



Datum van
inontvangstneming

:

14/03/2014

Zaak C-66/14

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

10 februari 2014

Verwijzende rechter:

Verwaltungsgerichtshof (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

30 januari 2014

Verzoekende partij:

Finanzamt Linz

Verwerende partij:

Unabhängiger Finanzsenat, Außenstelle Linz

Het Verwaltungsgerichtshof heeft [OMISSIS] inzake het beroep van het Finanzamt Linz te 4020 Linz [OMISSIS] tegen de beslissing van de Unabhängige Finanzsenat, Außenstelle Linz, van 16 april 2013 [OMISSIS] betreffende de vaststelling van de groepsleden van 2006 tot en met 2010 (belanghebbenden: 1. IFN-Holding AG, en 2. IFN Beteiligungs GmbH, beide gevestigd te Traun [OMISSIS]), de volgende

beschikking

gegeven:

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Staat artikel 107 VWEU (voorheen artikel 87 EG) juncto artikel 108, lid 3, VWEU (voorheen artikel 88, lid 3, EG) in de weg aan een nationale maatregel volgens welke in het kader van de belastingheffing naar het groepsinkomen de goodwill bij aankoop van een binnenlandse deelneming wordt afgeschreven, waardoor de belastbare grondslag en de belastingdruk verlagen, terwijl een dergelijke afschrijving op de goodwill bij de aankoop van een deelneming in andere gevallen van de inkomsten- en vennootschapsbelasting niet is toegestaan?

2. Staat artikel 49 VWEU (voorheen artikel 43 EG) juncto artikel 54 VWEU (voorheen artikel 48 EG) in de weg aan een wettelijke regeling van een lidstaat, volgens welke in het kader van de belastingheffing naar het groepsinkomen de goodwill bij aankoop van een binnenlandse deelneming wordt afgeschreven, terwijl een dergelijke afschrijving op de goodwill bij de aankoop van een [Or. 2] deelneming in een niet-ingezeten vennootschap (met name een vennootschap met zetel in een andere EU-lidstaat) niet is toegestaan?

Motivering:

A. Feiten en procesverloop

IFN Beteiligungs GmbH (hierna: „IFN GmbH”) bezit 99,71 % van de aandelen in het oprichtingskapitaal van IFN-Holding AG (hierna: „IFN AG”), die op haar beurt (als meerderheidsaandeelhouder) deelnemingen bezit in een aantal beperkt en onbeperkt belastingplichtige kapitaalvennootschappen die grotendeels in de groep zijn opgenomen. In 2006 en 2007 was onder andere CEE Holding GmbH (hierna: „CEE”) voor 100 % een dochtervennootschap van IFN AG. Deze dochter verwierf in 2005, naast al bestaande deelnemingen, 100 % van de aandelen in HSF s.r.o. Slowakei (hierna: „HSF”). CEE was vanaf 2005 groepslid van een fiscale groep in de zin van § 9 KStG 1988, HSF vanaf 2006. Bij een fusieovereenkomst en een besluit van de algemene vergadering van

aandeelhouders van 17 juni 2008 werd CEE (met terugwerkende kracht per 31 december 2007) als overgenomen vennootschap gefuseerd met IFN AG, de overnemende vennootschap. IFN AG werd daarmee rechtsopvolgster onder algemene titel van CEE en bezat vanaf dat moment ook rechtstreeks de deelneming in HSF.

In de aangiften in de vennootschapsbelasting over 2006 tot en met 2010 heeft eerst CEE, en later haar rechtsopvolgster IFN AG, ingevolge § 9, lid 7, KStG 1988 de goodwill van de Slowaakse dochtervennootschap HSF afgeschreven telkens voor 1/15^e deel van de helft van de aankoopprijs van 5,5 miljoen EUR. In een bijlage bij de aangifte in de vennootschapsbelasting werd erop gewezen dat de beperking van de afschrijving op de goodwill tot binnenlandse deelnemingen ingevolge § 9, lid 7, KStG 1988 **[Or. 3]** inbreuk maakte op de vrijheid van vestiging krachtens artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU) en derhalve strijdig was met het Unierecht.

