



Datum van inontvangstneming : 07/12/2017

Zaak C-608/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

24 oktober 2017

Verwijzende rechter:

Högsta förvaltningsdomstolen (Zweden)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

5 oktober 2017

Verzoekende partij en verwerende partij:

Skatteverket

Verwerende partij en verzoekende partij:

Holmen AB

[omissis]

BESTREDEN BESLISSING

Besluit van Skatterättsnämnden (adviescommissie voor fiscale vraagstukken) van 30 september 2016 in zaak nr. 30-15/D

VOORWERP

Prealabel advies betreffende inkomstenbelasting; verzoek aan het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing

[omissis]

Beslissing

Het Hof van Justitie van de Europese Unie dient overeenkomstig de verwijzingsbeslissing in de bijlage te worden verzocht om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU [...]

[omissis]

[Or. 1]

Verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU betreffende de uitlegging van artikel 49 VWEU

Inleiding

1. Het Hof heeft zich meerdere keren gebogen over de vraag of het verenigbaar is met de vrijheid van vestiging dat een moedermaatschappij in een lidstaat de verliezen die de dochteronderneming in een andere lidstaat heeft geleden, niet kan aftrekken, terwijl deze aftrek zou zijn toegestaan als de dochteronderneming in dezelfde staat als de moedermaatschappij was gevestigd, de eerste keer in het arrest *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763). Uit de rechtspraak van het Hof blijkt kort gezegd dat een dergelijk aftrekverbod een beperking van de vrijheid van vestiging inhoudt, dat de beperking gerechtvaardigd kan zijn om dwingende redenen van algemeen belang, maar dat zij niet evenredig is als het gaat om zogenaamde definitieve verliezen van de dochteronderneming.
2. In het Zweedse recht worden zogenaamde groepsoverdrachten gebruikt om door de overdracht van winst te komen tot een evenwicht van resultaten binnen een groep ondernemingen. De groepsoverdracht moet door de inbrengende onderneming worden afgetrokken en door de ontvangende onderneming voor de belasting worden opgevoerd. Door een groepsoverdracht aan een dochteronderneming die verlies heeft geleden, kan een moedermaatschappij dus profiteren van de verliezen van haar dochteronderneming. De regels inzake groepsoverdrachten gelden echter niet wanneer de dochteronderneming in Zweden niet belastingplichtig is. Teneinde te voldoen aan de eisen van het Unierecht dat aftrek in bepaalde gevallen ook moet worden toegestaan voor verliezen van een dochteronderneming in andere lidstaten, heeft Zweden regels ingevoerd betreffende de zogenaamde groepsaftrek. **[Or. 2]**
3. De vraag in deze zaak is of de regels inzake groepsaftrek op een dusdanige wijze zijn geformuleerd dat zij aftrek mogelijk maken in alle situaties waarvoor het Unierecht dat voorschrijft. Deze prejudiciële verwijzing betreft ten eerste de vraag of het recht op aftrek kan worden beperkt tot verliezen van rechtstreekse dochterondernemingen. Ten tweede wenst de Högsta förvaltningsdomstolen (hoogste bestuursrechter, Zweden) verduidelijking over het belang van belastingregels in de vestigingsstaat van de dochteronderneming voor de beoordeling of de verliezen van de dochteronderneming definitief zijn.

Toepasselijke Unierechtelijke bepalingen

4. Uit de artikelen 49 en 54 VWEU volgt dat beperkingen op het recht van een Zweedse naamloze vennootschap om zich vrij te vestigen op het grondgebied van een andere lidstaat, bijvoorbeeld door daar een dochteronderneming op te richten, verboden zijn.

Toepasselijke nationale bepalingen

Regels inzake groepsoverdrachten

5. De bepalingen over groepsoverdrachten staan in hoofdstuk 35 van de inkomstskattelag (1999:1229) [wet (1999:1229) inzake inkomstenbelasting; hierna: „ISL”].
6. Uit § 1 en § 3 volgt dat een moedermaatschappij in bepaalde omstandigheden groepsoverdrachten aan een volle dochteronderneming kan aftrekken. De overdracht moet door de dochteronderneming onder de inkomsten worden opgevoerd.
7. Volgens § 2, eerste alinea, is een moedermaatschappij onder meer een Zweedse naamloze vennootschap die meer dan 90 procent van de aandelen in een andere Zweedse naamloze vennootschap bezit. Een volle dochteronderneming is volgens de tweede alinea een vennootschap van een moedermaatschappij.
8. § 5 en § 6 bevatten bepalingen op grond waarvan aftrek ook wordt toegestaan bij groepsoverdrachten aan een dochteronderneming die indirect via een andere dochteronderneming wordt gehouden, en bij groepsoverdrachten tussen twee dochterondernemingen. **[Or. 3]**
9. Voor de toepassing van de bepalingen inzake groepsoverdrachten moet een buitenlandse onderneming die in een staat binnen de EER is gevestigd en overeenkomt met een Zweedse naamloze vennootschap, krachtens § 2 a, als zodanig worden behandeld. Dat geldt echter alleen als de ontvanger van de groepsoverdracht in Zweden belastingplichtig is voor de economische activiteit waarop de groepsoverdracht betrekking heeft.

