

PEER-REVIEWED ARTIKEL

Een voorstel tot uitbreiding en verduidelijking van artikel 6 van de EU-fusierichtlijn

Mr. G.F. Boulogne¹

In deze bijdrage staat centraal de vraag of artikel 6 van de EU-fusierichtlijn na het A Oy-arrest nog in overeenstemming is met het primaire EU-recht. Het primaire EU-recht dwingt niet tot een uitbreiding van art. 6 EU-fusierichtlijn, maar is wel wenselijk, daarom wordt er een voorstel gedaan tot uitbreiding en verbetering van deze bepaling.

1. Inleiding

Op 21 februari 2013 wees het Europese Hof van Justitie arrest in A Oy;² dat een grensoverschrijdende fusie betrof van een Zweedse vennootschap (B) in haar Finse moedervennootschap (A Oy). B was in de jaren vóór de fusie in zwaar weer terechtgekomen en zij beschikte over aanzienlijke verliezen. Bij een zuiver Finse fusie zou A Oy de verliezen van B hebben kunnen aftrekken, op voorwaarde dat de transactie niet uitsluitend was verricht om een fiscaal voordeel te verkrijgen.³ Deze mogelijkheid bestond niet indien B – zoals in casu – in een andere lidstaat gevestigd was. De verliesovernamefaciliteit in art. 6 EU-fusierichtlijn⁴ bood geen soelaas, want die bepaling voorziet slechts in een doorschuiving van de verliezen van B naar een eventuele Zweedse vaste inrichting van A Oy. In het onderhavige geval bleef echter (praktisch⁵) niets achter in Zweden.

Het HvJ oordeelde dat deze ongelijke behandeling een belemmering vormde van de vrijheid van vestiging, die, in beginsel, gerechtvaardigd is door de 'noodzaak om de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en het gevaar van dubbele verliesverrekening en van belastingontwijking tegen te gaan'.⁶ De Finse rege-

ling zou verder gaan dan nodig is voor het bereiken van de belangrijkste nagestreefde doelstellingen indien B de mogelijkheden tot verliesverrekening in Zweden heeft uitgeput.⁷ Het HvJ liet het uiteindelijk aan de nationale rechter om te bepalen of A Oy bewezen had dat de verliesverrekeningsmogelijkheden in Zweden uitgeput waren.⁸

Terwijl de EU-fusierichtlijn slechts een faciliteit kent voor *binnenlandse* verliesovername bij grensoverschrijdende fusies, formuleerde het HvJ in A Oy een rechtsregel voor *grensoverschrijdende* verliesovername. Dit werpt de vraag op of art. 6 EU-fusierichtlijn na deze 'inhaalmanoeuvre' nog in overeenstemming is met het primaire EU-recht. Ter beantwoording van die vraag bespreek en commentarieer ik in onderdeel 3 van deze bijdrage het arrest A Oy. In onderdeel 4 behandel ik art. 6 EU-fusierichtlijn en zijn tekortkomingen. In onderdeel 5 betoog ik dat het primaire EU-recht niet dwingt tot een uitbreiding van art. 6 EU-fusierichtlijn. In onderdeel 6 beargumenteer ik dat uitbreiding van die bepaling wel gewenst is. In onderdeel 7 doe ik een voorstel tot uitbreiding en verbetering van art. 6 EU-fusierichtlijn. Dit voorstel dicht niet alleen het gat tussen wat mogelijk is onder het primaire EU-recht en wat mogelijk is onder het secundaire EU-recht, maar het gaat verder en het biedt oplossingen om, ongeacht het nationale recht, de doelstellingen van de EU-fusierichtlijn zo veel mogelijk te verwezenlijken. In onderdeel 8 ga ik in op de beleidsmatige aspecten van mijn voorstel. Onderdeel 9 bevat een slotsom.

2. Beperking van de reikwijdte van deze bijdrage

De rechtspraak van het HvJ over (grensoverschrijdende) verliesverrekening (o.a. Futura,⁹ Marks & Spencer,¹⁰ Oy AA,¹¹ Lidl Belgium,¹² Krankenhaus Wannsee¹³ en X Holding¹⁴) is in de fiscale literatuur ruimschoots aan bod gekomen.¹⁵ Ik volsta met een verwijzing naar deze literatuur.

1 Auteur is als docent/onderzoeker verbonden aan de Vrije Universiteit. Hij verricht promotieonderzoek naar de tekortkomingen in de EU-fusierichtlijn. Daarnaast is hij werkzaam als belastingadviseur bij PwC (Amsterdam, AEX-Midkap Group / EUDTG).

2 HvJ 21 februari 2013, zaak C-123/11 (A Oy), *NTR* 2013/649.

3 HvJ 21 februari 2013, zaak C-123/11 (A Oy), *NTR* 2013/649, r.o. 17.

4 Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat.

5 Slechts enkele langlopende huurcontracten bleven achter. Zie HvJ 21 februari 2013, zaak C-123/11 (A Oy), *NTR* 2013/649, r.o. 11-12.

6 HvJ 21 februari 2013, zaak C-123/11 (A Oy), *NTR* 2013/649, r.o. 40.

7 HvJ 21 februari 2013, zaak C-123/11 (A Oy), *NTR* 2013/649, r.o. 49.

8 HvJ 21 februari 2013, zaak C-123/11 (A Oy), *NTR* 2013/649, r.o. 54.

9 HvJ 15 mei 1997, zaak C-250/95 (Futura).

10 HvJ 13 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer), *NTR* 2005/1718.

11 HvJ 18 juli 2007, zaak C-231/05 (Oy AA), *NTR* 2007/1335.

12 HvJ 15 mei 2008, zaak C-414/06 (Lidl Belgium), *NTR* 2008/1030.

13 HvJ 23 oktober 2008, zaak C-157/07 (Krankenhaus Wannsee), *NTR* 2008/2306.

14 HvJ 25 februari 2010, zaak C-337/08 (X Holding), *NTR* 2010/541.

15 Zie, onder andere, S. van Thiel en M. Vascega, 'X Holding: Why Ulysses Should Stop Listening to the Siren', 50 *European Taxation* 8, p. 334-349 (2010), M. Isenbaert en C. Valjemarm, 'M&S Judgment: the ECJ caught between a rock and a hard place', *EC Tax Review* 1, p. 10-17 (2006) en de in G.F. Boulogne en N. Sumrada Slavnic, 'Cross-Border Restructuring and "Final Losses"', 52 *European Taxation* 10, p. 486-495 aangehaalde literatuur.

De overname van verliezen onder de EU-fusierichtlijn is geregeld in twee bepalingen, namelijk art. 6 (fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen en inbreng van activa) en art. 13 (verplaatsing van de statutaire zetel van een SE en een SCE). Omdat eerstgenoemde bepaling de meest voorkomende reorganisatievormen bestrijkt, beperk ik me in deze bijdrage hoofdzakelijk tot een bespreking van art. 6 EU-fusierichtlijn.

Voor een uitvoerige bespreking van de verliesovername bij reorganisaties binnen het Nederlandse raamwerk – de Wet VPB 1969 en het Besluit juridische fusie¹⁶ – verwijs ik naar de literatuur.¹⁷ Ik ga slechts in op de Nederlandse regeling als een van de bronnen van inspiratie voor mijn voorstel tot uitbreiding en verbetering van art. 6 EU-fusierichtlijn in onderdeel 7.

3. Het arrest A Oy (C-123/11)

3.1. Feiten en prejudiciële vragen

Het Finse A Oy verkocht meubels in Zweden via haar Zweedse dochtervennootschap B. B oefende deze verlieslijdende activiteit uit in drie gehuurde winkelruimten. Op een gegeven moment besloot B haar handelsactiviteiten te stoppen, maar zij bleef voor twee van haar winkelruimten gebonden aan langlopende huurcontracten. Een fusie van B in A Oy zou het mogelijk maken de huurcontracten te doen overgaan op A Oy en de groepsstructuur te vereenvoudigen. Alle activa en passiva van B zouden overgaan op A Oy en slechts de huurcontracten zouden in Zweden achterblijven.

Met dit doel voor ogen werd aan de Finse centrale belastingcommissie de vraag voorgelegd of A Oy, na voltooiing van de fusie, het verlies van B zou kunnen aftrekken. Op deze vraag volgde een negatief antwoord: de Finse regeling voorzag slechts in een verrekening van verliezen geleden door een Finse dochteronderneming of vaste inrichting. Nadat A Oy deze uitspraak had aangevochten voor de hoogste Finse rechter volgden prejudiciële vragen aan het HvJ over de mogelijke strijdigheid van de Finse regeling met de vrijheid van vestiging van (het huidige) art. 49 VWEU. Tevens zagen deze vragen op de wijze waarop de eventueel aftrekbare verliezen moeten worden berekend (naar de maatstaven van de woonstaat of naar de maatstaven van de bronstaat?).

3.2. Kan A Oy zich beroepen op de vrijheid van vestiging?

Het HvJ haalt het arrest SEVIC aan – waarin het oordeelde dat grensoverschrijdende fusies ‘bijzondere wijzen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging’ vormen¹⁸ – en het stelt vast dat de fusie binnen het bereik van de vrijheid van vestiging valt. Het HvJ volgt daarmee niet het viertal regeringen dat betoogde dat die vrijheid niet aan de orde was omdat de activiteiten van B al vóór de fusie waren stopgezet en de fusie in feite was ingegeven door het afzetten van het verlies van B tegen de winst van A Oy.

3.3. Is er een belemmering van de vrijheid van vestiging?

De vaststelling van een belemmering van de vrijheid van vestiging kost het HvJ weinig moeite. Het recht op verliesverrekening vormt een voordeel voor de moedervennootschap en wanneer dat voordeel wegvalt, kan dit de moedervennootschap ervan weerhouden om dochterondernemingen in andere lidstaten op te richten. Het HvJ merkt op dat wanneer de fusie uitsluitend verricht zou zijn met het oog op een belastingvoordeel, de aftrek van het verlies van B ook geweigerd zou zijn indien B een ingezeten dochteronderneming was geweest. Het HvJ stelt daarom vast dat, indien de nationale rechter zou oordelen dat dit het geval was, A Oy zich niet kan beroepen op een ongelijke behandeling van ingezeten en niet-ingezeten dochterondernemingen.

Wil sprake zijn van een belemmering van de vrijheid van vestiging, dan moet de grensoverschrijdende situatie vergelijkbaar zijn met de nationale situatie. Deze vergelijkbaarheid moet worden onderzocht in het licht van de door de nationale regeling nagestreefde doelstelling.¹⁹ Omdat de Finse regeling beoogt een voordeel toe te kennen aan de moedermaatschappij bestaande uit de aftrekbaarheid van het verlies van de dochterondernemingen, stelt het HvJ vast dat de situatie van een Finse moedermaatschappij die met haar Zweedse dochteronderneming wil fuseren vergelijkbaar is met de situatie van een Finse moedermaatschappij die met haar Finse dochteronderneming wil fuseren.

¹⁶ Toelichting en voorwaarden voor de fiscale begeleiding, verzoeken artikel 14b, derde lid, Wet VPB 1969, laatstelijk vastgesteld bij besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3131M, *Infob.* 2001, 4.

¹⁷ Zie, onder andere, G.C. van der Burgt en R.J. de Vries, ‘Fusies, splitsingen en de verrekening van (voorfusie)verliezen: Voorstellen voor het wegnemen van enkele onduidelijkheden en knelpunten’, *WFR* 2012/1693 (6981).

¹⁸ HvJ 13 december 2005, zaak C-411/03 (SEVIC Systems), r.o. 19.

¹⁹ Zie, onder andere, HvJ 18 juli 2007 (Oy AA), zaak C-231/05, *NTRF* 2007/1335, r.o. 36-38.

3.4. Is er een rechtvaardiging voor de belemmering van de vrijheid van vestiging?

Volgens vaste rechtspraak van het HvJ kan een belemmering van het vrije verkeer slechts worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.²⁰

Dwingende reden van algemeen belang: handhaving van de verdeling van heffingsbevoegdheid

Bij de vraag naar de rechtvaardiging van de belemmering van de vrijheid van vestiging haalt het HvJ dezelfde drie rechtvaardigingsgronden van stal als in het arrest Marks & Spencer: 'de noodzaak om de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en het gevaar van dubbele verliesverrekening en van belastingontwijking tegen te gaan.'²¹ In r.o. 41-43 gaat het HvJ in op de eerste rechtvaardigingsgrond: het handhaven van de verdeling van heffingsbevoegdheid. In r.o. 41 legt het HvJ uit dat die verdeling in gevaar komt wanneer afbreuk gedaan wordt 'aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden.' In r.o. 43 is het opeens de *evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten die groot gevaar zou lopen, 'aangezien de belastinggrondslag in beide staten zou worden gewijzigd ten belope van het bedrag van het overgedragen verlies.'* Het HvJ lijkt dus op twee gedachten te hinken, want draait het om de *verdeling van heffingsbevoegdheid, of om de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid?* Dat hiertussen een wezenlijk verschil bestaat, werd duidelijk in het arrest X Holding.²² In

A Oy leidt het in aanmerking nemen van het Zweedse verlies van B door A Oy er overigens toe dat zowel de *verdeling van heffingsbevoegdheid als de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegd* tussen Finland en Zweden in het geding komt, omdat Finland een verlies moet accepteren uit een Zweedse activiteit waarvan het de winsten niet zou hebben mogen belasten.

Het HvJ lijkt in A Oy niet alleen te zwalken bij de vraag of het gaat om de *verdeling* of om de *evenwichtige verdeling* van heffingsbevoegdheid, maar ook bij de vaststelling *wanneer* die verdeling van heffingsbevoegdheid precies in gevaar komt. Enerzijds overweegt het HvJ in r.o. 43 namelijk in abstracto dat '[i]ndien een vennootschap de mogelijkheid zou worden geboden, te opteren voor verrekening van haar verlies in de lidstaat waar ze gevestigd is dan wel in een andere lidstaat, (...) een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de lidstaat immers groot gevaar [zou] lopen (...), aangezien de belastinggrondslag in beide staten zou worden gewijzigd ten belope van het bedrag van het overgedragen verlies.' Deze opmerking, die afkomstig is uit Oy AA en X Holding, is het HvJ al eerder op kritiek komen te staan want het suggereert ten onrechte dat vennootschappen zouden kunnen 'spelen met verliezen' doordat het in aanmerking nemen van een 'min' in de moederlidstaat zou leiden tot een 'plus' in de dochterlidstaat.²³ In concreto stelt het HvJ uiteindelijk in r.o. 48 vast dat dit 'spelen met verliezen' zich in A Oy helemaal niet voor kan doen:

'[m]et betrekking tot de evenredigheid van de belemmering van de vrijheid van vestiging zij opgemerkt dat het feit dat de moedermaatschappij de mogelijkheid krijgt om bij een grensoverschrijdende fusie het verlies van haar niet-ingezetten dochteronderneming te verrekenen, a pri-

20 Zie, onder andere, HvJ 12 december 2006 (Test Claimants in the FII Group Litigation), zaak C-446/04, NTFR 2007/125, r.o. 167.

21 HvJ 21 februari 2013, zaak C-123/11 (A Oy), NTFR 2013/649, r.o. 40.
Zie HvJ 13 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer plc), NTFR 2005/1718, r.o. 43: 'Ijn de eerste plaats vormen winst en verlies, fiscaal gezien, de twee zijden van eenzelfde medaille, die binnen eenzelfde belastingregeling symmetrisch moeten worden behandeld om een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de verschillende betrokken lidstaten te waarborgen. In de tweede plaats zou, indien het verlies in de lidstaat van de moedervennootschap worden verrekend, het gevaar bestaan dat het verlies tweemaal wordt verrekend. In de derde plaats bestaat ten slotte een gevaar van belastingontwijking indien het verlies niet in de lidstaat van vestiging van de dochtervennootschap wordt verrekend.'