Als belastingdienst in eerste aanleg heeft het Finanzamt in de „belastingaanslagen groepslid” die voor 2006 tot en met 2010 waren vastgesteld voor CEE respectievelijk IFN AG (als haar rechtsopvolgster), deze afschrijving op de goodwill niet aanvaard. Volgens § 9, lid 7, KStG 1988 zijn afschrijvingen op de goodwill alleen mogelijk voor deelnemingen in onbeperkt belastingplichtige vennootschappen.

Tegen deze aanslagen hebben IFN AG (ook als rechtsopvolgster van CEE) en (voor de belastingjaren 2006 en 2007) IFN GmbH bezwaar gemaakt. Zij voerden aan dat de beperking van de afschrijving op de goodwill ingevolge § 9, lid 7, KStG 1988 tot binnenlandse deelnemingen inbreuk maakte op de vrijheid van vestiging ingevolge artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU) en derhalve strijdig was met het Unierecht.

Bij de beslissing waarvan beroep voor het Verwaltungsgerichtshof, heeft de betrokken instantie (de Unabhängige Finanzsenat, Außenstelle Linz) de bezwaren aanvaard, de aanslagen van het Finanzamt nietig verklaard en de zaak terugverwezen naar de belastingdienst in eerste aanleg. Deze instantie heeft haar beslissing in wezen gebaseerd op het feit dat met de beperking van de afschrijving op de goodwill ingevolge § 9, lid 7, KStG 1988 tot deelnemingen in onbeperkt belastingplichtige vennootschappen inbreuk wordt gemaakt op de vrijheid van vestiging en deze beperking niet kan worden gerechtvaardigd door enige dwingende reden van algemeen belang. Om het concrete geval in overeenstemming te brengen met het Unierecht was het noodzakelijk de afschrijving op de goodwill uit te breiden tot de deelneming in de vennootschap die weliswaar niet onbeperkt belastingplichtig is maar haar zetel in een andere lidstaat van de Europese Unie heeft. Daar voor de waardering van de goodwill nader onderzoek nodig was, werden de aanslagen van het Finanzamt nietig verklaard en werd de zaak terugverwezen naar het Finanzamt. **[Or. 4]**

Het door het Finanzamt overeenkomstig § 292 Bundesabgabenordnung (federaal belastingbesluit) bij de verwijzende rechter ingestelde beroep is tegen deze beslissing gericht.

In het onderhavige geval wordt betwist of voor de deelneming van CEE, respectievelijk IFN AG als haar rechtsopvolgster, in de Slowaakse vennootschap HSF de goodwill ingevolge § 9, lid 7, KStG 1988 kan worden afgeschreven.

B. Relevante bepalingen van nationaal recht

Bij het Steuerreformgesetz 2005 (wet op de belastinghervorming 2005), BGBl. I nr. 57/2004, werden in het Oostenrijkse Körperschaftsteuergesetz 1988 (wet op de vennootschapsbelasting 1988) (KStG 1988) bepalingen opgenomen over de „Belastingheffing naar het groepsinkomen”.

§ 9, lid 7, KStG 1988 [zoals gewijzigd bij het Abgabenänderungsgesetz 2004 (wet tot wijziging van de belastingheffing 2004), BGBl. I nr. 180/2004] luidt:

„(7) [OMISSIS] Bij de aankoop van een deelneming (lid 4) door een groepslid respectievelijk de moedermaatschappij of een voor groepsvorming geschikte vennootschap in een economisch actieve, onbeperkt belastingplichtige deelnemingsvennootschap (lid 2), anders dan onmiddellijk of middellijk van een onderneming die tot het concern behoort, respectievelijk onmiddellijk of middellijk van een vennoot die een beslissende invloed uitoefent, dienen vanaf het moment dat deze vennootschap tot de ondernemingsgroep behoort, bij het onmiddellijk deelnemende groepslid respectievelijk bij de moedermaatschappij afschrijvingen op de goodwill op de volgende wijze te worden geboekt:

- Als goodwill geldt het met het deelnemingspercentage overeenkomende verschil tussen het handelsrechtelijke eigen vermogen van de deelnemingsvennootschap vermeerderd met de latente meerwaarden van de niet aan waardevermindering onderhevige vaste activa en de fiscaal in aanmerking te nemen aankoopprijs, echter met een beperking van maximaal 50 % van deze aankoopprijs. De afschrijfbaar goodwill moet gelijkmatig over 15 jaar worden afgetrokken.