Bepalingen inzake groepsaftrek

10. De bepalingen inzake groepsaftrek staan in hoofdstuk 35 a ISL.
11. Op grond van § 5 kan een Zweedse moedermaatschappij onder bepaalde voorwaarden groepsaftrek toepassen voor een definitief verlies van een volle buitenlandse dochteronderneming. Volgens § 6 is een verlies definitief als het niet kon en niet zal kunnen worden verrekend door de dochteronderneming of een andere onderneming in de staat waar de dochteronderneming is gevestigd. Daarnaast mag de reden waarom het verlies niet door de dochteronderneming kan worden verrekend, niet zijn dat aftrek rechtens onmogelijk is of dat de mogelijkheid daartoe in de tijd beperkt is.
12. Volgens § 2, eerste alinea, is een Zweedse moedermaatschappij onder meer een Zweedse naamloze vennootschap die meer dan 90 procent van de aandelen in een buitenlandse dochteronderneming bezit. Een volle buitenlandse dochteronderneming is volgens de tweede alinea een onderneming die wordt

gehouden door de moedermaatschappij. Uit de bepaling volgt dat de dochteronderneming in een staat binnen de EER moet zijn gevestigd en moet overeenkomen met onder meer een Zweedse naamloze vennootschap.

13. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het begrip „volle” betekent dat de dochteronderneming rechtstreeks door de moedermaatschappij moet worden gehouden.
14. Krachtens § 5 geldt voor de toepassing van groepsaftrek onder meer de voorwaarde dat de dochteronderneming in vereffening is gesteld en de vereffening is voltooid (punt 1). Voorts moet de dochteronderneming een volle dochter zijn geweest gedurende alle belastingjaren van de moedermaatschappij en van de dochteronderneming tot de voltooiing van de vereffening, of vanaf het begin van haar werkzaamheden tot de voltooiing van de vereffening [**Or. 4**] (punt 2). Voorts mogen er geen met de moedermaatschappij gelieerde ondernemingen zijn die na voltooiing van de vereffening activiteiten blijven uitvoeren in de vestigingsstaat van de dochteronderneming (punt 5).
15. Krachtens § 8, tweede alinea, mogen verliezen die de dochteronderneming heeft geleden voordat zij een volle dochter werd overeenkomstig § 5, punt 2, niet worden meegenomen in de berekening van de omvang van de groepsaftrek.
16. De bepalingen inzake groepsaftrek zijn ingevoerd omdat de Högsta förvaltningsdomstolen in verschillende beslissingen (onder meer RÅ 2009 ref. 13) heeft geoordeeld dat de aftrek van groepsoverdrachten in bepaalde gevallen op grond van het Unierecht moest worden toegestaan, ook al was niet voldaan aan de voorwaarden die het Zweedse recht aan een dergelijke aftrek stelt. Volgens de wetsgeschiedenis is het de bedoeling dat in die situaties voortaan de regels inzake groepsaftrek worden toegepast. Bij het opstellen van het wetsvoorstel is het op bezwaren gestuit dat de bepalingen enkel van toepassing waren op verliezen van rechtstreekse dochterondernemingen. De regering was echter van mening dat als de bepalingen ook van toepassing zouden zijn op verliezen van middellijke dochterondernemingen, ondernemingen dan zouden kunnen kiezen in welk land de verliezen aftrekbaar zouden zijn. Aan de beperking neergelegd in § 8, tweede alinea, lagen dezelfde redenen ten grondslag.