22 In het arrest X Holding verzocht een in Nederland gevestigde moedervennootschap om de vorming van een fiscale eenheid (art. 15 Wet VPB 1969) met een in België gevestigde dochtervennootschap. X Holding en de Europese Commissie betoogden dat voeging van de Belgische dochtervennootschap in een fiscale eenheid met de Nederlandse moedervennootschap de *evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen Nederland en België* niet zou aantasten (zie HvJ 25 februari 2010, zaak C-337/08 (X Holding), NTFR 2010/541, r.o. 35.). Zij voerden aan dat vorming van een fiscale eenheid in wezen erop neerkomt dat gevoegde dochtervennootschappen fiscaal gezien worden als vaste inrichtingen van de moedervennootschap. Indien de Belgische dochtervennootschap als een vaste inrichting van de Nederlandse moedervennootschap zou worden aangemerkt, dan zouden de verliezen van die vaste inrichting tijdelijk kunnen worden verrekend met winsten op hoofdniveau onder toepassing van de (toen geldende) inhaalregeling. Het evenwicht in de verdeelde heffingsbevoegdheid zou daarmee niet worden verstoord. Het HvJ achtte de belemmering die voortvloeide uit de Nederlandse regeling

echter gerechtvaardigd vanwege de noodzaak de *verdeling van heffingsbevoegdheid* tussen de lidstaten te handhaven. Het HvJ stelde namelijk vast dat de *verdeling van heffingsbevoegdheid* verandert, indien de Belgische dochtervennootschap fiscaal gezien gelijkgesteld zou worden aan een Belgische vaste inrichting van de Nederlandse moedervennootschap: 'vaste inrichtingen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, en niet-ingezetten dochterondernemingen bevinden zich immers niet in een vergelijkbare situatie wat de verdeling van heffingsbevoegdheid betreft zoals die voortvloeit uit een verdrag als het dubbelbelastingverdrag, en inzonderheid de artikelen 7, lid 1, en 23, lid 2, ervan. Terwijl een dochteronderneming als zelfstandige rechtspersoon onbepert belastingplichtig is in de staat die partij is bij een dergelijk verdrag en waar zij haar zetel heeft, ligt dit immers anders voor in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting, die in beginsel en ten dele onderworpen blijft aan de fiscale jurisdictie van de lidstaat van oorsprong' (zie HvJ 25 februari 2010, zaak C-337/08 (X Holding), NTFR 2010/541, r.o. 38.) Met de verwijzing naar de *verdeling van heffingsbevoegdheid* creëerde het HvJ in X Holding een trendbreuk met zijn eerdere rechtspraak (o.a. Marks & Spencer en Oy AA), waarin het nog draaide om de *evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid* (zie HvJ 25 februari 2010, zaak C-337/08 (X Holding), NTFR 2010/541, r.o. 33).

23 Zie de annotatie van D.M. Weber bij het arrest X Holding in *Highlights and Insights on European Taxation* 7, p. 66-74 (2010) en de nadere conclusie van A-G Wattel van 7 juli 2010, nr. 43.484bis, NTFR 2010/1918, punt 3.14.

ori niet tot gevolg heeft dat de moedermaatschappij van jaar tot jaar vrij kan kiezen welke belastingregeling op het verlies van haar dochteronderneming van toepassing is.

Het HvJ had deze onnodige verwarring kunnen voorkomen door zich te beperken tot de invulling van deze rechtvaardigingsgrond die het in Philips Electronics en Lidl Belgium gaf,²⁴ namelijk het veiligstellen van 'de symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van de verliezen'.²⁵ Omdat alleen Zweden de winsten van B mocht belasten, verbreekt het in aanmerking nemen van de verliezen van B in Finland de symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van de verliezen.

Het tegengaan van het gevaar van dubbele verliesverrekening
In r.o. 44 wijst het HvJ erop dat het gevaar van dubbele verliesverrekening zich kan voordoen wanneer bij een fusie de in een andere lidstaat gevestigde moeder vennootschap de mogelijkheid heeft het verlies van de overgenomen dochtervennootschap van haar belastbaar inkomen af te trekken. In r.o. 49 overweegt het HvJ vervolgens dat de Finse regeling 'verder gaat dan nodig is voor het bereiken van de belangrijkste nagestreefde doelstellingen in een situatie waarin de niet-ingezetene dochteronderneming de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden tot verliesverrekening heeft uitgeput [cursivering GFB]'. Het HvJ verklaart niet wat de 'belangrijkste nagestreefde doelstellingen' zijn (in het Engels: 'the essential part of the objectives pursued'), maar het lijkt mij voor zich spreken dat dubbele verliesverrekening geen gestalte kan krijgen indien de mogelijkheden tot verliesverrekening in Zweden uitgeput zijn.

Het tegengaan van belastingontwijking

In r.o. 45 noemt het HvJ het gevaar van belastingontwijking dat een intra-groepsherstructurering zodanig wordt vormgegeven, dat een verlies wordt verrekend in de lidstaat waar het belastingtarief het hoogst is en waar de fiscale waarde van een verlies dus het grootst is. Gezien de vaste rechtspraak van het HvJ waarin belastingplichtigen de ruimte worden gelaten om gebruik te maken van een gunstigere belastingdruk in andere lidstaten (lidstaten mogen het voordeel wat hieruit ontstaat niet wegbelasten) lijkt deze uitleg van het begrip 'belastingontwijking' mij behoorlijk ruim.²⁶ Daarbij komt dat in casu de vraag naar de rechtvaardiging van de opgeworpen belemmering slechts speelt indien vaststaat dat de transactie niet uitsluitend met het oog op een belastingvoordeel is voltrokken. Wanneer dat

station gepasseerd is lijkt het lastig(er) een succesvol beroep te doen op de noodzaak om belastingontwijking tegen te gaan.

3.5. Is de Finse regeling evenredig?

Met betrekking tot de evenredigheid van de Finse regeling stelt het HvJ, zoals gezegd, eerst vast dat het 'spelen van verliezen' zich niet (snel) zal voordoen. Vervolgens haalt het zijn 'Marks & Spencer-uitzondering' aan, die inhoudt dat deze regeling 'verder gaat dan nodig is voor het bereiken van de belangrijkste nagestreefde doelstellingen in een situatie waarin de niet-ingezeten dochteronderneming de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden tot verliesverrekening heeft uitgeput (...)'. Bij het aantonen dat dit het geval is laat het HvJ zich niet met een kluitje in het riet sturen: het HvJ acht het onvoldoende dat A Oy aanvoert 'dat na de afronding van de fusie B zal worden vereffend en zij in Zweden geen dochteronderneming of vaste inrichting meer zal hebben' (r.o. 50-52). Het HvJ wijst namelijk op de interventies van diverse regeringen die mogelijkheden blijven zien om het verlies van B in Zweden te verrekenen. Uiteindelijk staat het volgens het HvJ 'aan de nationale rechter om te bepalen of A daadwerkelijk heeft bewezen dat B alle mogelijkheden tot verrekening van het in Zweden geleden verlies heeft uitgeput' (r.o. 54).

Het HvJ beschouwt de mogelijkheden tot verliesverrekening als uitgeput wanneer aan een drietal voorwaarden is voldaan: (i) de winsten van de dochtervennootschap kunnen niet voorwaarts of achterwaarts verrekend worden met eigen winsten van de dochtervennootschap, (ii) de verliezen van de dochtervennootschap kunnen niet worden benut door deze over te dragen aan een derde partij en (iii) de verliezen van de dochtervennootschap kunnen niet worden benut door een derde partij.²⁷ Uit de voortslepende Marks & Spencer-procedure in het Verenigd Koninkrijk²⁸ en uit twee arresten van het Duitse Bundesfinanzhof van 9 juni 2010²⁹ wordt duidelijk dat nationale rechters de vraag wanneer verliezen 'definitief' zijn, verschillend beantwoorden. Een geschilpunt is of de mogelijkheden tot verliesverrekening (slechts) *juridisch* of (ook) *feitelijk* uitgeput moeten zijn. In de literatuur is op dit punt al eerder uitgebreid ingegaan.³⁰ *Juridische* uitputting doet zich bijvoorbeeld voor bij

24 HvJ 6 september 2012, zaak C-18/11 (Philips Electronics), *NTFR* 2012/2293, r.o. 24 en HvJ 15 mei 2008, zaak C-414/06 (Lidl Belgium), *NTFR* 2008/1030, r.o. 33.

25 Zie ook W.W. Monteiro in zijn aantekening bij het arrest A Oy in *NTFR* 2013/649.

26 Zie, onder andere, HvJ 26 oktober 1999, zaak C-294/97 (Eurowings), r.o. 44 en HvJ 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), *NTFR* 2006/1406, r.o. 49.

27 Zie HvJ 13 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer plc), *NTFR* 2005/1718, r.o. 55.

28 Zie, onder andere, High Court, 11 april 2006, Marks & Spencer plc v. Halsey (Inspector of Taxes), [2006] EWHC 811 Ch; [2006] STC 1235; Court of Appeal, 20 februari 2007, Marks & Spencer plc v. Halsey (Inspector of Taxes), [2007] EWCA Civ 117; [2008] STC 526; Court of Appeal, 14 oktober 2011, HMRC v. Marks & Spencer, [2011] EWCA Civ 1156.

29 Bundesfinanzhof 9 juni 2010, I R 100/09 en I R 107/09.

30 Zie, onder andere, G.F. Boulogne en N. Sumrada Slavnic, "Cross-Border Restructuring and "Final Losses"", 52 *European Taxation* 10, p. 489-491.

het verstrijken van de verliesverrekeningstermijnen (denk aan de eenjarige carry-backtermijn en de negenjarige carry-forwardtermijn in art. 20, lid 2, Wet VPB 1969). *Feitelijke* uitputting doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de dochtervennootschap wordt geliquideerd en haar activiteiten worden gestaakt.

In de post-Marks & Spencer-procedure in het Verenigd Koninkrijk overwoog Park J in het Britse High Court dat onder mogelijkheden tot verliesverrekening moet worden verstaan de:³¹ ‘recognised possibilities legally available given the objective facts of the company’s situation at the relevant time.’ Chadwick LJ in het Britse Court of Appeal overwoog dat de voorwaarden van de ‘Marks & Spencer-uitzondering’ niet vervuld zijn:³²

[...] if the claimant did no more than demonstrate that it was improbable or unlikely, or that there was little or no real likelihood, or that the claimant (or the surrendering company) had no intention, that losses could or would be set against future profits. (...) Given the context, the phrase “no possibility” in the second condition is to be read as “no real possibility”; in the sense that a real possibility is one which cannot be dismissed as fanciful.’

Eén van de vragen voor het Britse Court of Appeal was of de ‘Marks & Spencer-uitzondering’ moet worden toegepast op basis van de feiten van een individueel geval of dat deze test meer algemeen moet worden toegepast.³³ De Britse fiscus had betoogd dat indien het een vennootschap zou zijn toegestaan om aan de voorwaarden van de ‘Marks & Spencer-uitzondering’ te voldoen met verwijzing naar de feitelijke situatie op het moment van het indienen van de claim, dit vennootschappen de mogelijkheid zou bieden om te kiezen waar de verliezen in aftrek komen. Het Court of Appeal concludeerde dat uit de objectieve feiten op het moment van het indienen van de claim moet blijken of er een ‘real’, in tegenstelling tot een ‘fanciful’ mogelijkheid is dat de verliezen in een latere periode benut worden.

Omdat de twee arresten van het Duitse Bundesfinanzhof in de literatuur al de nodige aandacht hebben gehad,³⁴ beperk ik me tot een korte samenvatting. De zaak I R 100/09 (2010) betrof een in Duitsland gevestigde vennootschap die haar onderneming uitoefende door middel van een verlieslijdende Franse vaste inrichting. De Franse verliezen uit 1999 waren na 2004 niet meer verrekenbaar als gevolg van

de vijfjarige verliesverrekeningstermijn onder het Franse recht. Zaak I R 107/09 (2010) betrof eveneens een in Duitsland gevestigde vennootschap met een Duitse vaste inrichting. De Duitse vennootschap leed verliezen in de periode 1998-2001, totdat haar Franse activiteiten werden gestaakt in september 2001. De verliezen uit 2000 en 2001 konden niet voorwaarts of achterwaarts worden verrekend. In beide gevallen beoogde de Duitse vennootschap de Franse verliezen af te zetten tegen haar Duitse belastbare inkomen.

In de zaak I R 100/09 verwierp het Duitse Bundesfinanzhof de opvatting dat *juridische* uitputting toereikend zou zijn om aan de voorwaarden van de ‘Marks & Spencer-uitzondering’ te voldoen. De uitkomst was dat het Franse verlies uit 1999 niet in aftrek kwam in Duitsland. Hoewel het verlies ook *feitelijk* uitgeput was geraakt in 2005 vanwege de staking van de Franse activiteiten, bleef het Bundesfinanzhof onvermurwbaar; hij merkte op dat de uitputting van het Franse verlies veroorzaakt was door het verstrijken van de vijfjaarstermijn en hij beschouwde de onmogelijkheid om het Franse verlies in aanmerking te nemen daarom als een dispariteit. In de zaak I R 107/09 aanvaardde het Bundesfinanzhof de aftrek van de Franse verliezen wel, omdat deze verliezen *feitelijk* waren uitgeput in 2001 vanwege de staking van de Franse activiteiten. In een *obiter dictum* merkte het HvJ op dat de uitputting van verliezen zich ook kan voordoen wanneer een vaste inrichting wordt omgezet in een vennootschap of wanneer de activa en passiva van een vaste inrichting worden overgedragen aan een derde partij.³⁵

In haar conclusie in A Oy betoogde A-G Kokott dat de ‘Marks & Spencer-uitzondering’ niet kan worden toegepast bij fusies.³⁶ Zij koesterde dezelfde bedenkingen als de Britse fiscus in de post-Marks & Spencer-procedure, namelijk dat de fusierende vennootschappen vrijelijk zouden kunnen kiezen waar de verliezen van de inbrengende vennootschap in aanmerking worden genomen. Bovendien vreesde A-G Kokott dat de inbrengende vennootschap bewust mogelijkheden tot verliesverrekening zou laten schieten.

Naar mijn mening leidt zowel *juridische* als *feitelijke* uitputting van de verrekeningsmogelijkheden tot het ‘definitief’ worden van de verliezen van de dochtervennootschap. De beperking van de ‘Marks & Spencer-uitzondering’ tot *feitelijk* uitgeputte verliezen – zoals voorgestaan wordt door het Bundesfinanzhof – moet worden verworpen. Allereerst behelst die benadering een kunstmatige prikkel om de buitenlandse activiteiten te staken (uit angst dat de verliezen

31 High Court 11 april 2006, Marks & Spencer plc v. Halsey (Inspector of Taxes), [2006] EWHC 811 Ch; [2006] STC 1235.

32 Court of Appeal 20 februari 2007, Marks & Spencer plc v Halsey (Inspector of Taxes), [2007] EWCA Civ 117.

33 Court of Appeal 14 oktober 2011, HMRC v. Marks & Spencer, [2011] EWCA Civ 1156.

34 Zie A. Bal, ‘New Case Law Developments in Germany: Finality of Foreign Permanent Establishment Losses’, 52 *European Taxation* 1, p. 46.

