

Commentaar (mr. G. F. Boulogne*)

Nordea Bank, een Deense bank, hield diverse Scandinavische vaste inrichtingen. De verliezen van deze vaste inrichtingen kwamen ten laste van het in Denemarken belastbare inkomen. In het kader van een herstructurering werden de vaste inrichtingen overgenomen door lokale dochterondernemingen. Onder de toen geldende regels belaste Denemarken de in de vaste inrichtingen aanwezige meerwaarden, onder toekenning van een belastingkrediet. Ook werd een antimisbruikbepaling toegepast, met het gevolg dat alle eerder afgetrokken verliezen tot de winst werden gerekend. De Grote Kamer van het HvJ oordeelt nu, net als A-G Kokott, dat deze regeling de vrijheid van vestiging belemmert (een overdracht van een binnenlandse vaste inrichting zou niet tot inhaal hebben geleid), die niettemin gerechtvaardigd kan worden door de noodzaak de verdeling van heffingsbevoegdheid te bewaken, met andere woorden, het veiligstellen van ‘de symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van de verliezen’ (r.o. 32). Zonder deze regeling zou het gevaar bestaan dat ‘een concern zijn activiteiten zo organiseert dat het van zijn in Denemarken belastbare inkomen de verliezen van een verlieslatende vaste inrichting in Finland, Zweden of Noorwegen aftrekt, om vervolgens, eens deze inrichting winstgevend is geworden, de activiteiten van deze inrichting over te brengen naar een vennootschap die het controleert, maar die niet in Denemarken, maar in Finland, Zweden of Noorwegen belastingplichtig is’ (r.o. 29).

Het gaat (voor Denemarken) mis op het punt van de evenredigheid, want de Deense regeling gaat volgens het HvJ verder dan noodzakelijk is om die doelstelling te bereiken. Om de symmetrie tussen enerzijds de belastingheffing over winsten en anderzijds de aftrek van verliezen veilig te stellen, mag Denemarken de afgetrokken verliezen namelijk slechts compenseren met ‘zowel de winst gemaakt tijdens de volledige periode gedurende welke deze inrichting afhing van de ingezeten vennootschap, als de winst gemaakt op het tijdstip van de overdracht van de inrichting’ (r.o. 33). Omdat Denemarken die winsten al belaste, mocht het niet ook nog eens de eerder afgetrokken verliezen inhalen.

Eerder besliste het HvJ al dat lidstaten niet verplicht zijn om dubbele belastingheffing te voorkomen. Evenmin zijn zij verplicht de gunstigste voorkomingsmethode toe te passen (zie, onder meer, het *Lidl Belgium*-arrest (HvJ 15 mei 2008, zaak C-414/06, [NTFR 2008/1030](#))). Indien een lidstaat dubbele belastingheffing voorkomt, dan moet hij zich, bij de uitoefening van de voorkomingsregels, echter houden aan het EU-recht. Dit wordt Denemarken pijnlijk duidelijk, want het had de buitenlandse verliezen niet hoeven te accepteren indien het een objectvrijstelling had toegepast. De uitkomst van dit arrest is terecht, maar ook een tikkeltje verrassend: eerder achtte A-G Sharpston, bijvoorbeeld, in de *Lidl Belgium*-zaak, een dergelijke ‘inhaal ineens’ in overeenstemming met het EU-recht.

De parallel tussen de Deense regeling en art. 13c Wet VPB 1969 (oud) is snel getrokken. Ook na de invoering van de objectvrijstelling per 1 januari 2012 blijft die regeling, op grond van de overgangsregeling in art. 33b, lid 5, Wet VPB 1969, van toepassing. Om uw geheugen op te frissen: art. 13c Wet VPB 1969 (oud) bepaalt – kort gezegd – dat winsten uit een deelneming, die voorheen als een verlieslatende buitenlandse vaste inrichting werd gedreven, niet vrijgesteld zijn onder de deelnemingsvrijstelling tot het bedrag van de nog niet ingehaalde verliezen. Omdat de in de vaste inrichting aanwezige meerwaarden op het moment van omzetting in een deelneming, als gevolg van de inhaalregeling, effectief al belast zijn, volgt uit *Nordea Bank* dat resterende belastingheffing na de omzetting (door uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling) tot een belemmering van het vrije verkeer leidt, die niet gerechtvaardigd kan worden.

Een verschil tussen de Deense regeling in de zaak *Nordea Bank* en art. 13c Wet VPB 1969 (oud) is dat laatstgenoemde bepaling ook geldt indien een buitenlandse vaste inrichting wordt overgedragen aan een binnenlandse (Nederlandse) deelneming. Bij een dergelijke transactie komt de verdeling van

heffingsbevoegdheid niet in het geding, omdat Nederland de winsten van de vaste inrichting in de heffing kan blijven betrekken, zij het op het niveau van een andere vennootschap. Omdat bij een overdracht van de (voorheen verlieslatende) buitenlandse vaste inrichting aan een binnenlandse deelneming de inhaalverplichting niet mee overgaat, vindt deze gestalte in een art. 13c Wet VPB 1969 (oud)-claim. Zolang de 'inhaal' bij de overdragende vennootschap (uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling op positieve voordelen uit die deelneming) enigszins gelijke tred houdt met de realisatie van winsten door de vaste inrichting is daar op zich niet veel mis mee. Problematischer is het, dunkt mij, als de aandelen in de binnenlandse deelneming vervolgens worden verkocht aan een buitenlandse vennootschap. Deze overdracht leidt dan tot een stevige sanctie, een 'inhaal ineens', hoewel de vaste inrichting onder een binnenlandse deelneming blijft hangen en de verdeling van heffingsbevoegdheid dus geen gevaar loopt.

Opmerkelijk is dat het HvJ de Deense regeling, ondanks het antimisbruikarakter ervan, niet toetste aan de bekende Cadbury Schweppes-criteria. Indien de in die rechtspraak gehanteerde evenredigheidstoets (er kan o.a. slechts sprake zijn van belastingontwijking in het geval van een 'volstrekt kunstmatige constructie') zou worden losgelaten op de diverse onredelijk uitwerkende elementen van art. 13c Wet VPB 1969 (oud) die in de literatuur zijn geïdentificeerd, zal duidelijk worden dat deze bepaling reeds op deze grond de toets van het EU-recht niet zal kunnen doorstaan.

Tot slot kan de Fusierichtlijn – mijn proefschriftonderwerp – niet onbesproken blijven. Art. 10 van die richtlijn bevat een regeling voor het 'bijzondere geval' van de inbreng van een vaste inrichting die gelegen is in een andere lidstaat dan die waaronder de inbrengende vennootschap ressorteert. Op grond van de eerste alinea van art. 10, lid 1, Fusierichtlijn moet de lidstaat van de inbrengende vennootschap afzien van ieder recht tot belastingheffing van die vaste inrichting. De tweede alinea bepaalt echter dat deze lidstaat 'de vroegere verliezen van de vaste inrichting welke eventueel van de belastbare winst van die vennootschap in die lidstaat zijn afgetrokken en welke niet zijn gecompenseerd, bij de belastbare winsten (mag) optellen.' Ondanks de ruime bewoording ervan, 'de vroegere verliezen (...) welke niet zijn gecompenseerd', maakt de zaak Nordea Bank duidelijk dat dit inhaalrecht beperkt zal moeten worden uitgelegd.

Kortom, een belangrijk arrest, met gevolgen voor de Wet VPB 1969!

Zie ook de conclusie van A-G Sharpston in de zaak Lidl Belgium (conclusie van 14 februari 2008, zaak C-414/06, [NTFR 2008/402](#), punt 24.