Feiten van het geding

Inleiding

17. De zaak heeft betrekking op een voorafgaand advies van de Skatterättsnämnden waartegen bij de Högsta förvaltningsdomstolen beroep is ingesteld door zowel Skatteverket (belastingdienst) als verzoekster, te weten Holmen AB.
18. Een voorafgaande beslissing is gebaseerd op de door de aanvrager verstrekte gegevens. Of deze gegevens overeenstemmen met de feitelijke situatie, wordt pas

beoordeeld wanneer de aanvrager ervoor kiest, het voorafgaand advies in te roepen voor de belastingheffing. **[Or. 5]**

Verzoek om een voorafgaande beslissing

19. In haar verzoek om voorafgaand advies heeft verzoekster het volgende verklaard.
20. Holmen AB is de moedermaatschappij van een groep die dochterondernemingen heeft in verschillende landen, waaronder Spanje. Het Spaanse deel van de groep is als volgt samengesteld. Holmen bezit alle aandelen in de dochteronderneming Holmen Suecia Holding S.L. (HSH). HSH bezit op haar beurt alle aandelen in enerzijds Holmen Paper Madrid S.L. (HPM) en anderzijds Holmen Paper Iberica S.L. (HPI). Dat deel van de groepsstructuur is opgericht in 2001 en is sindsdien niet gewijzigd. Daarnaast bezit de groep sinds 2011 een vestiging in Spanje die in handen is van een Zweedse dochteronderneming van Holmen. Tot slot had HPM voorheen alle aandelen in Carton y Papel Reciclado S.A. (Carpa) en 50 procent van de aandelen in Peninsular Cogeneración S.A. (Peninsular). In 2016 zijn de aandelen in Carpa en Peninsular samen met het grootste deel van de overige activa van HPM verkocht aan een externe koper.
21. De Spaanse ondernemingen vormen sinds 2003 een fiscale eenheid en worden belast volgens de Spaanse consolidatieregels. Carpa is in 2005 volledig door HPM overgenomen en maakte tussen 2006 en 2015 deel uit van de fiscale eenheid. De deelneming in Peninsular was echter zodanig laag dat de regels niet op deze onderneming van toepassing waren. Voorheen konden Spaanse vestigingen van buitenlandse ondernemingen geen deel uitmaken van een Spaanse fiscale eenheid, maar deze regels zijn in 2015 gewijzigd. Thans maakt ook de vestiging deel uit van de fiscale eenheid.
22. De Spaanse regels inzake fiscale consolidatie zijn bedoeld om binnen een groep ondernemingen te komen tot een evenwicht van resultaten. Volgens de regels kunnen winsten en verliezen van eenheden binnen een groep de rechtspersonen onbeperkt worden verrekend. De fiscale eenheid realiseert dit door een gemeenschappelijke geconsolideerde aangifte inkomstenbelasting. Volgens de Spaanse regels kunnen niet-verrekende verliezen zonder tijdsbeperking naar daaropvolgende jaren worden overgedragen en van de winst worden afgetrokken. Sinds 2011 kan echter slechts een deel van de in een bepaald jaar geboekte winst worden verrekend met verliezen in voorgaande jaren. De verliezen die als gevolg van deze wijziging niet kunnen worden verrekend, worden op dezelfde wijze als andere niet-verrekende verliezen overgedragen naar daaropvolgende jaren. Indien de fiscale eenheid wordt ontbonden **[Or. 6]** omdat een van de rechtspersonen binnen de eenheid is vereffend, worden openstaande verliezen verdeeld onder de ondernemingen die deze verliezen hebben geleden. In het jaar van de vereffening kunnen alleen de rechtspersonen die de verliezen hebben geleden, deze verrekenen.

23. Het Spaanse deel van de Holmen-groep maakte verlies, waarvan het grootste deel voor rekening kwam van HPM. Deze onderneming heeft sinds 2003 verliezen gecumuleerd voor een bedrag van in totaal ongeveer 140 miljoen EUR. Het betreft hier exploitatieverliezen die verband houden met de activiteit in Spanje en die zijn ontstaan ten gevolge van een gebrek aan rentabiliteit van die activiteit. Sommige andere Spaanse rechtspersonen hebben ook verlies geleden, maar deze zijn minder groot. Deze vallen niet onder het verzoek om voorafgaand advies. De winst van het Spaanse deel van de groep die is geboekt in de periode waarop het verzoek betrekking heeft (de jaren 2003 en volgende) is onbetekenend. De Spaanse vestiging heeft in de jaren waarin zij geen deel uitmaakte van de fiscale eenheid, geen winst geboekt.
24. Holmen is nu voornemens de Spaanse activiteit af te wikkelen. Zoals eerder vermeld, werd de liquidatie in 2016 ingeleid met de verkoop van het grootste deel van de activa van HPM aan een externe koper. Het geding heeft betrekking op de vraag of Holmen groepsaftrek mag toepassen op de verliezen van HPM zodra de liquidatie is voltooid. Ten aanzien van de liquidatie moeten twee alternatieven worden onderzocht.
25. Het eerste alternatief is dat HPI, HPM en HSH in hetzelfde belastingjaar en in de aangegeven volgorde worden vereffend. De overige Spaanse eenheden worden daarvóór verkocht aan een externe koper of worden vereffend. Totdat de vereffening van HPI, HPM en HSH is voltooid, vinden er in Spanje geen activiteiten plaats.
26. Het tweede alternatief is dat HSH door HPM wordt overgenomen door middel van een omgekeerde fusie waarna HPM wordt vereffend. Bij deze oplossing worden vóór de vereffening ook eerst alle overige Spaanse eenheden verkocht aan een externe koper of vereffend. **[Or. 7]**
27. Voor beide alternatieven geldt bovendien dat de groep nadat de maatregelen zullen zijn uitgevoerd, niet langer zal beschikken over een onderneming in Spanje. De groep zal daar evenmin via de moedermaatschappij of een andere groepsvennootschap nog activiteiten uitvoeren.