[OMISSIS] **[Or. 5]**

[OMISSIS]

- De fiscaal verrekenbare bedragen ter hoogte van een vijftiende deel verminderen of verhogen de fiscaal in aanmerking te nemen boekwaarde.”

Met het Abgabensicherungsgesetz 2007 (wet ter bescherming van de belastingheffing 2007), BGBl. I nr. 99/2007, is § 9, lid 7, KStG 1988 – met bijzonderheden die hier niet van belang zijn – aangevuld.

Onbeperkt belastingplichtig zijn ingevolge § 1, lid 2, KStG 1988 de vennootschappen die in het binnenland hun directie of hun zetel hebben (§ 27 van de Bundesabgabenordnung).

In de memorie van toelichting op het wetsontwerp [OMISSIS] werd met betrekking tot de belastingheffing naar het groepsinkomen onder andere uiteengezet:

„Tussen binnen- en buitenlandse ondernemingen kan evenwel een groep worden gevormd. Dat houdt in dat buitenlandse verliezen (winsten echter niet) door de binnenlandse moedermaatschappij kunnen worden verrekend (in verhouding tot de deelneming). Dit is een belangrijke stimulans om concerndirecties met hun onderzoeksfaciliteiten en kenniscentra naar Oostenrijk te halen.

[...]

Wanneer een deelneming wordt verworven in het kader van groepsvorming, kan de met de aankoop prijs betaalde goodwill over een periode van 15 jaar lineair worden afgeschreven. Het afschrijvingsbedrag is maximaal 50 % van de aankoop prijs. Deelnemingen mogen echter niet met afschrijvingsdoeleinden binnen het concern heen en weer worden geschoven. Deze mogelijkheid wordt daarom uitgesloten. Afschrijvingen op de goodwill worden beperkt tot binnenlandse deelnemingen. Door de mogelijkheid om de goodwill af te schrijven worden asset deals en share deals fiscaal gelijkgesteld. Er bestaat dus geen onderscheid meer tussen de overname van een inrichting waarbij de mogelijkheid van afschrijving op de goodwill al bestond, en de aankoop van een deelneming, waarbij tot nu toe de goodwill niet afschrijfbaar was.

[...]

Anderzijds moet om Oostenrijk als vestigingsplaats aantrekkelijk te maken een fiscale stimulans voor de groepsvorming worden gegeven door – in afwijking van het **[Or. 6]** algemene recht inzake directe belastingen – de aankoop van de deelneming in een binnenlandse vennootschap die in een groep kan worden opgenomen, gelijk te stellen met de aankoop van de onderneming van de overgenomen vennootschap. Als gevolg van de opname van de overgenomen, economisch actieve vennootschap in een nieuwe of een al bestaande ondernemingsgroep, moet dus naast de overname van de lopende winsten of verliezen ook de afschrijving op de goodwill fiscaal mogelijk zijn. Ter voorkoming van speciale constructies mag alleen bij de aankoop van een deelneming „van buiten de groep” de goodwill worden afgeschreven. Aankopen binnen het concern en derhalve ook binnen de ondernemingsgroep komen

hiervoor derhalve niet in aanmerking. Aangezien de goodwill enkel afschrijfbaar is bij de aankoop van een deelneming in een economisch actieve vennootschap, zijn bij de aankoop van een deelneming in een holdingvennootschap gedeeltelijke afschrijvingen op de goodwill ook dan uitgesloten wanneer deze holdingvennootschap in een economisch actieve vennootschap participeert.