35 Deze transacties worden genoemd in art. 2a, lid 4, van de Duitse Einkommensteuergesetz.

36 Conclusie van A-G Kokott van 19 juli 2012, zaak C-123/11 (A Oy), *NtFR* 2012/2244, punt 55-60.

verdampen) in plaats van ze voort te zetten en te mikken op toekomstige winstgevendheid. Ten tweede is het niet in aanmerking nemen van de verliezen van de dochtervennootschap die enkel *juridisch* uitgeput zijn geen dispariteit, maar een belemmering van het vrije verkeer die wordt veroorzaakt door een discriminatoire regeling in de lidstaat van de moedervernootschap. Het arrest *Krankenheim Wannsee*³⁷ dwingt nog wel tot een nuancering. In dat arrest dreef een Duitse vennootschap haar onderneming door middel van een Oostenrijkse vaste inrichting. Oorspronkelijk was die vaste inrichting verlieslijdend en onder de toen geldende Duitse regeling konden haar verliezen in aanmerking worden genomen op het Duitse hoofdhuisniveau. In Oostenrijk was verliesverrekening alleen mogelijk indien de verliezen niet eveneens in Duitsland in aanmerking konden worden genomen. Op het moment dat de Oostenrijkse vaste inrichting winstgevend werd, werden de in aftrek gekomen verliezen ingehaald in Duitsland. De Duitse regeling verplichtte niet tot een dergelijke inhaal indien de belastingplichtige aannemelijk maakte dat de Oostenrijkse wetgeving geen enkele mogelijkheid tot verrekening van de Oostenrijkse verliezen biedt (quod non). Omdat in het geval van een Duitse vaste inrichting geen inhaal zou hebben plaatsgevonden, was de fiscale behandeling van een Duitse vennootschap met een Oostenrijkse vaste inrichting minder gunstig dan indien deze vaste inrichting in Duitsland zou zijn gevestigd. Het HvJ overwoog dat de 'logische symmetrie' van het inhalen van de voorheen afgetrokken verliezen noodzakelijk was om de coherentie van het Duitse belastingstelsel te waarborgen en daarmee was de belemmering die uit de inhaal voortvloeide gerechtvaardigd. De omstandigheid dat de mogelijkheid om de verliezen te verrekenen onder de Oostenrijkse regeling in casu niet kon worden geëffectueerd, en dat de belastingplichtige dus werd opgezaald met een 'definitief verlies', werd door het HvJ beschouwd als een dispariteit door het HvJ. Kort en goed oordeelde het HvJ in *Krankenheim Wannsee* dat een lidstaat verliesverrekening in een grensoverschrijdende situatie ongunstiger mag behandelen dan in een binnenlandse situatie, zolang 'definitieve verliezen' in theorie maar in aftrek komen. De lidstaat van de moedervernootschap hoeft daarbij haar regeling niet af te stemmen op de regeling in de lidstaat van de dochtervennootschap. Ik leid hieruit af dat de lidstaat van de moedervernootschap een verlies dat naar haar eigen maatstaven juridisch uitgeput is niet in aftrek hoeft toe te staan, indien dit verlies in de lidstaat van de dochtervennootschap nog verrekenbaar is.

3.6. Hoe moeten de over te nemen verliezen worden bepaald?

Het HvJ stelt vast dat de vrijheid van vestiging in beginsel niet voorschrijft volgens welke wet het over te nemen verlies moet worden berekend (r.o. 58). Dit wekt weinig verbazing, want op dit terrein heeft (nog) geen positieve harmonisatie plaatsgevonden en daarom staat het de lidstaat van de moedervernootschap in beginsel vrij dit verlies te bepalen. Uiteraard mag de berekening van het over te nemen verlies van een buitenlandse dochtervennootschap niet minder gunstig uitpakken dan de berekening van het over te nemen verlies van een binnenlandse dochtervennootschap (r.o. 59). Met deze overwegingen laat het HvJ de berekening uiteindelijk over aan de Finse rechter, omdat '[d]eze kwestie (...) evenwel niet op abstracte en hypothetische wijze [kan] worden benaderd, maar (...) in voorkomend geval van geval tot geval [moet] worden onderzocht' (r.o. 60).

De berekening van de over te nemen verliezen wordt bemoeilijkt indien – zoals gebruikelijk – het recht in de lidstaat van de moedervernootschap verschilt van het recht in de lidstaat van de dochtervennootschap.³⁸ Aan de ene kant kunnen er *tijdelijke* verschillen zijn, bijvoorbeeld omdat deze lidstaten de fiscaal toelaatbare afschrijving op onroerende zaken verschillend berekenen. Anderzijds kunnen er *permanente* verschillen zijn, bijvoorbeeld omdat deze lidstaten afwijkende renteaftrekbepalingen hebben. Het is zelfs mogelijk dat een dochtervennootschap verlieslijdend is volgens het recht van haar lidstaat van vestiging, maar winstgevend zou zijn geweest volgens het recht van de lidstaat van de moedervernootschap. Omdat het de lidstaat van de moedervernootschap is die een belemmerende regeling kent, kan worden betoogd dat, net als het Britse Court of Appeal oordeelde in de voortdurende *Marks & Spencer*-procedure,³⁹ de over te nemen verliezen ook volgens het recht van die lidstaat moeten worden berekend. In haar conclusie in *A Oy* was A-G Kokott dezelfde mening toegedaan, zij het met een slag om de arm. Zij overwoog dat de over te nemen verliezen *in beginsel* moeten worden berekend volgens het recht van de lidstaat van de moedervernootschap omdat alleen dan binnenlandse en grensoverschrijdende situaties gelijk behandeld worden.⁴⁰ Het aanbrengen van een maximering van de over te nemen verliezen tot het bedrag dat is vastgesteld volgens het recht van de lidstaat van de dochtervennootschap – dit hadden de Commissie en de Finse regering bepleit – zou

38 Zie ook G.F. Boulogne en N. Sumrada Slavnic, 'Cross-Border Restructuring and "Final Losses"', 52 *European Taxation* 10, p. 490-491.

39 Court of Appeal 14 oktober 2011, *HMRC v. Marks & Spencer*, [2011] EWCA Civ 1156, §87-88.

40 Conclusie van A-G Kokott van 19 juli 2012, zaak C-123/11 (*A Oy*), *NTFR* 2012/2244, punt 73.

volgens Kokott die beoogde gelijke behandeling frustreren.⁴¹ In sommige gevallen ziet Kokott echter ruimte voor een (neerwaartse) correctie van de over te nemen verliezen '[b]ijvoorbeeld waar het gaat om fiscale steunregelingen van de vestigingsstaat van de overnemende vennootschap – men denke aan verhoogde afschrijvingen –, die een hoger verlies tot gevolg hebben.' Bij de houdbaarheid van dat laatste standpunt kan overigens een kanttekening worden geplaatst, want in bijvoorbeeld het arrest Tankreederei overwoog het HvJ dat de vrijheid van kapitaalverkeer eraan in de weg staat dat een fiscale steunregeling, zoals een investeringsaftrek voor schepen, geweigerd wordt aan een onderneming enkel vanwege het feit dat het investeringsgoed fysiek wordt gebruikt op het grondgebied van een andere lidstaat.⁴² Een fiscale steunregeling kan dus niet beperkt worden tot binnenlandse situaties enkel vanwege het feit dat grensoverschrijdende uitbreiding van die regeling nadelige budgettaire gevolgen zou hebben.

Om de in aanmerking te nemen verliezen te bepalen, is het uitgangspunt dat de vrijheid van vestiging tot doel heeft onevenredige belemmeringen van het vrije verkeer weg te nemen. Omdat, volgens vaste rechtspraak van het HvJ, lidstaten enerzijds de fiscale voordelen die ontstaan door grensoverschrijdende vestiging niet mogen 'wegbelasten'⁴³ en zij anderzijds niet verplicht zijn hun stelsels aan te passen aan die van andere lidstaten om zo te zorgen dat fiscale nadelen die ontstaan door grensoverschrijdende vestiging altijd worden weggewomen,⁴⁴ betekent dit naar mijn mening dat het volgens de maatstaven van de lidstaat van de moedervernootschap moet worden bepaald of er een 'definitief verlies' is en wat de omvang van dat verlies is. Zoals betoogd in onderdeel 3.5, volgt mijns inziens uit *Krankenheim Wannsee* dat een verlies dat definitief is naar de maatstaven van de lidstaat van de moedervernootschap, maar niet naar de maatstaven van de lidstaat van de dochtervernootschap, niet in de eerstgenoemde lidstaat in aftrek hoeft te komen.

3.7. De toepassing van de 'Marks & Spencer-uitzondering'

3.7.1. Terug van weggeweest of nooit weggeweest?

In *A Oy* verwijst het HvJ maar liefst tien keer naar het arrest *Marks & Spencer*, dat het ruim zeven jaar eerder wees. Die verwijzingen zien vooral op 'definitieve-verliezen-uitzondering' uit dat arrest: om de verdeling van heffingsbevoegdheid te bewaken gaat het verder dan nodig is om verliezen van een niet-ingezetten dochtervernootschap

niet in aftrek toe te staan wanneer die dochtervernootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden tot verliesverrekening heeft uitgeput. Gelet op deze veelheid aan verwijzingen rijst de vraag of het HvJ het nodig achtte deze uitzondering nieuw leven in te blazen, of dat de 'Marks & Spencer-uitzondering' de afgelopen zeven jaar gewoon overeind is gebleven en het HvJ de toepassing van deze uitzondering slechts wou herbevestigen.

3.7.2. *A-G Kokott in A Oy: de 'Marks & Spencer-uitzondering' kan niet meer worden toegepast*

In haar conclusie in *A Oy* stelt A-G Kokott over de 'Marks & Spencer-uitzondering' verzuchtend vast: '[z]oveel woorden, en toch is niet duidelijk welke reikwijdte die uitzondering heeft en of zij – in het licht van latere rechtspraak van het Hof – eigenlijk nog wel bestaat.' Toch concludeert zij in punt 52 stellig: '[i]ndien de rechtvaardiging echter alleen maar stoelt op de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, kan de 'Marks & Spencer-uitzondering' gezien de verder ontwikkelde rechtspraak niet meer worden toegepast.'

A-G Kokott hanteert de volgende denktrant. In *Marks & Spencer* toetste het HvJ de belemmering van het vrije verkeer aan drie rechtvaardigingsgronden, waaronder het doel van de handhaving van de verdeling van heffingsbevoegdheid van de lidstaten en het verhinderen van dubbele verliesverrekening. Wanneer de verliezen van de dochtervernootschap in haar vestigingsstaat niet meer kunnen worden verrekend, valt het gevaar voor dubbele verliesverrekening weg en in dat geval is weigering van het verzochte 'group relief' disproportioneel. In latere rechtspraak is de drie-eenheid verdeling van heffingsbevoegdheid / dubbele verliesverrekening / belastingontwijking gedecimeerd tot één enkele rechtvaardigingsgrond: het bewaken van de verdeling van heffingsbevoegdheid. Een rechtvaardigingsgrond, die zelfstandig een belemmering van het vrije verkeer kan rechtvaardigen.

Gezien deze ontwikkeling stelt A-G Kokott zich de retorische vraag waarom de mogelijkheden tot verliesverrekening in de lidstaat van de dochtervernootschap relevant zijn voor de verdeling van heffingsbevoegdheid. Indien de verliesverrekeningsmogelijkheden zijn uitgeput, is verliesverrekening door de moedervernootschap namelijk helemaal geen minder vergaande wijze om de verdeling van heffingsbevoegdheid te bewaken: de verdeling van heffingsbevoegdheid wordt in dat geval helemaal niet meer gehandhaafd. Zolang voorkoming van dubbele verliesverrekening niet als een zelfstandige rechtvaardigingsgrond wordt aangemerkt en de rechtvaardiging slechts stoelt op het handhaven van de verdeling van heffingsbevoegdheid is de rol van de 'Marks & Spencer-uitzondering' uitgespeeld, zo concludeert A-G Kokott.

41 Conclusie van A-G Kokott van 19 juli 2012, zaak C-123/11 (*A Oy*), *NTFR* 2012/2244, punt 74.

42 HvJ 22 december 2010, zaak C-287/10 (*Tankreederei*), *NTFR* 2011/73, r.o. 34.

43 HvJ 26 oktober 1999, zaak C-294/97 (*Eurowings*), r.o. 46.

44 HvJ 29 november 2011, zaak C-371/10 (*National Grid Indus*), *NTFR* 2011/2856, r.o. 62.

3.7.3. *A-G Mengozzi in K: de 'Marks & Spencer-uitzondering' is terug van weggeweest*

Zoals gezegd, het HvJ volgde A-G Kokott niet in A Oy. Toch kwam A-G Mengozzi in zijn conclusie in de zaak K – een maand na het arrest A Oy – met een nadrukkelijke steunbetuiging voor A-G Kokott.⁴⁵ Die zaak betreft de vraag of een inwoner van Finland het verlies geleden met de vervreemding van een in Frankrijk gelegen onroerende zaak mag aftrekken van zijn Finse inkomen uit kapitaal. Normaal gesproken zou een verlies behaald met de vervreemding van een onroerende zaak aftrekbaar zijn in Finland, maar omdat het Fins-Franse belastingverdrag bepaalt dat vermogenswinsten behaald met de vervreemding van onroerende zaken enkel aan belasting zijn onderworpen in de Staat waar zij zijn gelegen, volgt hieruit – op grond van het symmetriebeginsel – dat een verlies op de vervreemding van een in Frankrijk gelegen onroerende zaak niet in Finland kan worden afgetrokken.⁴⁶ In Frankrijk kon het verlies niet in aanmerking worden genomen en het was daarmee 'definitief'. In punten 58-90 van zijn conclusie ging A-G Mengozzi in op evenredigheid van de weigering om het vervreemdingsverlies in Finland in aanmerking te nemen. Specifiek vroeg hij zich af of de onderhavige situatie valt onder de 'definitieve verliezen-uitzondering' uit Marks & Spencer. Net als A-G Kokott stelt A-G Mengozzi vast dat het bewaken van de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten uitdrukkelijk als zelfstandige rechtvaardigingsgrond is erkend door het HvJ. Hiermee lijkt het HvJ volgens A-G Mengozzi 'gaandeweg afstand te willen nemen van de Marks & Spencer-exceptie'.⁴⁷ Exemplarisch zijn volgens A-G Mengozzi de arresten Lidl Belgium en X Holding, waarin het HvJ zoveel gewicht zou hebben toegekend aan de noodzaak om de verdeling van heffingsbevoegdheid te bewaken, dat de rol van de 'definitieve-verliezen-uitzondering' zou zijn uitgespeeld.

Het HvJ zou volgens A-G Mengozzi de 'Marks & Spencer-uitzondering' hebben 'gereactiveerd' in A Oy, maar hebben nagelaten duidelijkheid te scheppen over de criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald of deze uitzondering van toepassing is. A-G Mengozzi pakt deze handschoen zelf op in de zoektocht naar 'een mogelijke sleutel tot een beter begrip'. In punten 74-76 concludeert hij dat het aantal aangevoerde rechtvaardigingsgronden en de aard ervan geen rol zou moeten spelen bij de toepassing van de 'Mark

& Spencer'-uitzondering: Marks & Spencer en A Oy zouden op exact dezelfde wijze beslist zijn indien slechts de verdeling van heffingsbevoegdheid op het spel zou hebben gestaan. Een 'absoluut overtuigendere uitleg' voor de toepassing van de 'Marks & Spencer-uitzondering' kan volgens A-G Mengozzi gevonden worden in 'de bi- of unilaterale oorsprong van de door de lidstaat nagestreefde doelstelling en de ter bereiking ervan vastgestelde beperkende maatregel':

'78. Zo behoeft, wanneer de belastingmaatregel rechtstreeks voortvloeit uit de bij verdrag overeengekomen verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, niet te worden stilgestaan bij de uitputting van de mogelijkheden om verliezen in de bevoegde lidstaat in aanmerking te laten nemen, aangezien de beperking het rechtstreekse gevolg is van de in het belastingverdrag overeengekomen verdeling en niet van de toepassing van een enkel belastingregime.

79. Dit is overigens ook de oplossing waarvoor het Hof heeft gekozen in de punten 47-52 van het door de verwijzende rechter vermelde arrest Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, waarvan de contouren al in het arrest Lidl Belgium waren geschetst.