Voorafgaand advies van Skatterättsnämnden

28. Skatterättsnämnden heeft geoordeeld dat Holmen geen recht heeft op groepsaftrek voor de verliezen van HPM als deze wordt geliquideerd overeenkomstig de eerste mogelijkheid. Volgens Skatterättsnämnden mag de onderneming wel groepsaftrek toepassen voor de definitieve verliezen van HPM als deze onderneming overeenkomstig de tweede mogelijkheid wordt geliquideerd.
29. Skatterättsnämnden heeft het voorafgaand advies met betrekking tot de eerste mogelijkheid voornamelijk gemotiveerd als volgt.

30. Een Zweedse moedermaatschappij kan onder bepaalde voorwaarden profiteren van de verliezen van een Zweedse middellijke dochteronderneming door middel van een groepsoverdracht. Op grond van de regels inzake groepsaftrek zijn verliezen van middellijke dochterondernemingen die in andere lidstaten zijn gevestigd echter niet aftrekbaar. Dit verschil vormt een beperking van de vrijheid van vestiging. Uit de rechtspraak van het Hof volgt echter dat de beperking gerechtvaardigd kan zijn. Wil de beperking toelaatbaar zijn dan moet zij bovendien evenredig zijn.
31. Het is niet evenredig een moedermaatschappij het recht om verliezen van een dochteronderneming in een andere lidstaat in aftrek te brengen te ontzeggen in geval van een rechtstreekse dochteronderneming en als de verliezen definitief zijn. Uit de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak Marks & Spencer blijkt dat het in die zaak ging om een middellijke dochteronderneming. De uitspraak van het Hof in het arrest Marks & Spencer betekent bijgevolg dat aftrek onder bepaalde voorwaarden ook toelaatbaar is voor verliezen van een middellijke dochteronderneming. **[Or. 8]**
32. De redenen die volgens de voorbereidende werkzaamheden voor de regels inzake groepsaftrek werden aangevoerd voor het vereiste dat het gaat om een rechtstreekse dochteronderneming, waren dat de groep anders zou kunnen kiezen in welk land de verliezen aftrekbaar zouden zijn. In de onderhavige zaak is zowel de rechtstreekse als de middellijke dochteronderneming een Spaanse onderneming. In dat geval kan de groep dus niet kiezen in welk land de verliezen worden verrekend. Het vereiste dat HPM een rechtstreekse dochteronderneming moet zijn opdat groepsaftrek kan plaatsvinden is bijgevolg niet evenredig, mits de aftrek betrekking heeft op verliezen die als definitief kunnen worden beschouwd.
33. Bij de beoordeling of de verliezen definitief zijn, moet volgens de rechtspraak van het Hof rekening worden gehouden met de beperkingen die rechtens verbonden zijn aan de mogelijkheid om verliezen in de vestigingsstaat van de dochteronderneming af te trekken. Naar Spaans recht kunnen in het jaar van de vereffening alleen de rechtspersonen die de verliezen hebben geleden, deze verrekenen. HSH, de laatst overblijvende Spaanse rechtspersoon, kan bijgevolg de verliezen van HPM niet in het jaar van de vereffening aftrekken. Aangezien HSH rechtens niet de mogelijkheid heeft de verliezen van HPM af te trekken, kunnen die verliezen niet als definitief worden beschouwd in de zin van de rechtspraak van het Hof. Dat Holmen geen groepsaftrek voor de verliezen wordt toegestaan, kan dan ook niet als onevenredig worden beschouwd en is bijgevolg niet in strijd met het Unierecht.
34. Met betrekking tot de tweede mogelijkheid heeft Skatterättsnämnden voornamelijk de volgende redenen aangevoerd.
35. Op grond van de bepalingen inzake groepsaftrek kan Holmen de verliezen die HPM heeft geleden voordat deze onderneming een rechtstreekse dochter werd, niet aftrekken. Het vereiste dat de verliezen moeten zijn ontstaan in de periode dat