[OMISSIS]”

In het onderhavige geval moet ook rekening worden gehouden met de bepalingen inzake „internationale gekwalificeerde deelnemingen”. Deze bepalingen (§ 10, leden 2 en 3, KStG 1988) luiden (in de versie BGBl. I nr. 161/2005) als volgt:

„(2) Winst aandelen van om het even welke aard uit internationale gekwalificeerde deelnemingen zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Van een internationale gekwalificeerde deelneming is sprake indien onder § 7, lid 3, vallende belastingplichtigen of anderszins onbeperkt belastingplichtige buitenlandse vennootschappen die met een binnenlandse onder § 7, lid 3, vallende belastingplichtige vergelijkbaar zijn, aantoonbaar in de vorm van kapitaal aandelen gedurende een onafgebroken periode van ten minste één jaar voor ten minste één tiende deelnemen in het kapitaal **[Or. 7]**

a) van buitenlandse vennootschappen die vergelijkbaar zijn met een binnenlandse kapitaalvennootschap,

b) van andere buitenlandse vennootschappen die voldoen aan de in bijlage 2 bij het Einkommensteuergesetz 1988 opgenomen voorwaarden van artikel 2 van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 (PB L 255, blz. 6), in de op het betrokken tijdstip geldende versie. De genoemde periode van één jaar geldt niet voor aandelen die door een kapitaalverhoging zijn verkregen, voor zover de omvang van de deelneming daardoor niet is vergroot.

(3) Bij de vaststelling van de inkomsten worden winst, verlies en andere waardeveranderingen uit internationale gekwalificeerde deelnemingen in de zin van lid 2 niet in aanmerking genomen. Dit geldt niet voor daadwerkelijke en definitieve vermogensverliezen ten gevolge van het verdwijnen (liquidatie of faillissement) van de buitenlandse vennootschap (kapitaalvennootschap). Het verlies moet worden afgetrokken van vrijgestelde winst aandelen van om het even welke aard die zijn verkregen in de laatste vijf boekjaren voorafgaand aan het boekjaar waarin de liquidatieprocedure is geopend of de insolventie is ingetreden. De fiscale neutraliteit van de deelneming geldt in overeenstemming met de onderstaande bepalingen niet wanneer:

1. de belastingplichtige in de aangifte in de vennootschapsbelasting voor het jaar van de aankoop van een internationale gekwalificeerde deelneming of de vorming van een internationale gekwalificeerde deelneming door de aankoop van bijkomende aandelen verklaart dat winst, verlies en andere

waardeveranderingen fiscaal moeten worden verrekend (optie van fiscale inaanmerkingneming van de deelneming).

[...]"

De bepalingen inzake de internationale gekwalificeerde deelnemingen zijn opnieuw vastgesteld in BGBl. I nr. 71/2003. In de toelichting (59 van de bijlagen van de 22e wetgevingsperiode, 273 e.v.) werd op dit punt onder andere uiteengezet:

„De lidstaten van de Europese Unie hebben op 1 december 1997 overeenstemming bereikt over een gedragscode inzake de belastingregeling voor ondernemingen, waarin zij zich ertoe hebben verbonden geen maatregelen van oneerlijke fiscale concurrentie vast te stellen of dergelijke maatregelen af te schaffen.

De ECOFIN heeft een groep op hoog niveau ingesteld om maatregelen die met de code in strijd zijn, op te sporen. In het verslag van deze groep werden voor Oostenrijk twee maatregelen vermeld, waarvoor een wetswijziging vereist was:

- § 10, lid 2, KStG 1988 – Winst uit de verkoop van buitenlandse deelnemingen is vrijgesteld, terwijl een verlies fiscaal in aanmerking wordt genomen. [...]**[Or. 8]**

In overeenstemming met de besluiten van ECOFIN van november 2000 moesten maatregelen die in strijd waren met de code en op 31 december 2000 al van toepassing waren, uiterlijk voor 31 december 2005 worden afgeschaft.

[...]

[OMISSIS]

[...]

Met het nieuwe lid 3 komt daarentegen een fiscale gelijke behandeling van winst en verlies uit de verkoop of een andere beëindiging van de gekwalificeerde deelneming tot stand, in die zin dat wordt vastgesteld dat winst, verlies of een andere waardeverandering gedurende het bestaan van de deelneming volstrekt neutraal worden behandeld. [...]

