen artikel 43 EG, gelezen in samenhang met artikel 48 EG) en artikel 31 van de EER-overeenkomst, gelezen in samenhang met artikel 34 van deze overeenkomst, aldus worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat een lidstaat die toestaat dat een ingezeten vennootschap verliezen van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting doorlopend in aftrek brengt, de verliezen van de vaste inrichting (voor zover zij niet worden gecompenseerd door winst in latere jaren) volledig inhaalt bij de vennootschap ingeval de vaste inrichting wordt gestaakt en in verband daarmee een deel van het bedrijf van de inrichting wordt overgedragen aan een verbonden vennootschap binnen de groep die in dezelfde staat ingezeten is als de vaste inrichting, en wanneer moet worden aangenomen dat de mogelijkheden om de betrokken verliezen te verrekenen zijn uitgeput?”

(omissis)