HPM een rechtstreekse dochter is, vormt een beperking van de vrijheid van vestiging, die echter kan worden gerechtvaardigd op grond van de rechtspraak van het Hof. Het vereiste is echter niet evenredig, mits de verliezen als definitief kunnen worden beschouwd.

36. De groep heeft gebruikgemaakt van de Spaanse regels voor fiscale consolidatie door een fiscale eenheid te vormen. Verliezen zijn aldus verrekend met winst van de fiscale eenheid onder toepassing van de kwantitatieve beperkingen volgens de Spaanse belastingregels. De winst was echter bescheiden en ook zonder kwantitatieve beperkingen konden de verliezen van HPM niet volledig van de winst worden afgetrokken. **[Or. 9]** Wanneer de fiscale eenheid is ontbonden, namelijk in het jaar van de vereffening, kan HPM de verliezen die de onderneming heeft geleden zonder beperking zelf aftrekken. Bij de belastingheffing in Spanje kan HPM bijgevolg worden geacht zelf rechtens over de mogelijkheid te beschikken om ten minste een deel van de betrokken verliezen te verrekenen.
37. Na voltooiing van de vereffening van HPM zullen er in Spanje geen andere eenheden meer zijn. Dat er rechtens geen mogelijkheden zijn voor andere Spaanse eenheden dan HPM om de verliezen te verrekenen wanneer de fiscale eenheid is ontbonden, vormt derhalve geen juridische beperking die impliceert dat de verliezen niet definitief zijn. Ten minste een deel van de betrokken verliezen kan dus als definitief worden beschouwd in de zin van de rechtspraak van het Hof. Dit betekent dat het vereiste dat de verliezen zijn ontstaan in de periode dat HPM rechtstreeks in bezit is van Holmen, niet evenredig is wat de verliezen betreft. Holmen kan daarom worden geacht in aanmerking te komen voor groepsaftrek voor die verliezen. De hoogte van de definitieve verliezen kan worden berekend als onderdeel van de normale heffingsprocedure.
38. Twee leden van Skatterättsnämnden waren het niet eens met het eerste alternatief en stelden zich op het standpunt dat het feit dat de Spaanse eenheden, behalve HPM, rechtens de verliezen in het jaar van de vereffening niet konden verrekenen, ook bij dat alternatief geen wettelijke beperking vormt die impliceert dat de verliezen niet als definitief kunnen worden beschouwd. Zij hebben er onder meer op gewezen dat wanneer de Zweedse nationale regels inzake groepsaftrek van toepassing zijn, het niet noodzakelijk is dat een andere eenheid dan de dochteronderneming zelf rechtens over de mogelijkheid beschikt om het verlies in de vestigingsstaat van de dochteronderneming te verrekenen. De Zweedse regels schrijven voor dat er geen aan de moedermaatschappij gelieerde onderneming in de vestigingsstaat van de dochteronderneming is die na de voltooiing van de vereffening activiteiten blijft uitvoeren. Zij benadrukten dat Holmen zelfs in het kader van het eerste alternatief voornemens is al haar activiteiten in Spanje te beëindigen en dat de groep daar geen activiteiten uitvoert zolang de vereffening niet is voltooid. **[Or. 10]**.