Om rekening te houden met de verschillende belangen van de vennootschappen die deelnemingen bezitten, moet worden verzekerd dat voor iedere afzonderlijke gekwalificeerde deelneming kan worden geopteerd voor de volledige fiscale inaanmerkingneming van de internationale gekwalificeerde deelneming [...]."

C. Toelichting op de eerste prejudiciële vraag

Ofschoon de directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, zijn zij niettemin verplicht deze bevoegdheid in overeenstemming met het recht van de Unie uit te oefenen (zie arrest van 29 maart 2007, Rewe Zentralfinanz, C-347/04, [Jurispr. blz. I-2647,] punt 21).

In artikel 107 VWEU (voorheen artikel 87 EG) wordt bepaald dat, behoudens de afwijkingen waarin het Verdrag voorziet, steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. In artikel 108, lid 3, derde volzin, VWEU (voorheen artikel 88, lid 3, EG) wordt bepaald dat de betrokken lidstaat de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering kan brengen voordat de Commissie een eindbeslissing heeft genomen.

Het begrip steunmaatregel omvat onder andere maatregelen die in verschillende vorm de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming [**Or. 9**] rusten (zie in die zin arrest van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline, C-143/99, [Jurispr. blz. I-8365,] punt 38). Voor de kwalificatie van een maatregel als steunmaatregel gelden de volgende voorwaarden: de financiering van die maatregel door de staat of met staatsmiddelen, het bestaan van een voordeel voor een onderneming, de selectiviteit van die maatregel, de invloed ervan op het handelsverkeer tussen de lidstaten en de daaruit voortvloeiende vervalsing van de mededinging (arrest van 15 juni 2006, Air Liquide Industries Belgium, C-393/04 en C-41/05, [Jurispr. blz. I-5293,] punt 28).

De afschrijving op de goodwill ingevolge § 9, lid 7, KStG 1988 leidt tot een verlaging van de belastbare grondslag en derhalve tot een verlaging van de belastingdruk, zodat deze maatregel een voordeel verschaft aan de begunstigde. Dit voordeel leidt tot een verlaging van de belastingopbrengsten, zodat dit voordeel met staatsmiddelen wordt bekostigd. Dat dergelijke voordelen de mededinging kunnen vervalsen en ook – in het licht van de activiteiten van de betrokken partijen die zoals bekend grensoverschrijdend zijn – de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, kan niet worden betwist. De omvang van de steunmaatregel overschrijdt in het concrete geval ook de „de-minimis“-plafonds (verordening nr. 69/2001 van de Commissie respectievelijk verordening nr. 1998/2006 van de Commissie).

In het onderhavige geval is echter de vraag of de afschrijving op de goodwill moet worden aangemerkt als een selectieve bevoordeling van „bepaalde ondernemingen of van bepaalde producties”.

Om een nationale steunmaatregel als „selectief” te kunnen kwalificeren, moet allereerst de in de betreffende lidstaat geldende algemene of „normale”

belastingregeling worden bepaald en onderzocht. Aan de hand van deze algemene of „normale” belastingregeling moet dan in tweede instantie worden beoordeeld en vastgesteld of het voordeel dat de betrokken belastingmaatregel verschaft, eventueel selectief is door te bewijzen dat deze maatregel in zoverre afwijkt van de algemene regeling dat hij leidt tot een onderscheid tussen marktdeelnemers die zich uit het oogpunt van het met de [Or. 10] belastingregeling nagestreefde doel in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden (zie ook arrest van 18 juli 2013, P Oy, C-6/12, [nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie,] punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Een maatregel voldoet niet aan de voorwaarde van selectiviteit indien hij, hoewel de begunstigde erdoor wordt bevoordeeld, gerechtvaardigd wordt door de aard of de opzet van het stelsel waarvan hij deel uitmaakt (arrest P Oy, punt 22).