80. In die gevallen waarin de doelstelling en de ter verwezenlijking ervan vastgestelde beperkende maatregel uitsluitend op één belastingregime berusten (eenzijdige vaststelling), zou daarentegen wel de toepassing van de "Marks & Spencer-exceptie" kunnen worden overwogen.

81. Zou men in de onderhavige zaak voor een dergelijke benadering kiezen, dan moet worden geconstateerd dat de rechtstreeks op het Frans-Finse belastingverdrag gebaseerde weigering van het verzoek van K evenredig is aan de doelstelling van de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, zonder dat het vraagstuk van de definitieve aard van het door K in Frankrijk bij de vervreemding van onroerend goed geleden verlies onderzoek behoeft.'

3.7.4. *Mijn opvatting: de 'Marks & Spencer-uitzondering' is nooit weggeweest*

De doelstelling van de handhaving van de verdeling van heffingsbevoegdheid wordt niet bereikt indien een lidstaat verliezen in aanmerking moet nemen uit een activiteit waarvan het de winsten niet mag belasten. Dit is echter geen reden om de toepassing van de 'Marks & Spencer-uitzondering' af te wijzen. Integendeel, de erkenning van de noodzaak om de verdeling van heffingsbevoegdheid te handhaven vormt de uitkomst van een dans op het koord tussen het vrije verkeer en de fiscale soevereiniteit van de lidstaten. Indien de schending van het vrije verkeer te grof is, dan moet een belemmerende nationale maatregel wijken, ook al streeft zij een legitieme doelstelling na.

45 Conclusie van A-G Mengozzi van 21 maart 2013, zaak C-322/11 (K), NTFR 2013/1593.

46 A-G Mengozzi verwijst naar art. 6, lid 1 van het Fins-Franse belastingverdrag bij de vaststelling dat het verlies geleden met de vervreemding van de Franse onroerende zaak niet in Finland aftrekbaar is. Ik meen dat dit art. 13, lid 1 van dat belastingverdrag moet zijn, dat bepaalt dat vermogenswinsten behaald met vervreemding van een onroerende zaak slechts belastbaar zijn in de Staat waar die onroerende zaak is gelegen. Ik begrijp dat de Finse verwijzingsuitspraak naar beide bepalingen verwijst.

47 Conclusie van A-G Mengozzi van 21 maart 2013, zaak C-322/11 (K), NTFR 2013/1593, punt 63.

De opvatting van A-G Mengozzi dat in Lidl Belgium en X Holding een doodverklaring van de 'Marks & Spencer-uitzondering' kan worden gelezen, volg ik niet. Lidl Belgium ging over de vraag of een in Duitsland gevestigde vennootschap haar Luxemburgse vaste-inrichtingsverliezen onder toepassing van een inhaalregeling mocht aftrekken (dat zou een minder vergaande belemmering van het vrije verkeer hebben betekend dan de bestaande Duitse objectvrijstelling). Het HvJ ging expliciet in op de 'definitieve-verliezen-uitzondering' uit Marks & Spencer en het volstond met de vaststelling dat aan de wezensvoorwaarde daarvoor (onverrekenbaarheid van het verlies in de bronstaat) niet voldaan was (de vaste-inrichtingsverliezen konden (en werden) in een later jaar daadwerkelijk (worden) verrekend).⁴⁸ Volgens A-G Mengozzi zou het HvJ deze uitdrukkelijke erkenning van de 'Marks & Spencer-uitzondering' echter hebben willen nuanceren door hieraan toe te voegen dat:

'wanneer krachtens een overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting het recht op belastingheffing over de inkomsten van een vaste inrichting toekomt aan de lidstaat waar deze inrichting is gelegen, het feit dat de hoofdvennootschap de mogelijkheid zou worden geboden om te opteren voor verrekening van de verliezen van die vaste inrichting in de lidstaat waar zij is gevestigd dan wel in een andere lidstaat, een groot gevaar zou betekenen voor een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de betrokken lidstaten'.⁴⁹

Ik lees dit uit Lidl Belgium afkomstige citaat echter anders dan A-G Mengozzi. In de eerste plaats berust het idee dat een belastingplichtige kan kiezen in welke lidstaat verliezen worden verrekend op een misvatting. In de tweede plaats brengt de omstandigheid dat verliezen 'definitief' zijn mee dat van een keuzemogelijkheid geen sprake is: in de bronstaat kunnen de verliezen niet meer worden verrekend. De 'nuance' in Lidl Belgium lijkt dus geen afbreuk te doen aan levendigheid van de 'Marks & Spencer-uitzondering'. Ook uit het ontbreken van verwijzingen naar de 'Marks & Spencer-uitzondering' in X Holding kan mijns inziens geen aanwijzing gevonden worden voor het insluimeren van de 'Marks & Spencer-uitzondering', want dat arrest zag helemaal niet op (de aftrek van) definitieve verliezen.

Ook de suggestie door A-G Mengozzi dat de 'Marks & Spencer-uitzondering' niet speelt wanneer een beperking 'het rechtstreekse gevolg is van de in het belastingverdrag overeengekomen verdeling en niet van de toepassing van een enkel belastingregime' overtuigt niet, omdat niets in de rechtspraak van het HvJ erop wijst dat de oorzaak van een beperking (unilateraal dan wel bilateraal) een rol speelt

bij de toepassing van de evenredigheidstoets. Integendeel, het HvJ scheert beperkingen die voortvloeien uit nationaal recht en beperkingen die voortvloeien uit een belastingverdrag over één kam, wat logisch is aangezien het lidstaten vrij staat om unilateraal, of door middel van het sluiten van belastingverdragen, hun heffingsbevoegdheid af te bakken.⁵⁰

Het verbaast mij daarom niet dat A-G Mengozzi onmiddellijk weer afscheid neemt van zijn kort daarvoor nog als 'absoluut overtuigender' bestempelde uitleg wanneer hij opmerkt dat deze uitleg sterk leunt op procedurele toevaligheden (vermeldt de verwijzende rechter het belastingverdrag in het rechtskader van de prejudiciële vragen?) en, nu komt het!, dat zij niet strookt met de bestaande rechtspraak van het HvJ. Alle creativiteit van A-G Mengozzi ten spijt, zijn eigen suggestie blijkt onhoudbaar.

Ik beschouw A Oy dus als een *herbevestiging* in plaats van een *herintroductie* van de Marks & Spencer-uitzondering. Hoewel de winkels van Marks & Spencer in Nederland twaalf jaar lang uit het straatbeeld verdwenen zijn geweest (een persbericht van 16 april 2013 kopt veelbelovend: 'Marks & Spencer returns to The Netherlands with a 'Clicks & Bricks' Strategy'⁵¹), is de Marks & Spencer-doctrine als een paal boven water blijven staan.

4. Welke tekortkomingen kent art. 6 EU-fusierichtlijn?

4.1. Achtergrond van art. 6 EU-fusierichtlijn⁵²

De EU-fusierichtlijn heeft tot doel de fiscale belemmeringen bij grensoverschrijdende reorganisaties weg te nemen door middel van een gemeenschappelijke fiscale regeling. De financiële belangen van de lidstaat van de inbrengende of verworven vennootschap moeten hierbij worden veiliggesteld. Art. 1 EU-fusierichtlijn somt de kwalificerende rechtshandelingen op. Eén van de genoemde rechtshandelingen is een 'fusie bij oprichting', die volgens de definitie in art. 2, onderdeel a, sub ii, meebrengt dat twee of meer inbrengende vennootschappen worden ontbonden. Indien een inbrengende vennootschap over fiscaal nog niet verrekende verliezen beschikt zullen deze doorgaans, vanwege hun subjectgebonden karakter, niet overgaan op de ontvan-

50 Zie bijv. HvJ 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint-Gobain), r.o. 58.

51 <http://corporate.marksandspencer.com/page.aspx?pointerid=a77e5cf0a54b41b5b23893464c49c201>.

52 Voor een bespreking van art. 6 EU-fusierichtlijn, zie J. Bezzina, 'The Treatment of Losses under the EC Merger Directive 1990', 42 *European Taxation* 2, p. 57-71 (2002) en J. Calleja Borg, 'Non-exhausted Losses and the Merger Directive: What It Fails to Say', *Intertax* 11, p. 557-563 (2011).

48 HvJ 15 mei 2008, zaak C-414/06 (Lidl Belgium), *NtFR* 2008/1030, r.o. 50-51.

49 HvJ 15 mei 2008, zaak C-414/06 (Lidl Belgium), *NtFR* 2008/1030, r.o. 52.

gende vennootschap. Dit zou vennootschappen ervan kunnen weerhouden te reorganiseren.⁵³

'[t]he fact that deferrable losses cannot be transferred from the acquired company to the acquiring company is clearly an impediment to restructuring operations. It means companies are more likely to abandon or defer any restructuring operations they might have planned and thus negatively influences the competitive situation of EU businesses.'

Gelukkig bepaalt art. 6 EU-fusierichtlijn dat fiscaal nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap mogen worden overgenomen door een vaste inrichting van de ontvangende vennootschap die achterblijft op het grondgebied van de inbrengende vennootschap:

'[v]oor zover de lidstaat van de inbrengende vennootschap, indien de in artikel 1, onder a), bedoelde rechtshandelingen verricht werden tussen op zijn grondgebied gevestigde vennootschappen, bepalingen zou toepassen die de ontvangende vennootschap in staat stellen de fiscaal nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap over te nemen, breidt die lidstaat deze bepalingen uit tot de overname van zulke verliezen door de vaste inrichtingen van de ontvangende vennootschap, die zich op zijn grondgebied bevinden.'

4.2. Reikwijdte en duiding van art. 6 EU-fusierichtlijn

Art. 6 EU-fusierichtlijn is van toepassing op de in art. 1, onderdeel a), EU-fusierichtlijn bedoelde rechtshandelingen. Dit zijn: 'fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil waarbij vennootschappen van twee of meer lidstaten betrokken zijn'. De verrekening van verliezen in het geval van een in art. 1, onderdeel b), bedoelde verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE is geregeld in art. 13, lid 2, EU-fusierichtlijn:

'2. Voor zover een vennootschap die haar zetel binnen het grondgebied van een lidstaat verplaatst, de fiscaal niet verrekende verliezen op vorige of volgende jaren mag afboeken, staat die lidstaat de op zijn grondgebied gelegen vaste inrichting van de SE of de SCE die haar zetel verplaatst, toe die fiscaal nog niet verrekende verliezen van de SE of de SCE over te nemen, op voorwaarde dat het afboeken van verliezen op vorige of volgende jaren in vergelijkbare omstandigheden mogelijk zou zijn geweest voor een vennootschap die in die lidstaat haar zetel of fiscale woonplaats behoudt.'

Bij de door art. 6 EU-fusierichtlijn bestreken rechtshandelingen, met uitzondering van een aandelenruil, gaan de verliezen van de inbrengende vennootschap(pen) over naar de ontvangende vennootschap(pen). Bij de door art. 13, lid 2, EU-fusierichtlijn bestreken rechtshandelingen blijven de verliezen achter bij dezelfde vennootschap, maar treedt een wijziging op van *binnenlandse* naar *buitenlandse* c.q. *beperkt binnenlandse* belastingplicht.

Zoals volgt uit de verwijzing naar art. 1, onderdeel a), EU-fusierichtlijn, ziet art. 6 EU-fusierichtlijn ook op een 'gedeeltelijke splitsing' en een 'inbreng van activa'. Dit brengt mee dat de ontbinding van de inbrengende vennootschap geen *conditio sine qua non* is voor verliesovername, aangezien de inbrengende vennootschap bij beide rechtshandelingen blijft bestaan. Meer nog dan een remedie tegen het verdwijnen van de verliezen van de inbrengende vennootschap(pen) lijkt art. 6 EU-fusierichtlijn dus een koppelstuk te vormen tussen de ingebrachte activa en passiva en de over te nemen verliezen.

4.3. Art. 6 EU-fusierichtlijn voorziet niet in een onbelemmerde verliesverrekening bij een aandelenruil

Art. 6 EU-fusierichtlijn verwijst naar 'de in artikel 1, onderdeel a), bedoelde rechtshandelingen', waaronder ook een aandelenruil valt.⁵⁴ Bij een aandelenruil zijn de 'verworven vennootschap' en de 'verwervende vennootschap' betrokken,⁵⁵ maar art. 6 EU-fusierichtlijn verwijst naar de 'inbrengende' en 'ontvangende vennootschap'. Ook gaan bij een aandelenruil geen activa en passiva over naar een andere vennootschap maar worden slechts de aandelen in de verworven vennootschap overgedragen. Zowel de tekst als de systematiek van art. 6 EU-fusierichtlijn lijkt zich daarom te verzetten tegen de toepassing van art. 6 EU-fusierichtlijn op een aandelenruil.

Terwijl bij een fusie het onverrekenbaar worden van de verliezen van de inbrengende vennootschap zijn oorsprong kan vinden in de ontbinding van die vennootschap en bij de zetelverplaatsing van een SE of SCE in de verandering van *binnenlandse* naar *buitenlandse* c.q. *beperkt binnenlandse* belastingplicht, kan dit bij een aandelenruil gebaseerd zijn op de wijziging van de het aandeelhouderschap van de verworven vennootschap. Veel lidstaten hebben art. 20a Wet VPB 1969-achtige bepalingen, die een rem zetten op de verrekening van de verliezen van de dochtervennootschap om zo de handel in verlieslichamen tegen te gaan.⁵⁶

⁵⁴ Zie art. 2, onderdeel e), EU-fusierichtlijn.

⁵⁵ Zie art. 2, onderdelen h en i), EU-fusierichtlijn.

⁵⁶ Zie W. Kessler en R. Eicke, 'Losing the Losses – The New German Change-of-Ownership Rule', *Tax Notes International* 10 december 2007, p. 1045-1048 en D. Post en K.P.E. Stals, 'The Tax Treatment of Corporate Losses: A Comparative Study', *Intertax* 4, p. 236-237 (2012).

⁵³ Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper 'Company Taxation in the Internal Market', COM(2001)582 final, 23 October 2001, p. 239.

Naar mijn mening zou bij een aandelenruil, net als bij de andere door art. 6 EU-fusierichtlijn bestreken transacties, een onbelemmerde verrekening van verliezen het uitgangspunt moeten zijn. Mocht de aandelenruil als hoofddoel of een van de hoofddoelen 'de handel in een verlieslichaam' hebben, dan is art. 15, lid 1, onderdeel a, EU-fusierichtlijn de aangewezen bepaling om dit te voorkomen, indien dit zou kwalificeren als 'belastingfraude of belastingontwijking' (wat ik overigens betwijfel).

4.4. Art. 6 EU-fusierichtlijn voorziet in een 'carry-forward' maar niet in een 'carry-back' van verliezen

Op basis van de letterlijke tekst ('het overnemen van de fiscaal nog niet verrekende verliezen van de vennootschap') ziet art. 6 EU-fusierichtlijn slechts op een 'carry-forward' van verliezen. Art. 6 EU-fusierichtlijn onderscheidt zich hiermee van art. 13, lid 2, EU-fusierichtlijn, dat eveneens oog heeft op een 'carry-back' van verliezen ('het afboeken van de fiscaal niet verrekende verliezen op vorige of volgende jaren [cursivering GFB]'). Uit de Engelse taalversie van de EU-fusierichtlijn blijkt dit onderscheid nog duidelijker: 'the takeover of losses which had not yet been exhausted' (art. 6 EU-fusierichtlijn) ten opzichte van 'the carry forward or carry back of losses which had not been exhausted' (art. 13, lid 2, EU-fusierichtlijn).