Standpunten van partijen

Skatteverket

39. Bij de uitlegging van het arrest Marks & Spencer moet rekening worden gehouden met de wijze waarop de nationale rechter de vragen aan het Hof had geformuleerd. In de procedure bij de nationale rechter betrof het namelijk een middellijke dochteronderneming. De prejudiciële vragen van de nationale rechter waren echter in algemene bewoordingen geformuleerd en waren niet specifiek bedoeld om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of aftrek voor middellijke dochterondernemingen moet worden toegestaan. Het Hof had dus geen reden om die vraag te beantwoorden. De rechtspraak van het Hof biedt derhalve geen steun voor het standpunt dat een lidstaat aftrek moet toestaan voor verliezen van een middellijke dochteronderneming in een andere lidstaat.
40. Zelfs als de eis dat de dochteronderneming rechtstreeks wordt gehouden als onevenredig zou worden beschouwd, kunnen de verliezen van HPM niet als definitief worden aangemerkt. Bij de beoordeling of een verlies definitief is, moet niet alleen rekening worden gehouden met de wettelijke mogelijkheden in de vestigingsstaat van de dochteronderneming voor de dochteronderneming zelf om de verliezen af te trekken. Eventueel door HSH tijdens de vereffening geboekte winst kan niet met de verliezen van HPM worden verrekend. Bij het eerste alternatief is HSH de laatst overblijvende onderneming van het Spaanse deel van de groep. De verliezen van HPM zullen derhalve buiten de Spaanse heffingsprocedure komen te vallen voordat het Spaanse deel van de groep volledig zal zijn afgewikkeld. De wettelijke beperking dat HSH de verliezen van HPM niet in het laatste belastingjaar kan verrekenen, betekent derhalve dat de verliezen niet definitief zijn.
41. Aftrek zou daarom niet toelaatbaar mogen zijn als de liquidatie overeenkomstig het eerste alternatief plaatsvindt. Wat het tweede alternatief betreft, zou aftrek alleen toelaatbaar moeten zijn voor verliezen die HPM heeft geleden nadat de onderneming rechtstreeks in bezit van Holmen is geraakt. **[Or. 11]**

Holmen AB

42. In het arrest Marks & Spencer waren verliezen van een middellijke dochteronderneming aan de orde. De beperking dat groepsaftrek alleen mogelijk is voor verliezen van rechtstreekse dochterondernemingen wijkt dus duidelijk af van de rechtspraak van het Hof. De Zweedse regels vormen een te grote beperking van de vrijheid van vestiging.
43. Andere Spaanse eenheden zullen naar verwachting in het jaar van de vereffening geen winst boeken. Het kan niet als evenredig worden beschouwd wanneer de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesconsolidatie wordt beperkt op grond dat een onderneming van de groep in hetzelfde land, die geen activiteiten uitvoert

en geen winst maakt, later, maar wel in hetzelfde jaar als de verlieslijdende onderneming, wordt vereffend.

Noodzaak van een prejudiciële beslissing

Inleiding

44. De vraag die in het geding wordt opgeworpen, is of een Zweedse moedermaatschappij op grond van artikel 49 VWEU het recht heeft om verliezen van een middellijke Spaanse dochteronderneming af te trekken wanneer de dochteronderneming is vereffend.
45. Holmen heeft aangegeven dat de onderneming door de betaling en de aftrek van de groepsoverdracht de verliezen van HPM had kunnen verrekenen als de dochteronderneming een Zweedse onderneming was geweest. Voor verliezen van middellijke buitenlandse dochterondernemingen die in Zweden niet belastingplichtig zijn, bestaat een dergelijke mogelijkheid niet. Uit de rechtspraak (zie bijvoorbeeld het arrest van Marks & Spencer, (punten) 32-34 en 45-51) kan worden geconcludeerd dat dit een beperking vormt van de vrijheid van vestiging, maar dat de beperking kan worden gerechtvaardigd door de wens om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en het gevaar van dubbele verliesverrekening en van belastingontwijking tegen te gaan. De bepalingen moeten voorts geschikt zijn voor de verwezenlijking van die doelstellingen. **[Or. 12]**
46. Wat dan nog moet worden onderzocht, is de vraag of deze bepalingen voldoen aan het vereiste van evenredigheid. Uit de rechtspraak van het Hof vloeit voort dat het niet evenredig is de aftrek van verliezen die een dochteronderneming in een andere lidstaat heeft geleden, te weigeren indien deze dochteronderneming de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden om die verliezen af te trekken, heeft uitgeput, dat wil zeggen indien de betrokken verliezen definitief zijn (zie bijvoorbeeld arrest Marks & Spencer, punt 55).
47. Volgens de verstrekte gegevens is het bij beide vereffeningsalternatieven feitelijk niet mogelijk om de verliezen in Spanje te verrekenen wanneer de vereffening is voltooid. In de onderhavige zaak is echter de vraag aan de orde gesteld of dat volstaat opdat de moedermaatschappij de verliezen in aftrek mag brengen. Högsta förvaltningsdomstolen wenst te vernemen hoe moet worden bepaald zich een situatie voordoet waarin de moedermaatschappij op grond van artikel 49 VWEU het recht heeft om de verliezen in aftrek te brengen.

Aftrek van verliezen van een middellijke dochteronderneming

48. Ten eerste is de vraag in het geding of het recht op aftrek van definitieve verliezen alleen bestaat wanneer de dochteronderneming rechtstreeks door de moedermaatschappij wordt gehouden.