Het algemene inkomens- en vennootschapsbelastingrecht maakt bij de overname van een onderneming onderscheid tussen de aankoop van de handelszaak (asset deal) en de aankoop van de deelneming in de vennootschap die de handelszaak bezit (share deal). Het algemene belastingrecht kent alleen afschrijvingen op de goodwill bij de asset deal. Bij de asset deal worden de afzonderlijke vermogensbestanddelen van de onderneming overgenomen en als afzonderlijke bestanddelen opgenomen in de balans van de koper; ook goodwill die mede is overgenomen, neemt de koper als vermogensbestanddeel op in zijn eigen balans en schrijft deze (over een periode van 15 jaar) af. Bij de asset deal staat tegenover de afschrijving van de goodwill door de koper, dat de verkoper wordt belast over de koopprijs die voor de goodwill is betaald. Voor de share deal bestaat een andere regeling. De koper verwerft geen afzonderlijke vermogensbestanddelen van de onderneming, maar „een” vermogensbestanddeel, namelijk de deelneming. De koper verwerft derhalve ook geen afzonderlijk vermogensbestanddeel „goodwill”. Volgens het algemene belastingrecht zijn afschrijvingen op de goodwill derhalve bij een share deal uitgesloten.

Met de wet op de belastinghervorming 2005 is in Oostenrijk de belastingheffing naar het groepsinkomen ingevoerd. Deze regeling bepaalt inhoudelijk in wezen dat een vennootschap met haar dochtervennootschappen en klein- en achterkleindochters waarin zij een deelneming bezit van ten minste 50 %, een „groep” kan vormen. Dit heeft dan tot gevolg dat de fiscale resultaten van de vennootschappen (winst en verlies) bij de moedermaatschappij worden samengevoegd en enkel daar worden belast. Zo kan de [Or. 11] winst van afzonderlijke groepsleden worden verrekend met het verlies van andere groepsleden.

De wetgever heeft bij de wet op de belastinghervorming 2005 een bijzondere stimulans gecreëerd door in de belastingheffing naar het groepsinkomen in de bijkomende mogelijkheid te voorzien om bij de aankoop van een deelneming (share deal) in een binnenlandse vennootschap die in de groep wordt opgenomen, de goodwill (tot maximaal 50 % van de koopprijs van de deelneming) af te schrijven. Uit de voorbereidende werkzaamheden bij de wet op

de belastinghervorming 2005 kan worden opgemaakt dat de wetgever met de mogelijkheid om de goodwill af te schrijven, de asset deal enerzijds en de share deal anderzijds fiscaal wil gelijkstellen. Letterlijk staat in de toelichting op het kabinetsvoorstel: „Het maakt dus geen verschil meer of een inrichting wordt gekocht waarbij al een afschrijving op de goodwill mogelijk was, dan wel een deelneming waarbij een afschrijving op de goodwill tot nu toe was uitgesloten.” De toelichting op het kabinetsvoorstel benadrukt vervolgens uitdrukkelijk: „Anderzijds moet met het oog op een aantrekkelijk vestigingsbeleid in Oostenrijk een fiscale stimulans voor de groepsvorming worden gegeven door – in afwijking van het algemene recht inzake directe belastingen – de aankoop van de deelneming in een binnenlandse vennootschap die in een groep kan worden opgenomen, gelijk te stellen met de aankoop van de handelszaak van de overgenomen onderneming.”

Deze afschrijving op de goodwill van een deelneming in de groep wordt in de rechtsleer vrijwel eenstemmig als een fiscaal voordeel beschouwd. Mayr [OMISSIS] noemt deze maatregel „een bijzondere stimulans voor groepsvorming, ook al vindt die zijn bestaansreden uitsluitend in het vestigingsbeleid en is die moeilijk logisch te verklaren.” Wiesner [OMISSIS] spreekt van een „indringer in het KStG”.