Een mogelijke verklaring voor dit onderscheid is dat het terugwentelen van de verliezen subjectgebonden is en daarom beperkt moet blijven tot de verrekening met winsten van dezelfde vennootschap. Indien, bijvoorbeeld, een SE haar statutaire zetel verplaatst van een lidstaat naar een andere lidstaat met achterlating van een vaste inrichting, dan zijn het de verliezen van de (vaste inrichting van de) SE die worden afgezet tegen haar pre-migratiewinsten. Dit ligt anders bij een grensoverschrijdende fusie, waarbij het de verliezen van de (vaste inrichting van de) ontvangende vennootschap zouden zijn die worden verrekend met de pre-fusiewinsten van de *inbrengende vennootschap*. Deze verklaring, die dus inhoudt dat de wisseling van het belastbare subject de terugwenteling van verliezen frustreert, is echter niet overtuigend, omdat dit ook speelt bij de voortwenteling van verliezen. Bij een inbreng van activa, bijvoorbeeld, zijn het de verliezen van de *inbrengende vennootschap* die verrekend worden met de winsten van de *ontvangende vennootschap*. Ik zie daarom geen dogmatische obstakels bij een uitbreiding van art. 6 EU-fusierichtlijn tot een 'carry-back' van verliezen.

Op dit moment staat het aan de lidstaten om de carry-back en carry-forwardtermijnen vast te stellen. In de praktijk betekent dit dat hiertussen verschillen bestaan, wat mij ongewenst lijkt op een terrein waar een gemeenschappelijke fiscale regeling juist het credo is. Deze verschillen spelen

in het bijzonder op wanneer bepaald moet worden of een verlies 'definitief' is en het zich kan voordoen dat een verlies naar maatstaven van de dochter-lidstaat 'verjaard' is, maar nog niet naar de maatstaven van de moeder-lidstaat en daarom (nog) niet verrekenbaar in de moeder-lidstaat. Om deze verschillen te vermijden zou de EU-fusierichtlijn verliesverrekeningstermijnen moeten bevatten, waarbij één jaar terugwentelen en een onbeperkt voortwentelen mij redelijk lijkt. Ik merk op dat de concept-CCCTB-richtlijn (zie onderdeel 4.6 van deze bijdrage) voorziet in een onbeperkte voorwaartse verliesverrekening, maar niet in een achterwaartse verliesverrekening.⁵⁷ De motivering voor het ontbreken van achterwaartse verliesverrekening is als volgt: '[I]oss carry back is relatively rare in the practice of the Member States, and leads to excessive complexity.'

4.5. Art. 6 EU-fusierichtlijn verplicht lidstaten slechts om 'grensoverschrijdende' rechtshandelingen gelijk te behandelen als 'binnenlandse' rechtshandelingen

Op grond van art. 6 EU-fusierichtlijn hoeft de lidstaat van de inbrengende vennootschap slechts de overname van verliezen door de (vaste inrichting van de) ontvangende vennootschap toe te staan indien zij dit ook zou doen bij een binnenlandse rechtshandeling. Hierin schuilt een tekortkoming van deze bepaling, want niet alle lidstaten voorzien hierin. In Duitsland, bijvoorbeeld, is het voor een Duitse ontvangende vennootschap niet mogelijk om de verliezen van een Duitse inbrengende vennootschap over te nemen. Deze mogelijkheid werd na het arrest Marks & Spencer de pas afgesneden vanwege de vrees dat Duitse ontvangende vennootschappen door middel van grensoverschrijdende fusies buitenlandse verliezen zouden kunnen importeren.⁵⁸

Indien een ontvangende vennootschap de verliezen van de inbrengende vennootschap niet kan overnemen, dan kan deze vennootschap ervan worden weerhouden grensoverschrijdend te herstructureren. Gelet op de doelstelling van de EU-fusierichtlijn is onvoorwaardelijke verliesverrekening daarom wenselijk. Het is echter de vraag of deze uitbreiding geen aantasting vormt van de 'financiële belangen' van de lidstaten die beschermd moeten worden. Het antwoord hierop ligt naar mijn mening besloten in het arrest 3D I Srl.⁵⁹ Deze zaak betrof een Italiaanse vennootschap (3D I Srl) die een tak van bedrijvigheid had overgedragen aan een Luxemburgse vennootschap. De tak van bedrijvigheid vormde een Italiaanse vaste inrichting van de Luxemburgse vennootschap. Ten aanzien van de boekwinst op de overgedragen activa en passiva opteerde 3D I Srl niet voor

57 Zie onderdeel (15) van de preambule van de concept-CCCTB-richtlijn en art. 43, lid 1, van de concept-CCCTB-richtlijn.

58 Zie J. Englisch, 'Reform of the Reorganization Tax Act and Related Changes', 47 *European Taxation* 7, p. 342-343 (2007).

59 HvJ 19 december 2012, zaak C-207/11 (3D I Srl), *NIFR* 2012/2074.

de Italiaanse bedrijfsfusiefaciliteit omdat zij in dat geval een voorziening op haar balans had moeten vormen voor zover zij aan de ontvangen aandelen een hogere fiscale boekwaarde zou toekennen dan de fiscale boekwaarde van de ingebrachte activa en passiva. 3D I Srl koos voor de betaling van een vervangende belasting en verzocht, nadat zij op de hoogte was geraakt van mogelijk gunstige rechtspraak van het HvJ,⁶⁰ om een teruggave van de betaalde vervangende belasting. Zij betoogde dat Italiaanse boekhoudeis in strijd was met de EU-fusierichtlijn omdat hij afbreuk doet aan de door deze richtlijn beoogde fiscale neutraliteit. In een heldere conclusie leidde A-G Jääskinen uit de considerans van de EU-fusierichtlijn af dat het 'zogeheten beginsel van fiscale neutraliteit (...) enkel betrekking [heeft] op de fiscale behandeling op het tijdstip van een grensoverschrijdende fusie, splitsing, inbreng van activa of aandelenruil, en niet in een andere fase [cursivering GFB]'. Omdat de EU-fusierichtlijn voor een 'inbreng van activa' geen waarderingsregel kent die is toegesneden op de inbrengende vennootschap (voorstellen daarvoor werden niet aangenomen) en aangezien de Italiaanse wetgeving niet leidde tot belastingheffing op het moment van de 'inbreng van activa', maar in een later stadium (namelijk (pas) op het moment van uitkering aan de aandeelhouders van 3D I Srl) concludeerde A-G Jääskinen dat 3D I Srl zich niet op de EU-fusierichtlijn kon beroepen. Het HvJ ging mee met zijn advocaat-generaal en overwoog dat de EU-fusierichtlijn 'de lidstaten (...) een zekere ruimte laat om te beslissen of zij de fiscale neutraliteit die de inbrengende vennootschap geniet afhankelijk willen stellen van voorwaarden betreffende de waardering van de in ruil ontvangen bewijzen, zoals de continuïteit van de fiscale waarden, voor zover die voorwaarden er niet toe leiden dat de overdracht van die bewijzen in het kader van de inbreng van activa zelf aanleiding geeft tot het heffen van belasting over de meerwaarden op die bewijzen.' Uiteindelijk waren de Italiaanse regels volgens het HvJ niet in strijd met de EU-fusierichtlijn. Het HvJ maakt hiermee duidelijk dat, waar de EU-fusierichtlijn zwijgt, lidstaten de bevoegdheid blijven behouden om de voordelen van de EU-fusierichtlijn afhankelijk te stellen van additionele voorwaarden, tenzij die voorwaarden leiden tot *onmiddellijke* belastingheffing op het moment van de 'inbreng van activa'. De keerzijde van de 3D I Srl-medaille lijkt mij dat wanneer lidstaten door een verplichte verruiming van verliesovernamemogelijkheid hun belastingopbrengsten na een fusie etc. verminderd zien, zij evenmin bescherming van hun 'financiële belangen' kunnen verlangen. Het recht om de meerwaarden in de ingebrachte activa en passiva te belasten wordt in dat geval immers niet aangetast.

Er blijkt voldoende steun te vinden voor een uitbreiding van art. 6 EU-fusierichtlijn tot onvoorwaardelijke verliesovername. Zo merkte de Europese Commissie in haar Company Taxation Study de beperkte mogelijkheid tot verliesovername aan als één van de 'problems not resolved by the Directive'.⁶¹ Als één van de '[d]esirable changes to the Directive' werd daarom voorgesteld de EU-fusierichtlijn aan te passen 'to oblige Member States – in the event of mergers, divisions or transfers of assets – to transfer the transferring company's unused losses to the company receiving the assets'. Ook uit een Opinie van het Europees Economisch en Sociaal Comité spreekt de wens om de verliesovernamefaciliteiten in de EU-fusierichtlijn te verruimen: '[f]inally, the Committee insists that the fiscal neutrality of cross-border restructuring should be fully guaranteed, particularly as regards the take-over of losses and the immunisation of provisions and reserves'.⁶²

4.6. Art. 6 EU-fusierichtlijn biedt geen duidelijkheid bij de toedeling van de fiscaal nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap aan de ingebrachte activa en passiva

Bij de toedeling van de fiscaal nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap aan de ingebrachte activa en passiva kunnen geschillen ontstaan tussen de belastingplichtige en de fiscus. Zo kan bij een *inbreng van activa* getwist worden over de vraag welk deel van de verliezen van de inbrengende vennootschap overgaat over naar de ontvangende vennootschap en welk deel van de verliezen achterblijft bij de inbrengende vennootschap. Bij een *splitsing* kan discussie ontstaan over de vraag welk deel van de verliezen van de inbrengende vennootschap overgaat naar welke ontvangende vennootschap. Indien de toedeling van de fiscaal nog niet verrekende verliezen volledig zou worden overgelaten aan de willekeur van de betrokken vennootschappen, dan zou dit kunnen leiden tot arbitraire uitkomsten. Vanuit een liquiditeitsoogpunt, bijvoorbeeld, is er een duidelijke prikkel om de fiscaal nog niet verrekende verliezen zo veel mogelijk toe te rekenen aan winstgevendende activiteiten. Uiteraard kan ook de fiscus zich opportunistisch opstellen, door zo veel mogelijk verliezen toe te rekenen aan de verlieslijdende activiteiten.

De EU-fusierichtlijn biedt op dit vlak geen duidelijkheid. Het voorstel voor een EU-fusierichtlijn uit 1969 gaf wel een

61 Zie Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper 'Company Taxation in the Internal Market', COM(2001)582 final, 23 October 2001, p. 238-239.

62 Zie de Opinion of the European Economic and Social Committee on the proposal for a Council Directive amending Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States, COM(2003) 613 final, *Official Journal of the European Union* C 110/30, 30 April 2004, §5.4.

aanzet door middel van een voorgesteld art. 10, lid 2, dat – om misbruik te voorkomen – bepaalde dat de overname van voorzieningen, reserves of verliezen door de ontvangende vennootschap slechts kon plaats vinden indien kon worden aangetoond dat deze voorzieningen etc. verband hielden met de overgedragen ‘takken van bedrijvigheid’.⁶³ Deze antimisbruikbepaling zou slechts gelden in het geval van een inbreng van activa. Uit het verslag van een vergadering van de Raad van 27 februari 1984 blijkt dat de Franse delegatie (nog) strikte(re) regels wilde ten aanzien van de overdracht van verliezen van de inbrengende vennootschap en zij maakte daarom een voorbehoud bij het voorstel, omdat het lastig zou zijn om vast stellen of de verliezen echt toerekenbaar zouden zijn aan de overgedragen tak van bedrijvigheid. De meerderheid van de delegaties voorzag echter geen bijzondere problemen met de oorspronkelijke bepaling.⁶⁴

Hoe kan nu houvast worden geboden bij de toedeling van de verliezen? Enerzijds zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de eindbalans of bij de laatste winst-en-verliesrekening. Deze oplossing kent uiteraard de charmes van eenvoud en werkbaarheid, maar zij leidt niet altijd tot een evenwichtige uitkomst. Stel bijvoorbeeld dat een inbrengende vennootschap twee even grote winstgevendende activiteiten uitoefent, waarvan er één in het verleden verlieslijdend is geweest. Indien ieder van de twee ontvangende vennootschappen bij een splitsing één van de activiteiten ontvangt, dan zou toedeling van de fiscaal nog niet verrekenende verliezen op basis van de eindbalans ertoe leiden dat deze ‘fifty-fifty’ verdeeld worden, terwijl ze slechts veroorzaakt zijn door één van de twee activiteiten. Anderzijds is een technisch zuiverdere wijze om de verliezen toe te delen het aan de hand van een functionele analyse precies nagaan welke activa en passiva welk deel van de fiscaal nog niet verrekenende verliezen hebben veroorzaakt. Het nadeel van deze methode is dat zij administratief lastig uitvoerbaar is omdat een nauwkeurigere uitsplitsing van de winsten en verliezen vereist kan zijn dan volgt uit de winst-en-verliesrekening.

Tussen een volstrekt willekeurige toedeling van de verliezen, een toedeling op basis van de eindbalans of de laatste winst-en-verliesrekening en een toedeling op basis van een functionele analyse bestaat een middenweg, namelijk een toedeling van de verliezen aan de hand van de criteria voor ‘formulary apportionment’ uit de concept-CCCTB-richtlijn.⁶⁵ Deze richtlijn bevat het voorstel van de Europese

Commissie voor een gemeenschappelijke regeling voor de berekening van een geconsolideerde belastinggrondslag van ondernemingen die actief zijn binnen de EU. Zoals uit het zesde punt van de considerans van de concept-CCCTB-richtlijn blijkt, is consolidatie een wezenskenmerk van een systeem van een gemeenschappelijke geconsolideerde vennootschapsbelastinggrondslag. De resultaten van de leden van een groep⁶⁶ worden geconsolideerd en verdeeld onder de lidstaten waar de groepsleden zijn gevestigd, op grond van de artikelen 86-102 van de concept-CCCTB-richtlijn. De verdeelsleutel in art. 86, lid 1, van de concept-CCCTB-richtlijn kent grofweg een gelijk gewicht toe aan de wegingsfactoren omzet, arbeid en activa. Door middel van bedrijfsreorganisaties, een begrip dat in de concept-CCCTB-richtlijn ongedefinieerd blijft, kunnen (leden van) groepen samengaan. Art. 71 van de concept-CCCTB-richtlijn bevat een specifieke regeling voor de behandeling van verliezen in het geval van een bedrijfsreorganisatie tussen twee of meer groepen:

- ‘1. Wanneer een of meer groepen, of twee of meer groepsmaatschappijen, als gevolg van een bedrijfsreorganisatie deel gaan uitmaken van een andere groep, worden alle niet-gecompenseerde verliezen van de voordien bestaande groep(en) overeenkomstig de artikelen 86 tot en met 102 aan de verschillende groepsmaatschappijen van deze groep(en) toegerekend op basis van de factoren die gelden voor het belastingjaar waarin de bedrijfsreorganisatie plaatsvindt, en worden zij voortgewenteld in toekomstige jaren.
2. Wanneer twee of meer hoofdbelastingplichtigen fuseren in de zin van artikel 2, onder a), i) en ii), van Richtlijn 2009/133/EG van de Raad worden alle niet-gecompenseerde verliezen van een groep overeenkomstig de artikelen 86 tot en met 102 aan de verschillende groepsmaatschappijen toegerekend op basis van de factoren die gelden voor het belastingjaar waarin de fusie plaatsvindt, en worden zij voortgewenteld in toekomstige jaren.’

Voor de toedeling van de fiscaal nog niet verrekenende verliezen aan de groepsleden, verwijzen beide leden naar de wegingsfactoren in artikelen 86-102 in het jaar waarin de ‘bedrijfsreorganisatie’ of fusie plaatsvond. In de EU-fusierichtlijn zou voor dezelfde oplossing kunnen worden gekozen: de fiscaal nog niet verrekenende verliezen van de inbrengende vennootschap staan in dezelfde verhouding tot het volledige bedrag van de fiscaal nog niet verrekenende verliezen van de inbrengende vennootschap als de omzet, arbeid en kapitaal die behoren tot de ontvangen activa en passiva staan tot de omzet, arbeid en kapitaal van de inbrengende vennootschap.