49. Beide partijen in de procedure en Skatterättsnämnden hebben erop gewezen dat het arrest Marks & Spencer verliezen betref van een middellijke dochteronderneming van een moedermaatschappij. Holmen en de Skatterättsnämnden zijn bijgevolg van mening dat uit dat arrest volgt dat aftrek moet worden toegestaan voor definitieve verliezen van middellijke dochterondernemingen. Skatteverket is echter van mening dat het Hof deze vraag niet hoeft te beantwoorden gezien de wijze waarop de nationale rechter zijn verzoek om een prejudiciële beslissing heeft geformuleerd.
50. Högsta förvaltningsdomstolen stelt vast dat het Hof in het arrest Marks & Spencer de vraag die hier aan de orde is, niet uitdrukkelijk heeft behandeld. Volgens Högsta förvaltningsdomstolen heeft het Hof die vraag evenmin in een andere uitspraak behandeld. Gelet op bovenstaande is Högsta förvaltningsdomstolen van oordeel **[Or. 13]** dat het Hof moet worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de betekenis van het Unierecht op dat punt.

Belang van de belastingregels van de andere staat voor de beoordeling of verliezen definitief zijn

51. Verder heeft een aantal vragen in de onderhavige zaak betrekking op het belang van de belastingregels van de andere staat voor de beoordeling of verliezen definitief zijn.
52. Uit de rechtspraak volgt dat verliezen nimmer definitief kunnen zijn indien op grond van de regelgeving van de andere staat aftrek van verliezen als de aan de orde zijnde niet toelaatbaar is (zie arrest van 7 november 2013, K, C-322/11, EU:C:2013:716, punten 76-81). De rechtvaardiging daarvoor is dat een lidstaat niet kan worden verplicht de nadelige gevolgen van de wetgeving van een andere lidstaat te dragen. Volgens het Hof kan de vrijheid van vestiging niet aldus worden begrepen dat een lidstaat verplicht is zijn belastingregels af te stemmen op die van een andere lidstaat, teneinde te waarborgen dat in alle situaties de belasting zodanig wordt geheven dat alle ongelijkheden die uit de nationale belastingregels voortvloeien worden opgeheven.
53. Een verlies is evenmin definitief als de reden voor de niet-aftrekbaarheid ervan in de andere staat is dat het op grond van de regelgeving van deze staat niet is toegestaan verliezen over te dragen naar volgende jaren (zie arresten van 3 februari 2015, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-172/13, EU:C:2015:50, punt 33, en van 17 december 2015, Timac Agro Deutschland, C-388/14, EU:C:2015:829, punt 54).
54. De Spaanse regels voorzien in bepaalde kwantitatieve beperkingen voor het recht op verrekening van de winst met verliezen van voorgaande jaren. De delen van de verliezen van HPM die als gevolg van deze beperkingen niet met de winst van een bepaald jaar konden worden verrekend, kunnen worden overgedragen naar volgende jaren. Hoewel de verliezen dus niet definitief lijken te zijn, volgt uit de regels dat in Spanje de winst kan worden belast ondanks het feit dat daar

soortgelijke verliezen zijn geleden. Dat zou kunnen inhouden dat die delen van de verliezen niet als definitief kunnen worden beschouwd. Uit de bestaande rechtspraak van het Hof kan echter niet met zekerheid worden afgeleid dat dit het geval is. Daarom moet het Hof worden verzocht om een prejudiciële beslissing over deze vraag. **[Or. 14]**