Doralt benadrukt [OMISSIS] dat deze regeling specifiek ertoe strekt de concentraties van ondernemingen te bevorderen, terwijl het algemene belastingrecht in het geheel niet is gericht op de bevordering van overnames van ondernemingen zonder meer. De regeling van de afschrijving op de goodwill in de groep dient in de eerste plaats grote ondernemingen bij **[Or. 12]** de overname van andere (concurrerende) ondernemingen – die in de regel ook in de vorm van kapitaalvennootschappen worden gedreven – en die de overnemende onderneming op lange termijn wil behouden. Ofschoon de verworven deelneming niet aan waarde inboet, is onder de rubriek ‚afschrijving op goodwill’ tot maximaal 50 % van de aankoopprijs van de deelneming fiscaal aftrekbaar. Zo de wetgever een dergelijk voordeel al invoert, valt niet in te zien waarom dit niet ook wordt toegekend aan natuurlijke personen en personenvennootschappen. Daarmee „wordt de doelstelling van [...] de wet bevestigd, namelijk uitsluitend overnames van ondernemingen door concerns of de concernvorming bevorderen.” [OMISSIS]. In die zin benadrukt Gassner [OMISSIS]: „De afschrijving op de goodwill heeft ook niets met de ondernemingsgroep van doen. Evenmin valt in te zien waarom andere ondernemingen dan de voormelde vennootschappen daarvan zouden moeten worden uitgesloten.” Doralt legt tot slot de nadruk op de specificiteit van de fiscale stimulans met de opmerking: „Het Oostenrijkse model van de afschrijving op de goodwill bestaat volgens informatie van een internationaal actief auditkantoor in geen enkel ander land van economische betekenis, waar ook ter wereld.”

Een maatregel voldoet niet aan deze selectiviteitsvoorwaarde indien deze, hoewel de begunstigde erdoor wordt bevoordeeld, gerechtvaardigd is door de aard

of de opzet van het stelsel waarvan hij deel uitmaakt (zie nogmaals arrest Adria-Wien Pipeline, reeds aangehaald, punt 42). Deze algemene doelstellingen van het stelsel zijn echter vooralsnog niet duidelijk. In dit verband moet opnieuw worden gewezen op de stemmen die opgaan in de rechtsleer, dat de afschrijving op de goodwill ingevolge § 9, lid 7, KStG 1988 niet in enig logisch verband staat met de ondernemingsgroep, waarvoor zij is ingesteld. [OMISSIS].

Het is niet duidelijk of de afschrijving op de goodwill ingevolge § 9, lid 7, KStG 1988 – indien wordt bevestigd dat sprake is van steun – als steunmaatregel is aangemeld en de **[Or. 13]** Commissie op grond van artikel 107, lid 3 VWEU een besluit over deze steunmaatregel heeft vastgesteld.

D. Toelichting op de tweede prejudiciële vraag

De verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging verbieden de staat van oorsprong de vestiging van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationale regeling opgerichte vennootschap in een andere lidstaat te bemoeilijken (zie nogmaals arrest Rewe Zentralfinanz, reeds aangehaald, punt 26).

Overeenkomstig § 9, lid 7, KStG 1988 zijn afschrijvingen op de goodwill enkel toegestaan bij de aankoop van een deelneming in een onbeperkt belastingplichtige deelnemingsvennootschap. Bij de aankoop van een deelneming in een buitenlandse deelnemingsvennootschap zijn afschrijvingen op de goodwill dientengevolge niet toegestaan. De fiscale situatie van een vennootschap die een deelneming in een binnenlandse vennootschap verwerft, is derhalve gunstiger dan die van een vennootschap die een deelneming verwerft in een vennootschap met zetel in een andere lidstaat. Derhalve is een deelneming in een buitenlandse deelnemingsvennootschap minder aantrekkelijk dan die in een binnenlandse deelnemingsvennootschap. Bijgevolg moet worden uitgegaan van een beperking van de vrijheid van vestiging (zie arrest van 25 februari 2010, X Holding, C-337/08, [Jurispr. blz. I-1215,] punt 19).