63 Zie het Proposal for a Directive on the common system of taxation applicable to mergers, divisions and contributions of assets occurring between companies of different Member States of 15 January 1969 COM (69) 5 def., p. 12 en 23.

64 Zie European Commission, the Council, 27 February 1984, 5270/84 ECOFIN 24 FISC 15 Introductory Note – General Secretariat of the Council ECOFIN Council on 12 March 1984.

65 Zie het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB),

COM(2011) 121/4 – CNS 2011/0058, *Europese Commissie*, 16 maart 2011.

66 Zie art. 54 en 55 van de concept-CCCTB-richtlijn.

4.7. Art. 6 EU-fusierichtlijn geeft niet aan met welke winsten de verliezen van de inbrengende vennootschap kunnen worden verrekend

In zowel de 'travaux préparatoires' van de EU-fusierichtlijn⁶⁷ als in de 2001 Company Taxation Study⁶⁸ door de Europese Commissie wordt gehint op misbruik dat zich zou kunnen voordoen bij de overname van de fiscaal nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap door de ontvangende vennootschap. Deze suggesties worden echter niet geconcretiseerd. Zelf identificeer ik, naast het op volstrekt willekeurige wijze toedelen van de verliezen van de inbrengende vennootschap (zie onderdeel 4.6), slechts als een mogelijke vorm van misbruik de situatie waarin een reorganisatie plaatsvindt met het doel de overgenomen verliezen van de inbrengende vennootschap te verrekenen met de winsten van de ontvangende vennootschap die niet zijn toe te rekenen aan de ingebrachte activa en passiva. Zo zou een ontvangende vennootschap die door middel van een vaste inrichting een winstgevend onderneming drijft in de lidstaat van de inbrengende vennootschap een vennootschap met fiscaal nog niet verrekende verliezen kunnen absorberen, met als doel deze verliezen te verrekenen met de winsten uit de andere activiteiten. Dit werpt de vraag op of deze 'verticale' verrekening van de verliezen van de inbrengende vennootschap met de winsten van de ontvangende vennootschap aangemerkt kan worden als 'misbruik'.

De OESO lijkt van mening van wél, althans indien grondslaguitholling en winstverschuiving ('Base Erosion and Profit Shifting') met misbruik kunnen worden vereenzelvigd. Het OESO-rapport 'Addressing Base Erosion and Profit Shifting' dat op 12 februari 2013 verscheen verwijst op p. 46 naar het eerder verschenen OESO-rapport 'Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning' van 12 augustus 2011. Het laatstgenoemde rapport bevat in hoofdstuk 3 een waslijst aan 'Schemes Involving Tax Losses'. De onderhavige situatie wordt hierin niet met zoveel woorden genoemd, maar soortgelijke andere 'structuren' met grensoverschrijdende reorganisaties wel.

Ook de Nederlandse besluit- en wetgever merken subjectdoorkruisende verliesverrekening bij fusies aan als iets dat moet worden voorkomen. Uit het Besluit juridische fusie, dat de te stellen voorwaarden bevat bij een fiscaal begeleide

fusie op grond van art. 14b, lid 2, Wet VPB 1969, blijkt dat de besluitgever het ongewenst acht dat de overgenomen verliezen van de inbrengende vennootschap worden verrekend met de winsten van de ontvangende vennootschap die niet zijn toe te rekenen aan de ingebrachte activa en passiva. Tevens acht hij het ongewenst dat de fiscaal nog niet verrekende verliezen van de ontvangende vennootschap worden verrekend met de winsten die zijn toe te rekenen aan de ingebrachte activa en passiva. 'Verticale' verliesverrekening, kortom, moet subjectgebonden blijven. Om dit te waarborgen schrijft onderdeel 3 van het Besluit juridische fusie een splitsing voor van de winsten van de ontvangende vennootschap:

'[t]eneinde te voorkomen dat deze verliezen worden verrekend met winsten die niet zijn toe te rekenen aan vermogensbestanddelen die in het kader van de juridische fusie zijn verkregen, zal de verkrijgende rechtspersoon de winst dienen te splitsen. De winstsplitsing zal moeten plaatsvinden op de wijze zoals deze bekend is bij de fiscale eenheid. In de situatie waarin de verkrijgende rechtspersoon over te verrekenen verliezen beschikt, zal eveneens winstsplitsing dienen plaats te vinden, en wel om te voorkomen dat deze verliezen worden verrekend met winsten die worden behaald met vermogensbestanddelen die in het kader van de juridische fusie zijn overgegaan. In paragraaf 5 wordt een toelichting op de winstsplitsing gegeven. Voor de winstsplitsing zullen in de bedrijfsvoering veelal voldoende aangrijppingspunten te vinden zijn, bijvoorbeeld in de vorm van filiaalboekhoudingen of budgetten. Indien de winstsplitsing desalniettemin tot grote problemen leidt, kan worden getracht met de inspecteur tot een forfaitaire verdeelsleutel te komen. De inspecteurs dienen bij de winstsplitsing in de praktijk een zekere soepelheid te betrachten.'

Deze oplossing komt niet uit de lucht vallen, zo maakt de verwijzing naar de wijze van winstsplitsing onder het fiscale-eenheidsregime van art. 15 Wet VPB 1969 duidelijk. Hoewel het fiscale-eenheidsregime juist tot doel heeft 'horizontale' verrekening van winsten en verliezen van de gevoegde vennootschappen mogelijk te maken, kunnen 'voorvoegingsverliezen' van één van de gevoegde vennootschappen slechts 'verticaal' verrekend worden met de belastbare winst van de fiscale eenheid voor zover deze winst aan die vennootschap is toe te rekenen (zie art. 15ae, lid 1, Wet VPB 1969). Hofman legt helder uit dat de wetgever heeft willen voorkomen dat de fiscale eenheid invloed zou hebben buiten haar bestaansperiode (transacties binnen de fiscale eenheid zouden de verrekening van de verliezen kunnen beïnvloeden).⁶⁹ Ook art. 20a Wet VPB 1969,

67 Zie het Proposal for a Directive on the common system of taxation applicable to mergers, divisions and contributions of assets occurring between companies of different Member States of 15 January 1969 COM (69) 5 def., p. 12 en 23. European Communities, the Council, 27 February 1984, 5270/84 ECOFIN 24 FISC 15 Introductory Note – General Secretariat of the Council ECOFIN Council on 12 March 1984.

68 Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper 'Company Taxation in the Internal Market', COM(2001)582 final, 23 October 2001, p. 330.

69 Zie A.W. Hofman, 'Verliezen meegeven bij ontvoeging: vraagtekens bij HR 13 mei 2011, WFR 2013/553, §2. Hofman verwijst o.a. naar Kamerstukken II, 1999-2000, 26 854,

dat de handel in verlieslichamen beoogt te voorkomen,⁷⁰ illustreert dat de wetgever een dam heeft willen opwerpen tegen de 'verticale' verrekening van verliezen die geleden zijn door één vennootschap met winsten die behaald zijn door een andere vennootschap. De besluit- en wetgever hebben de verschillende varianten waarbij 'verticale' verliesverrekening subjectdoorkruisend zou worden dus zorgvuldig afgedicht. Het is echter twijfelachtig of dit neerkomt op misbruikbestrijding, of dat de besluit- en wetgever simpelweg de budgettaire gevolgen van deze (varianten op de) handel in verlieslichamen niet (meer) wilde aanvaarden. Wanneer bijvoorbeeld een fusie plaatsvindt tussen twee 'actieve' groepsvennootschappen is van 'handel' of een 'kunstmatige constructie' geen sprake, maar is het probleem dat verliezen worden benut die anders mogelijk niet (of pas later) zouden zijn benut.

In het arrest Foggia, waarin het HvJ [het huidige] art. 15, lid 1, onderdeel a, EU-fusierichtlijn uitlegde, sloeg het HvJ een mildere toon aan over de verrekening van de overgenomen verliezen van de inbrengende vennootschap met de winsten van de ontvangende vennootschap.⁷¹ Foggia betrof een zuiver Portugese constellatie, waarin een houdstervennootschap, Foggia SGPS, door middel van een fusie drie andere holdings overnam. Foggia SGPS verzocht het Portugese 'Secretário de Estado' om de nog niet verrekende verliezen van deze drie vennootschappen over te nemen. Dit verzoek werd slechts ten aanzien van twee vennootschappen ingewilligd. Ten aanzien van de derde vennootschap, die geen beheersactiviteiten meer uitoefende en geen financiële participaties meer aanhield, werd de overname van de verliezen geweigerd. Voor het HvJ lag de (geherformuleerde) vraag of de fusie met de laatstgenoemde vennootschap geacht kon worden te hebben plaatsgevonden op grond van 'zakelijke overwegingen' in de zin van art. 15, lid 1, onderdeel a, EU-fusierichtlijn 'wanneer zij een positief effect heeft op de structurele kosten van deze groep, hoewel de overgenomen onderneming geen enkele activiteit uitoefent, geen financiële participaties aanhoudt en slechts grote verliezen aan de overnemende onderneming overdraagt'.⁷² Het HvJ beantwoordde deze vraag genuanceerd en het bepaalde dat een fusie met als doel een besparing van administratieve en beheerskosten uit zakelijke overwegingen kan plaatsvinden, maar dat dit niet het geval is wanneer die kostenbesparing slechts marginaal is ten opzichte van het aanzienlijke fiscale voordeel dat ermee gemoeid is. Een kernoverweging is naar mijn mening dat een fusie zelfs op zakelijke overwegingen kan berusten, ook al verricht de inbrengende vennootschap op het tijdstip

van de fusie geen activiteiten en wilde de ontvangende vennootschap de fiscaal nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap verrekenen:

'40. Een fusie of herstructurering in de vorm van een overname van een onderneming die geen activiteiten uitoefent en geen activa in de overnemende onderneming inbrengt, kan vanuit het oogpunt van laatstbedoelde (...) toch op grond van zakelijke overwegingen hebben plaatsgevonden.

41. Ook is het niet uitgesloten dat een fusie door overname van een onderneming met dergelijke verliezen op grond van zakelijke overwegingen kan plaatsvinden, aangezien artikel 6 van richtlijn 90/434 uitdrukkelijk verwijst naar bepalingen die de mogelijkheid bieden de in fiscaal opzicht nog niet verrekende verliezen van de overgenomen vennootschap over te nemen.'

Vanwege de stilte in de EU-fusierichtlijn ten aanzien van de vraag met welke winsten van de (vaste inrichting van de) ontvangende vennootschap de verliezen van de inbrengende vennootschap kunnen worden verrekend bestaat het risico dat lidstaten zuiver om budgettaire redenen vasthouden aan beklemmende winstsplitsingsregels terwijl niet altijd sprake is van misbruik. Gelet op de vaste rechtspraak van het HvJ waarin de materiële reikwijdte van de EU-fusierichtlijn ruim wordt uitgelegd en misbruik op grond van de antimisbruikbepaling in art. 15, lid 1, onderdeel a, EU-fusierichtlijn wordt bestreden⁷³ ligt het daarom voor de hand om in beginsel onbegrensde verliesverrekening voor te schrijven (de verliezen van de inbrengende vennootschap kunnen worden verrekend met *alle* winsten van de ontvangende vennootschap die behaald zijn in de lidstaat van de inbrengende vennootschap). Ongewenste verliesverrekening in misbruiksituaties kan vervolgens op grond van art. 15, lid 1, onderdeel a, EU-fusierichtlijn worden bestreden.

4.8. Art. 6 EU-fusierichtlijn voorziet in een 'binnenlandse' maar niet in een 'grensoverschrijdende' overname van verliezen

Art. 6 EU-fusierichtlijn voorziet in een 'binnenlandse' overname van verliezen (de vaste inrichting van de ontvangende vennootschap neemt de verliezen van de inbrengende vennootschap over), maar zwijgt ten aanzien van de vraag of de lidstaat van de inbrengende vennootschap de verliezen van de ontvangende vennootschap in aanmerking moet nemen en de vraag of de lidstaat van de ontvangende vennootschap de verliezen van de inbrengende vennootschap in aanmerking moet nemen. De EU-fusierichtlijn laat,

nr. 3, p. 42.

70 Zie over art. 20a Wet VPB 1969: S.J. Smalbrugge, *Het labrynt van de regels over de handel in verlieslichamen*, NOB/LOF-serie, Kluwer, Deventer 2012.

71 HvJ 10 november 2011, zaak C-126/10 (Foggia), *NTRFR* 2011/2634.

72 Zie HvJ 10 november 2011, zaak C-126/10 (Foggia), *NTRFR* 2011/2634, r.o. 30.

73 Zie bijv. HvJ 17 juli 1997, zaak C-310/95 (Leur-Bloem), r.o. 35 en HvJ 20 mei 2010, zaak C-352/08 (Zwijnenburg), *NTRFR* 2010/1562, r.o. 41.

kortom, de 'grensoverschrijdende' verrekening van verliezen ongemoeid.

Ter beantwoording van de eerste vraag – moet de lidstaat van de inbrengende vennootschap de verliezen van de ontvangende vennootschap in aanmerking nemen – is het arrest Futura relevant. In dat arrest oordeelde het HvJ dat het 'in overeenstemming is met fiscale territorialiteitsbeginsel' dat Luxemburg een Franse belastingplichtige met een Luxemburgse vaste inrichting (slechts) belaste voor de winsten en verliezen uit zijn Luxemburgse activiteiten en weigerde zijn 'Franse' verliezen in aftrek toe te staan.⁷⁴ De lidstaat van de inbrengende vennootschap hoeft daarom evenmin de verliezen van de ontvangende vennootschap in aanmerking te nemen.

De tweede vraag is door het HvJ beantwoord in A Oy: de lidstaat van de ontvangende vennootschap hoeft de verliezen van de inbrengende vennootschap in beginsel niet in aanmerking te nemen, tenzij deze verliezen 'definitief' zijn.