55. De Spaanse regels voor fiscale consolidatie voorzien tevens in bepaalde beperkingen voor de mogelijkheid om de winst en het verlies van de verschillende eenheden binnen de groep onderling te verrekenen. In de eerste plaats konden Spaanse dochterondernemingen van buitenlandse ondernemingen vroeger niet tot een Spaanse fiscale eenheid toetreden. De Spaanse dochteronderneming van de groep bleef dus een aantal jaar buiten de fiscale eenheid vallen. Indien de dochteronderneming in die jaren winst had geboekt, kon die winst bijgevolg niet worden verrekend met de verliezen van HPM. In de tweede plaats is het zo dat indien andere Spaanse rechtspersonen in het jaar van de vereffening winst zouden boeken, die winst niet met de verliezen van HPM zal kunnen worden verrekend.
56. De vraag is of deze beperkingen relevant zijn voor de beoordeling of de verliezen van HPM definitief zijn.
57. Al de hierboven genoemde zaken bij het Hof hebben betrekking op wettelijke beperkingen voor de verlieslijdende partij zelf om de verliezen af te trekken. Het is dan ook onduidelijk of bij de beoordeling of de verliezen definitief zijn, ook rekening moet worden gehouden met de mogelijkheden die door de regelgeving in de andere staat aan andere eenheden worden geboden om de verliezen te verrekenen. Högsta förvaltningsdomstolen is van oordeel dat het Hof moet worden verzocht om een prejudiciële beslissing over deze vraag.
58. Mocht het Hof oordelen dat ook rekening moet worden gehouden met de wettelijke beperkingen voor de mogelijkheid van andere eenheden dan de verlieslijdende partij zelf om de verliezen af te trekken, dan rijst de vraag hoe dat moeten gebeuren.
59. In het arrest K heeft het Hof geoordeeld dat het feit dat de in die zaak aan de orde zijnde verliezen niet aftrekbaar waren in de staat waar ze waren ontstaan, betekende dat zij nooit als definitief konden worden beschouwd. Dat was het geval ongeacht of de verliezen daadwerkelijk in die staat aftrekbaar zouden zijn geweest als de regels daar in een dergelijk recht op aftrek hadden voorzien. De feitelijke omstandigheden waren in die situatie dus niet van belang voor de beoordeling van de evenredigheid (zie punten 76 en 81). **[Or. 15]**
60. De vraag is of dezelfde benadering ook moet worden gevolgd voor de vraag of andere eenheden dan de eenheid die daadwerkelijk het verlies lijdt verliezen kunnen verrekenen. Dat zou betekenen dat als de mogelijkheid tot overdracht van verliezen tussen verschillende eenheden in de vestigingsstaat van de dochteronderneming in enig opzicht beperkter is dan in de vestigingsstaat van de moedermaatschappij, de verliezen automatisch in het geheel niet als definitief

kunnen worden beschouwd. Dit zou dus gelden ongeacht de vraag of de groep één of meer eenheden in de vestigingsstaat van de dochteronderneming heeft en tevens ongeacht de vraag of eventuele andere eenheden in die staat winst hebben geboekt en de beperking feitelijk tot gevolg heeft gehad dat een deel van de verliezen niet met die winst kon worden verrekend.

61. Een andere benadering is echter dat met een dergelijke beperking alleen rekening hoeft te worden gehouden wanneer zij gelet op de feiten van het betrokken geval van belang is. Een dergelijke benadering zou onder meer betekenen dat met een beperking van de mogelijkheid om verliezen over te dragen tussen verschillende eenheden binnen een groep alleen rekening moet worden gehouden als de groep feitelijk meer dan één eenheid in het land in kwestie heeft, waarvan er ten minste één winst heeft geboekt. Het enige gevolg van een dergelijke beperking zou dan bovendien zijn dat juist de verliezen die vanwege de beperking niet met de winst van een andere eenheid konden worden verrekend, niet als definitief moeten worden beschouwd.
62. Eerdere uitspraken van het Hof bieden geen houvast om uit te maken welke van de twee benaderingen juist is. Högsta förvaltningsdomstolen wenst daarom dat het Hof ook deze vraag onderzoekt.

De vragen

63. Högsta förvaltningsdomstolen verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende vragen te beantwoorden.

Vraag 1

64. Is voor het recht van een moedermaatschappij in een lidstaat – dat onder meer volgt uit het arrest Marks & Spencer – om op grond van artikel 49 VWEU definitieve verliezen van een dochteronderneming in een andere lidstaat [Or. 16] in aftrek te brengen, vereist dat de dochteronderneming rechtstreeks wordt gehouden door de moedermaatschappij?

Vraag 2

65. Moet een verlies ook als definitief worden beschouwd voor het deel dat als gevolg van de regels in de vestigingsstaat van de dochteronderneming niet kon worden verrekend met de winst in die staat in een bepaald jaar, maar kon worden overgedragen zodat het eventueel in een komend jaar kan worden afgetrokken?

Vraag 3

66. Moet bij de beoordeling of een verlies definitief is, rekening worden gehouden met de beperkingen die de regels van de vestigingsstaat van de

dochteronderneming stellen aan de mogelijkheid voor andere eenheden dan de eenheid die het verlies heeft geleden, het verlies af te trekken?

Vraag 4

67. Indien rekening moet worden gehouden met een beperking als bedoeld in de derde vraag, dient dan in aanmerking te worden genomen in welke mate feitelijk door de beperking een deel van de verliezen niet met de winst van een andere eenheid kon worden verrekend?