Verzoekende partij, het Finanzamt, voert hiertegen allereerst aan dat binnenlandse en buitenlandse groepsleden in zoverre niet met elkaar vergelijkbaar zijn doordat de verrekening van het resultaat in de belastingheffing naar het groepsinkomen verschillend is geregeld. Bij binnenlandse groepsleden is het resultaat (winst en verlies) volledig verrekenbaar bij de moedermaatschappij, terwijl bij buitenlandse groepsleden echter alleen het verlies wordt verrekend. Daarenboven is deze verrekening bij buitenlandse groepsleden – anders dan bij binnenlandse groepsleden – beperkt tot het deelnemingspercentage en wordt over de negatieve resultaten van het buitenlandse groepslid een naheffing geheven bij het verlaten van de groep **[Or. 14]**. Dit verschil in de verrekening van het resultaat vormt op zijn minst een rechtvaardigingsgrond die in overweging moet worden genomen bij de beoordeling of sprake is van een inbreuk op de vrijheid van

vestiging. Ook is de gelijkstelling van de aankoop van een deelneming met de aankoop van de onderneming een rechtvaardigingsgrond.

Een beperking van de vrijheid van vestiging is slechts toegestaan indien deze situaties betreft die niet objectief met elkaar vergelijkbaar zijn, of door een dwingende reden van algemeen belang is gerechtvaardigd. Daarenboven moet de beperking geschikt zijn om de nagestreefde doelstelling te bereiken en mag zij niet verder gaan dan hiertoe noodzakelijk is (zie nogmaals arrest X Holding, reeds aangehaald, punten 20 en 26).

Het is de vraag of de toekenning (of weigering) van afschrijvingen op de goodwill ermee verband houdt dat winst of verlies van de deelnemingsvennootschap geheel of slechts gedeeltelijk (alleen verlies, en enkel naar verhouding van het deelnemingspercentage) verrekenbaar is. De goodwill voor deelnemingen is in de groep afschrijfbaar, ongeacht of de dochtervennootschap winst of verlies boekt, en ook onafhankelijk van een eventuele waardeverandering van de deelneming. De afschrijving op de goodwill leidt ertoe dat de fiscaal bepalende boekwaarde van de deelneming wordt verminderd en derhalve bij een eventuele latere verkoop van deze deelneming een hogere fiscale meerwaarde ontstaat. Strategische deelnemingen worden in de regel langdurig aangehouden. Maar ook ingeval de deelneming wordt doorverkocht, ontstaat voor de moedervennootschap door de afschrijving op de goodwill in ieder geval een liquiditeitsvoordeel, zodat haar situatie bij de aankoop van een deelneming in een binnenlandse dochtervennootschap gunstiger is dan bij aankoop van een deelneming in een dochtervennootschap in een andere lidstaat (zie arrest Rewe Zentralfinanz, reeds aangehaald, punt 29 e.v.).

Voorts wordt door het Finanzamt, verzoekende partij, aangevoerd dat geen sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging voor internationale gekwalificeerde deelnemingen waarvoor de optie van § 10 KStG 1988 niet is uitgeoefend [**Or. 15**].

Bij een internationale gekwalificeerde deelneming bestaat namelijk een (eenmaal uit te oefenen) keuzerecht van de belastingplichtige om winst en verlies bij de verkoop (capital gains) hetzij fiscaal neutraal te laten zijn, hetzij – door uitoefening van de optie – fiscaal in aanmerking te nemen.

Daar ingeval de voorwaarden zijn vervuld voor een belastingheffing naar het groepsinkomen (met name deelnemingen van meer dan 50 % met een minimumparticipatieduur van drie jaar) ook de voorwaarden voor een internationale gekwalificeerde deelneming zijn vervuld (deelnemingen van ten minste 10 % met een minimumparticipatieduur van één jaar), kan bij de belastingheffing naar het groepsinkomen ervoor worden gekozen om de deelneming fiscaal in aanmerking te nemen (in de zin van § 10, lid 3, KStG 1988). Uiteraard is ook bij de uitoefening van deze optie – volgens de formulering van

§ 9, lid 7, KStG 1988 – de goodwill bij een deelneming in een buitenlandse vennootschap niet afschrijfbaar.

3. Alles bijeen lijkt de uitlegging van het recht van de Unie niet zo eenduidig te zijn dat er geen ruimte bestaat voor twijfel, zoals bedoeld in het arrest CILFIT (arrest van 6 oktober 1982, 283/81, Jurispr. blz. 3415).

Derhalve wordt het Hof krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing.

Wenen, 30 januari 2014