5. Het primaire EU-recht dwingt niet tot een uitbreiding van art. 6 EU-fusierichtlijn

Voor zover het nationale recht van de lidstaten het secundaire EU-recht implementeert, moet het nationale recht in overeenstemming zijn met het secundaire EU-recht. Zo volgt uit het arrest A.T. dat lidstaten de toepassing van de aandelenruilfaciliteit in de EU-fusierichtlijn niet mogen bezwaren met een additionele, nationaalrechtelijke eis (de 'dubbele-boekwaarde-eis') die niet voorkomt in de EU-fusierichtlijn.⁷⁵ Indien een richtlijn lidstaten een optie biedt, dan moeten lidstaten zich bij het uitoefenen van die optie houden aan het primaire EU-recht. Dit werd voor Nederland pijnlijk duidelijk in het arrest Bosal: de mogelijkheid die art. 4, lid 2, Moeder-dochterrichtlijn biedt om deelnemingskosten niet in aftrek toe te staan, mocht niet worden beperkt tot buitenlandse deelnemingen.⁷⁶

Ook het secundaire EU-recht moet – net als het nationale recht – in overeenstemming zijn met het primaire EU-recht.⁷⁷ Een treffende illustratie van dit punt is te vinden in het arrest Gaz de France, waarin het HvJ naging of de

Moeder-dochterrichtlijn verenigbaar is met de vrijheid van vestiging of de vrijheid van kapitaalverkeer omdat vennootschappen met een rechtsvorm die niet in de bijlage bij die richtlijn worden genoemd van meet af aan werden (en nog steeds worden) uitgesloten.⁷⁸ Het HvJ wees erop dat het de Unie-instellingen vrijstaat om de harmonisatie op een bepaald gebied slechts stapsgewijs te laten plaatsvinden. De Moeder-dochterrichtlijn, die 'niet tot doel heeft een gemeenschappelijke regeling in te voeren voor alle vennootschappen van de lidstaten of voor alle soorten deelnemingen [cursiveringen GFB]', kan dus als 'piecemeal legislation' worden beschouwd. De verklaring van het HvJ hiervoor is niet verrassend: het is 'immers over het algemeen moeilijk om dergelijke maatregelen uit te voeren, omdat de bevoegde communautaire instellingen daartoe, uitgaande van verschillende, ingewikkelde nationale bepalingen, gemeenschappelijke regels moeten opstellen die in overeenstemming zijn met de in het EG-Verdrag neergelegde doelstellingen en (...) op belastinggebied, unaniem door de Raad worden goedgekeurd.'⁷⁹ Uiteindelijk liep het HvJ met een boog heen om de precieze vraag of de bij unanimité vastgestelde Moeder-dochterrichtlijn in strijd kwam met het primaire EU-recht en het koos een makkelijke uitweg door te bepalen dat de Moeder-dochterrichtlijn 'een lidstaat niet toestaat om winstuitkeringen aan vennootschappen van andere lidstaten die niet binnen haar werkingssfeer vallen, minder gunstig te behandelen dan winstuitkeringen aan vergelijkbare vennootschappen die op zijn grondgebied zijn gevestigd.'⁸⁰ Opmerkelijk genoeg trok het HvJ hieruit de conclusie dat de beperkte reikwijdte van de Moeder-dochterrichtlijn daarom geen beperking van de vrijheid van vestiging kan vormen.⁸¹

De les uit Gaz de France is dat het HvJ veel waarde hecht aan de bevoegdheid van de Unie-instellingen om stapsgewijs te harmoniseren, omdat dit op het terrein van de directe belastingen al lastig genoeg is. De EU-fusierichtlijn zal daarom niet snel in strijd met de vrijheid van vestiging komen. Daar komt bij dat het HvJ een makkelijke ontsnapingsroute voorhanden heeft doordat – in veel gevallen – de gewenste uitkomst ook bereikt kan worden door het nationale recht vestigingsvrijheid-conform uit te leggen. Hierbij kunnen twee kanttekeningen worden geplaatst. Op de eerste plaats is op 1 december 2009 het Verdrag van Lissabon in werking getreden, waarin wordt voorzien in

74 Zie HvJ 15 mei 1997, zaak C-250/95 (Futura), r.o. 22.

75 Zie HvJ 11 december 2008, zaak C-285/07 (A.T.), NTFR 2008/2502.

76 Zie HvJ 18 september 2003, zaak C-168/01 (Bosal), NTFR 2003/1594.

77 Over de verhouding tussen het nationale recht, het secundaire EU-recht en het primaire EU-recht, zie bijv. de bijdragen van A.P. Dourado ('The relationship between primary and secondary EU law in tax law: the legitimacy of different interpretation criteria applied to EU and national legal sources') en R. Szudoczky ('The influence of primary law on the interpretation of secondary law in the field of EU citizenship and direct taxation: "whatever works..."') in D.M. Weber (red.), *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration*, IBFD Publications, Amsterdam 2010 en K.J.M. Mortelmans, 'The Relationship Between the Treaty Rules and Community Measures for the Establish-

ment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule', 39 *Common Market Law Review* 6, p. 1303-1346 (2002).

78 Zie HvJ 1 oktober 2009, zaak C-247/08 (Gaz de France), NTFR 2009/2231, r.o. 53. Voor een kritische bespreking van dit arrest, zie G.F. Boulogne en W.W. Geursen, 'Gaz de France: Dividends to Companies Not Listed in the Parent-Subsidiary Directive Are Not Exempt', *European Taxation* 4, p. 129-140 (2010).

79 Zie HvJ 1 oktober 2009, zaak C-247/08 (Gaz de France), NTFR 2009/2231, r.o. 52.

80 Zie HvJ 1 oktober 2009, zaak C-247/08 (Gaz de France), NTFR 2009/2231, r.o. 59.

81 Zie HvJ 1 oktober 2009, zaak C-247/08 (Gaz de France), NTFR 2009/2231, r.o. 61.

mogelijkheden tot ‘versterkte samenwerking’ op het terrein van de directe belastingen.⁸² Omdat een versoepeld harmonisatietraject een smallere ‘margin of appreciation’ door het HvJ inhoudt bij de beoordeling van de geharmoniseerde maatregelen, heeft het unanimitésexcuus aan kracht ingeboet. Op de tweede plaats is het nog maar de vraag of alle belemmeringen in de EU-fusierichtlijn kunnen worden gerechtvaardigd door het ‘harmonisatie is al lastig genoeg’-argument. Eerder betoogde ik bijvoorbeeld dat de volledige uitsluiting van derde-land-vennootschappen onder de EU-fusierichtlijn⁸³ onder geen beding gerechtvaardigd kan worden, omdat zij in strijd komt met het ‘harde’ verbod op discriminatie naar nationaliteit, dat, onder andere, voortvloeit uit het Europese ongeschreven gelijkheidsbeginsel en verwoord is in art. 26 IVBPR⁸⁴ en art. 24, lid 1, OESO-Modelverdrag.⁸⁵

Gezien de terughoudendheid van het HvJ bij toetsing van het secundaire EU-recht aan het primaire EU-recht zal art. 6 EU-fusierichtlijn de toets van art. 49 VWEU kunnen doorstaan. De omstandigheid dat van 1969 tot 1990 gesteggeld is over de vaststelling van de EU-fusierichtlijn geeft aan hoe lastig het was (en is) om op dit terrein tot een gemeenschappelijke regeling te komen. Specifiek op het terrein van de verliesverrekening illustreert het door A-G Kokott geschetste beeld van ‘chaos en radeloosheid’⁸⁶ dat met art. 6 EU-fusierichtlijn in 1990 waarschijnlijk het onderste uit de kan was gehaald.

Dit brengt mij tot een ander punt: de verliesovernamefaciliteit van art. 6 is wellicht een halfhartige oplossing, maar zij is zeker niet méér dan dat! In haar conclusie in A Oy betoogde A-G Kokott dat ‘de Uniewetgever op het vlak van de verdeling van (...) heffingsbevoegdheden met de fusierichtlijn reeds bepaalde *fundamentele beslissingen* heeft genomen, die (...) moeten worden geëerbiedigd [cursering GFB].’⁸⁷ De eerste ‘fundamentele beslissing’ zou blijken uit de considerans van de EU-fusierichtlijn, waarin de Uniewetgever de voorkeur uitspreekt voor *positieve* harmonisatie (‘een gemeenschappelijke fiscale regeling’) in plaats van *negatieve* harmonisatie (‘een uitbreiding van de in de afzonderlijke lidstaten geldende nationale regelingen’)

om zo distorsies te voorkomen. De tweede ‘fundamentele beslissing’ zou gemaakt zijn in art. 6 EU-fusierichtlijn: ‘verliezen worden verrekend in de vestigingsstaat van de inbrengende staat’. De grensoverschrijdende uitbreiding van de Finse regeling bestrijdend wees A-G Kokott erop dat dit zou leiden tot distorsies – Zweedse dochtervennootschappen zouden verschillend worden behandeld naargelang de verliesovernameregeling in de vestigingsstaat van de moedervennootschap – en dit zou indruisen tegen de ‘bewuste keuze’ om art. 6 EU-fusierichtlijn te beperken tot ‘binnenlandse’ verliesovername. A-G Kokott overschat hiermee de rol van de EU-fusierichtlijn, die mijns inziens niet meer is dan een kassei in het hobbelige pad naar de volledige harmonisatie van de directe belastingen. Ik wijs opnieuw op het arrest *Gaz de France*, waarin het HvJ de uitsluiting van niet-genoemde vennootschappen beschouwde als ‘collateral damage’ van een stapsgewijs harmonisatieproces in plaats van een bewust discriminatoire keuze die in strijd zou komen met hoger Unierecht. A contrario kan de beperkte reikwijdte van art. 6 EU-fusierichtlijn niet opeens als baken dienen om de grensoverschrijdende toepassing van een nationale regeling tegen te houden. Het is van tweeën één! Mijn punt wordt onderstreept door het arrest *Amurta*.⁸⁸ Dat arrest betrof de discriminatoire heffing van bronbelasting op een dividenduitkering door een Nederlandse vennootschap aan één van haar in Portugal gevestigde aandeelhouders. Die aandeelhouder bezat 14% van de aandelen in de Nederlandse vennootschap en hij kon daardoor geen rechtstreeks beroep doen op de inhoudingsvrijstelling in art. 5, lid 1, Moeder-dochterrichtlijn dat een aandelenbezit van 25% vereiste. De Nederlandse en de Italiaanse regering betoogden dat ‘beneden de bij richtlijn 90/435 ingevoerde minimumdeelnemingsdrempel de omstandigheid dat een niet-ingezeten vennootschap aan dividendbelasting is onderworpen [maar een ingezeten vennootschap niet, GFB] op zich niet kan worden aangemerkt als een schending van fundamentele vrijheden.’⁸⁹ Het HvJ maakte korte metten met deze opvattingen:⁹⁰

‘24. Dienaangaande zij erop gewezen dat het voor deelnemingen die niet onder richtlijn 90/435 vallen, inderdaad aan de lidstaten is om te bepalen of en in hoeverre dubbele economische belasting van de uitgekeerde winst moet worden voorkomen, en hiertoe unilateraal of door middel van met andere lidstaten gesloten overeenkomsten mechanismen ter voorkoming of vermindering van deze dubbele economische belasting in te stellen. Dit enkele feit betekent evenwel niet dat zij maatregelen mogen treffen die in strijd zijn met de door het EG-Verdrag gewaarborgde vrijheden van verkeer (...).’

82 Zie, onder andere, art. 326 t/m 334 VWEU.

83 Het rechtsvormvereiste in art. 3, onderdeel a, EU-fusierichtlijn jo. Bijlage I, deel A, omhelst slechts kwalificerende EU-rechtsvormen.

84 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

85 Zie G.F. Boulogne, ‘De toepassing *ratione personae* van de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969’, in: G.F. Boulogne & L.J.A. Pieterse (red.), *Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen. Tribuut aan Jaap Bellingwout* (ZIFO-reeks nr. 6), Kluwer, Deventer 2012, p. 35-49.

86 Zie de conclusie van A-G Kokott van 19 juli 2012, zaak C-123/11 (A Oy), *NtFR* 2012/2244, punt 1.

87 Zie de conclusie van A-G Kokott van 19 juli 2012, zaak C-123/11 (A Oy), *NtFR* 2012/2244, punt 34-36.

88 HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta), *NtFR* 2007/2100.

89 HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta), *NtFR* 2007/2100, r.o. 21.

90 HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta), *NtFR* 2007/2100, r.o. 24.

Minder dan een jaar vóór haar conclusie in *A Oy* – namelijk in haar conclusie in *National Grid Indus* – schatte A-G Kokott de bepalingen in de EU-fusierichtlijn wél op de juiste waarde.⁹¹ Die zaak betrof de vraag of de onmiddellijke eindafrekening bij de zetelverplaatsing van een Nederlandse besloten vennootschap naar het Verenigd Koninkrijk in overeenstemming was met de vrijheid van vestiging. Kokott wees op art. 12, lid 1, EU-fusierichtlijn, dat, kort gezegd, bepaalt dat de lidstaat van vertrek de latente meerwaarden in de activa en passiva die tot een belastbare vaste inrichting blijven behoren niet mag belasten. A contrario, voerden de verwijzende rechter en verschillende interveniërende regeringen aan, verbiedt de EU-fusierichtlijn dus niet de eindafrekening over meerwaarden in de activa en passiva die wél overgaan naar het buitenland. A-G Kokott las art. 12, lid 1 echter als volgt: '[i]n hoeverre een exitheffing in de door de richtlijn gedekte gevallen daadwerkelijk toelaatbaar is, moet uiteindelijk echter met inachtneming van het primaire recht worden beantwoord, hetgeen nog te bezien valt.'⁹² Ook in haar conclusie in de zaak *Zwijnenburg* kende A-G Kokott de juiste waarde toe aan de rol van de EU-fusierichtlijn.⁹³

'52. Kenmerkend voor richtlijn 90/434 is dat zij – in weerwil van de uitdrukking 'gemeenschappelijke fiscale regeling' geen maximale harmonisering nastreeft van de belastingen en de heffingen waartoe een fusie aanleiding mag geven. Zij voorziet uitsluitend in een aantal faciliteiten waarmee fiscale obstakels voor een grensoverschrijdende herstructurering van ondernemingen moeten worden weggenomen.'

6. Een uitbreiding van art. 6 EU-fusierichtlijn is echter wel gewenst

In onderdeel 5 betoogde ik dat het primaire EU-recht niet dwingt tot een verruiming van de verliesovernamefaciliteiten in de EU-fusierichtlijn. Het blijft echter knellen dat de verliezen van de inbrengende vennootschap niet in alle gevallen kunnen worden meegegeven aan de activa en passiva die deze verliezen hebben veroorzaakt. Daar komt bij dat een verruiming van de verliesovernamefaciliteiten geen geweld doet aan de financiële belangen die de EU-fusierichtlijn beoogt veilig te stellen, omdat die belangen slechts zien op het behoud van het recht om de meerwaarden in de ingebrachte activa en passiva te belasten. Dat heffingsrecht wordt echter niet beïnvloed door de overname van buitenlandse 'definitieve' verliezen. Een uitbreiding van de verlies-

overnamefaciliteiten past dus prima binnen systematiek en doelstelling van de EU-fusierichtlijn.

Deze uitbreiding loopt ook in de pas met het vierde punt van de considerans van de EU-fusierichtlijn dat vermeldt dat het doel om de fiscale belemmeringen bij grensoverschrijdende reorganisaties weg te nemen niet kan worden bereikt door de in de lidstaten geldende nationale regelingen uit te breiden tot de gehele Unie, omdat verschillen tussen deze regelingen distorsies kunnen veroorzaken. Uitsluitend een gemeenschappelijke fiscale regeling kan een bevredigende oplossing bieden. Momenteel doen distorsies zich inderdaad voor omdat sommige lidstaten verliesovername door de ontvangende vennootschap wel toestaan bij een binnenlandse fusie en andere lidstaten niet, terwijl alleen de lidstaten die dit wel toestaan bij een binnenlandse fusie, dit ook grensoverschrijdend hoeven te doen. Een uitbreiding van de EU-fusierichtlijn maakt aan deze verwarring een einde en vergroot zo de rechtszekerheid voor belastingplichtigen.

Daarnaast kent het vraagstuk van de grensoverschrijdende verliesverrekening na *A Oy* nog steeds enkele dode hoeken. Het is bijvoorbeeld nog steeds niet precies duidelijk wanneer verliezen als 'definitief' moeten worden beschouwd. Ook vormt de berekening van de omvang van de 'definitieve verliezen' nog altijd een twistappel. In *A Oy* liet het HvJ de invulling van deze punten over aan de nationale rechter. Hierdoor bestaat – bij mij althans – de vrees dat dit twistpunten zullen blijven. Dat deze vrees gerechtvaardigd is blijkt, onder andere, uit de voortstapelende *Marks & Spencer* procedure in het Verenigd Koninkrijk en uit de prejudiciële vragen die de Britse verwijzende rechter heeft gesteld aan het HvJ in de zaak *Felixstowe*.⁹⁴

Tot slot vormt een belangrijke reden om grensoverschrijdende overname van 'definitieve verliezen' dwingend voor te schrijven het voorkomen dat lidstaten hun groepsconsolidatieregimes kunnen (blijven) inzetten als dekmantels om buitenlandse verliesimport af te wenden, terwijl verliesoverdracht in binnenlandse situaties wél mogelijk is.⁹⁵ In het arrest *X Holding* werd duidelijk dat de noodzaak om de verdeling van heffingsbevoegdheid te bewaken lidstaten vrijwaart van de verplichting om hun groepsconsolidatieregimes open te stellen voor niet-onderworpen vennootschappen.⁹⁶ Dit brengt mee dat lidstaten consequent de voorkeur op slot kunnen doen door nooit verliesovername toe te staan bij fusies etc., terwijl zij de achterdeur ('horizontale' verliesverrekening onder een groepsconsolidatie-

91 Conclusie van A-G Kokott van 8 september 2011, zaak C-371/10 (*National Grid Indus*), *NTRFR* 2011/2188, punt 34-36.

92 Conclusie van A-G Kokott van 8 september 2011, zaak C-371/10 (*National Grid Indus*), *NTRFR* 2011/2188, punt 50.

93 Zie de conclusie van A-G Kokott van 16 juli 2009, zaak C-352/08 (*Zwijnenburg*), *NTRFR* 2009/1662, punt 52.

94 Verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend op 15 februari 2012, zaak C-80/12 (*Felixstowe*). De verwijzingsuitspraak is o.a. te vinden op www.minbuza.nl/ecer/.

95 Zie hierover F.A. Engelen, 'De fiscale eenheid als dekmantel voor verboden beperkingen van de vrijheid van vestiging', *NTRFR* 2012/102.

96 HvJ 25 februari 2010, zaak C-337/08 (*X Holding*), *NTRFR* 2010/541.

regime) slechts voor binnenlandse vennootschappen openzetten. Een andere mogelijkheid om buitenlandse verliezen buiten de deur te houden is het ogenschijnlijk consequent toepassen van winstplitsingsregels die bepalen dat de overgenomen verliezen slechts verrekend kunnen worden met dat gedeelte van de winsten van de ontvangende vennootschap dat toerekenbaar is aan overgenomen activa en passiva. Indien de overgenomen verliezen 'definitief' zijn, betekent dit doorgaans dat met de overgenomen activa en passiva weinig winst meer te behalen is. De winstplitsingsregels werken daarmee in het nadeel van grensoverschrijdende fusies (van grensoverschrijdende verliesovername is slechts sprake is in het geval van 'definitieve' verliezen) en als gevolg staat verliesverrekening tussen binnenlandse groepsvennootschappen en verliesverrekening tussen buitenlandse groepsvennootschappen nog steeds niet op gelijke voet.

7. Een voorstel tot uitbreiding en verbetering van art. 6 EU-fusierichtlijn

Uit de vorige onderdelen kunnen de volgende parameters voor een opgefrist art. 6 EU-fusierichtlijn worden gededistilleerd:

- de verliezen van de verworven vennootschap bij een aandelenruil blijven verrekenbaar;
- de verliezen van de inbrengende vennootschap kunnen zowel worden voortgewenteld (carry-forward) als teruggewenteld (carry-back);
- 'binnenlandse' verliesovername wordt altijd toegestaan;
- de fiscaal nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap worden toegerekend aan de ingebrachte activa en passiva op basis van het gewicht van de omzet, arbeid en kapitaal die behoren tot de ingebrachte activa en passiva in de omzet, arbeid en kapitaal van de inbrengende vennootschap;
- de verliezen van de inbrengende vennootschap kunnen met alle verliezen van de inbrengende vennootschap in de lidstaat van de ontvangende vennootschap worden verrekend;
- 'definitieve' verliezen van de inbrengende vennootschap kunnen grensoverschrijdend verrekend worden door de ontvangende vennootschap;
- de verliezen van de inbrengende vennootschap zijn 'definitief' indien de inbrengende vennootschap in de lidstaat van de inbrengende vennootschap de bestaande mogelijkheden tot verliesverrekening feitelijk of juridisch heeft uitgeput;
- de over te nemen verliezen worden bepaald volgens de regels van het recht van de lidstaat van de ontvangende vennootschap alsof de rechtshandeling was verricht tussen op zijn grondgebied gevestigde vennootschappen.

Op basis van deze parameters kom ik tot het volgende voorstel voor een uitbreiding en verbetering van artikel 6 van de EU-fusierichtlijn:

'Artikel 6

1. Bij een fusie, een splitsing, een gedeeltelijke splitsing of een inbreng van activa stelt de lidstaat van de inbrengende vennootschap de vaste inrichtingen van de ontvangende vennootschap die zich op zijn grondgebied bevinden in staat de fiscaal nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap over te nemen. De over te nemen verliezen worden verrekend met alle winsten van de ontvangende vennootschap in de lidstaat van de inbrengende vennootschap.
2. Bij een in lid 1 genoemde rechtshandeling stelt de lidstaat van de ontvangende vennootschap de ontvangende vennootschap in staat de fiscaal nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap over te nemen, indien de inbrengende vennootschap in de lidstaat van de inbrengende vennootschap de bestaande mogelijkheden tot verliesverrekening feitelijk of juridisch heeft uitgeput. De over te nemen verliezen worden in dat geval bepaald volgens de regels van het recht van de lidstaat van de ontvangende vennootschap alsof de in lid 1 genoemde rechtshandeling was verricht tussen op zijn grondgebied gevestigde vennootschappen. De over te nemen verliezen worden verrekend met alle winsten van de ontvangende vennootschap in de lidstaat van de ontvangende vennootschap.
3. De in de leden 1 en 2 genoemde over te nemen verliezen staan in dezelfde verhouding tot het volledige bedrag van de fiscaal nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap als de omzet, arbeid en kapitaal die behoren tot de ingebrachte activa en passiva staan tot de omzet, arbeid en kapitaal van de inbrengende vennootschap.
4. De in lid 1 genoemde over te nemen verliezen worden verrekend met de winsten van het voorafgaande jaar en de volgende jaren. De in lid 2 genoemde over te nemen verliezen worden slechts verrekend met de winsten van de volgende jaren.
5. Een aandelenruil leidt op zich niet tot het onverrekenbaar worden van de verliezen van de verworven vennootschap.

8. Beleidsmatige aspecten

Vergeleken met een politicus, baadt een wetenschapper in weelde. Van een roep tot lastenverzwaring of -verlichting hoeft hij zich in zijn publicaties weinig aan te trekken en de politieke haalbaarheid van zijn voorstellen kan hem koud laten. Voor hem of haar telt slechts de wetenschappelijke integriteit van zijn voorstellen. Toch kan ook een wetenschapper de politieke en maatschappelijke werkelijkheid

niet helemaal links laten liggen, zeker niet wanneer zijn of haar onderzoek maatschappelijk gefinancierd wordt. Ik realiseer me dat mijn voorstel *verstrekkend* is, maar het is zeker niet *vergezocht*. Het is echter wel de vraag of er binnen de Europese Commissie voldoende appetijt zal bestaan om mijn voorstel op te nemen in een voorstel tot wijziging van de EU-fusierichtlijn.

Met de harmonisatiegolf in 1990 (de EU-fusierichtlijn, de Moeder-dochterrichtlijn en het Arbitrageverdrag werden vastgesteld), die werd gevolgd door de vaststelling van de Rente-royaltyrichtlijn in 2003, de uitbreiding van de Moeder-dochterrichtlijn in 2003 en de uitbreiding van de EU-fusierichtlijn in 2005, is een flinke slag gemaakt met het terugbrengen van de fiscale obstakels die grensoverschrijdend ondernemen teisterden. De afgelopen jaren is echter een andere wind gaan waaien, een die ondernemingen minder gunstig gezind is. Zo bevat het voorstel tot wijziging van de Rente-royaltyrichtlijn uit 2011 naast enkele uitbreidingen van de personele reikwijdte vooral enkele aanscherpingen (zoals een strenge onderworpenheidstoets in art. 1, lid 1)⁹⁷ en ook het wijzigingsvoorstel van de Moeder-dochterrichtlijn dat voor eind 2013 in de planning staat zal naar verwachting voornamelijk tot doel hebben een rem te zetten op hybride financieringsstructuren.⁹⁸ Recente Europese ontwikkelingen op fiscaal terrein hebben vooral tot doel informatie-uitwisseling tussen de lidstaten te vergemakkelijken⁹⁹ en agressieve fiscale planning tegen te gaan.¹⁰⁰ Het is niet alleen zo dat de gemeenschappelijke regelingen die tot stand komen vooral gericht zijn op de bestrijding van fiscale uitwassen in plaats van het wegnemen van fiscale obstakels, er lijken ook steeds vaker grote impasses te ontstaan om überhaupt tot harmonisatie over te gaan. Een

voorbeeld is het voorstel voor een financiëletransactiebelasting¹⁰¹ – dat via een versterkte samenwerkingsprocedure zal moeten worden aangenomen – lijkt te stranden op onenigheid over de vormgeving en de bestemming van de transactiebelasting en de economische gevolgen ervan,¹⁰² ondanks de hoge verwachte opbrengst ervan (€ 57 miljard).¹⁰³

Specifiek op het terrein van de grensoverschrijdende verliesverrekening zijn er twee noemenswaardige ontwikkelingen. Allereerst verscheen op 19 december 2006 de Mededeling van de Europese Commissie over de 'Fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties'.¹⁰⁴ Dit document was een reactie op het arrest Marks & Spencer dat een jaar eerder was gewezen en hierin benadrukte de Europese Commissie het belang van effectieve systemen voor grensoverschrijdende verliesverrekening binnen de Europese Unie. Dit laatste werd gezien als een van de grootste obstakels voor grensoverschrijdende ondernemingsactiviteit binnen de Europese Unie. De mededeling zag zowel op verliesverrekening binnen vennootschappen (tussen vaste inrichting en hoofdhuis) en tussen groepsvennootschappen en zij bevatte drie mogelijke benaderingen om grensoverschrijdende verliesverrekening vorm te geven. Ondanks de geuite hoop dat lidstaten hun bestaande regelingen zouden herzien en nieuwe regelingen zouden herzien om ruim baan te geven aan grensoverschrijdende verliesverrekening, lijkt het tegendeel bewaarheid: zo schrapte Duitsland de bestaande mogelijkheden tot verliesovername bij fusies uit angst voor de import van Marks & Spencer-verliezen, terwijl het HvJ in het arrest X Holding een streep zette door de grensoverschrijdende verliesverrekening onder groepsconsolidatieregimes. Op de tweede belangrijke ontwikkeling, het voorstel voor een CCCTB-richtlijn, ben ik in onderdeel 4.6 al ruimschoots ingegaan. De laatste stand van zaken in dit dossier is, als ik het goed heb, dat de Europese Raad op 21 juni 2013 een Rapport aan de Europese Raad van 6 december 2012¹⁰⁵ heeft goedgekeurd,¹⁰⁶ waarin eigenlijk niet meer staat dan dat de Europese Commissie in 2011 een voorstel voor een CCCTB-richtlijn heeft uitgebracht en dat onder het Cypriotische voorzitterschap de technische aspecten van het voorstel uitgebreid besproken zijn.

97 Zie het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten, COM(2011) 714 definitief – CNS 2011/0314, *Europese Commissie*, 11 november 2011.

98 In de conclusies van de vergadering van de Europese Raad van 22 mei 2013, EUCO 75/1/13 staat het volgende vermeld: '[t]he Commission intends to present a proposal before the end of the year for the revision of the 'parent/subsidiary' Directive, and is reviewing the anti-abuse provisions in relevant EU legislation.'

99 Op 1 januari 2013 trad Richtlijn 2011/16/EU betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belasting in werking (op 12 juni 2013 verscheen overigens een voorstel tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU, zie het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op het gebied van de belastingen, COM(2013) 348 final – CNS 2013/0188, *Europese Commissie*, 12 juni 2013). Tijdens de vergadering van de Europese Raad op 22 mei 2013 is de doelstelling uitgesproken om nog in 2013 het voorstel tot aanpassing van de Spaartegoedenrichtlijn aan te nemen (zie het Proposal for a Council Directive amending Directive 2003/48/EC on taxation of savings income in the form of interest payments, COM(2008) 727 final – CNS 2008/0215, *Europese Commissie*, 13 november 2008).

100 Zie het ambitieuze 'Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking': Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad – Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking, COM(2012) 722/2, 6 december 2012.

101 Zie het Proposal for a Council Directive implementing enhanced cooperation in the area of financial transaction tax, COM(2013) 71 final – CNS 2013/0045, *Europese Commissie*, 14 februari 2013.

102 <http://online.wsj.com/article/SB10001424127887323683504578567192034185964.html>.

103 http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-799_en.htm.

104 Zie de Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economische en Sociaal Comité – Fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties, COM(2006) 824 definitief, 19 december 2006.

105 ECOFIN report to the European Council on Tax issues, 6 december 2012, 17364/12.

106 http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/137573.pdf.

Gelet op de recente ontwikkelingen lijkt wijziging van de EU-fusierichtlijn laag op de Europese prioriteitenlijst te staan. De enige verwijzing naar de EU-fusierichtlijn die ik in de afgelopen jaren ben tegengekomen is de opmerking in het Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking van 6 december 2012 dat '[d]e Commissie (...) de antimisbruikbepalingen in de (...) fusierichtlijn (...) [zal] herzien om uitvoering te geven aan de beginselen die aan haar aanbeveling over agressieve fiscale planning ten grondslag liggen.' Indien de ontwikkelingen uit het verleden enige garanties bieden voor de toekomst, dan verwacht ik dat mijn voorstel eenzelfde lot beschoren is als het voorstel voor een CCCTB-richtlijn. Ik troost me daarom met de gedachte dat ik met mijn voorstel een bijdrage heb geleverd aan het wetenschappelijke debat en wie weet, in betere tijden ...

9. Slotsom

In het arrest *A Oy* bevestigt het HvJ de 'Marks & Spencer-uitzondering', met als uitkomst dat 'definitieve' verliezen van de inbrengende vennootschap in de lidstaat van de ontvangende vennootschap in aftrek gebracht kunnen worden. De vaststelling of verliezen 'definitief' zijn en, zo ja, hoe deze berekend moeten worden, is volgens het HvJ zaak voor de nationale rechter. Omdat de EU-fusierichtlijn tot doel heeft een gemeenschappelijke fiscale regeling voor grensoverschrijdende reorganisaties te bieden is het mijns inziens wenselijk dat de EU-fusierichtlijn de 'Marks & Spencer-uitzondering' codificeert en de ontbrekende duidelijkheid biedt. Het voorstel in onderdeel 7 van deze bijdrage geeft hiertoe een aanzet. Het voorstel breidt niet alleen de *binnenlandse* verliesverrekening onder art. 6 EU-fusierichtlijn uit tot *grensoverschrijdende* verliesverrekening, maar het neemt ook een aantal andere tekortkomingen weg. Zo voorziet het voorstel in een onbelemmerde verliesverrekening door de verworven vennootschap bij een aandelenruil. Mocht de aandelenruil als hoofddoel of een van de hoofddoelen 'belastingfraude of belastingontwijking' hebben, dan kan de verliesverrekening bestreden worden op grond van art. 15, lid 1, onderdeel a, EU-fusierichtlijn. Het voorstel maakt niet alleen voorwaartse, maar ook achterwaartse verliesverrekening mogelijk. Om te voorkomen dat lidstaten buitenlandse verliezen, ook al zijn deze 'definitief', buiten de deur kunnen houden door verliesovername door de ontvangende vennootschap in zowel binnenlandse als grensoverschrijdende situaties te weigeren en horizontale verliesoverdracht onder een groepsconsolidatieregime slechts in binnenlandse situaties toe te staan, bepaalt het voorstel dat het recht op verliesovername in 'binnenlandse' situaties onvoorwaardelijk is. Om duidelijkheid te bieden bij de toedeling van de verliezen van de inbrengende vennootschap aan de ingebrachte activa, daarbij een balans zoekend tussen enerzijds eenvoud/werkbaarheid en anderzijds fiscale

realiteit, bevat het voorstel de suggestie deze toedeling te doen aan de hand van de wegingsfactoren omzet, arbeid en kapitaal uit de concept-CCCTB-richtlijn. Omdat rigide winstsplitsingsregels de verrekening van verliezen onnodig kunnen belemmeren, zijn de verliezen van de inbrengende vennootschap in beginsel verrekenbaar met alle winsten van de ontvangende vennootschap; in misbruiksituaties kan art. 15, lid 1, onderdeel a, EU-fusierichtlijn (evenredig) worden toegepast.