

Zaak C-446/03

Marks & Spencer plc

tegen

David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)

[verzoek van de High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, om een prejudiciële beslissing]

„Artikelen 43 EG en 48 EG – Vennootschapsbelasting – Vennootschapsgroepen – Belastingaftrek – Winst van moedervervennootschappen – Aftrek van verlies van ingezeten dochtervennootschap – Machtiging – Aftrek van in andere lidstaat geleden verlies van niet-ingezeten dochtervennootschap – Daarvan uitgesloten”

Conclusie van advocaat-generaal M. Poiares Maduro van 7 april 2005

Arrest van het Hof (Grote kamer) van 13 december 2005

Samenvatting van het arrest

Vrij verkeer van personen – Vrijheid van vestiging – Fiscale wetgeving – Vennootschapsbelasting – Belastingaftrek – Nationale wettelijke regeling die uitsluit dat moedervervennootschap in andere lidstaat geleden verlies van in die lidstaat gevestigde dochtervennootschap aftrekt – Toelaatbaarheid – Grenzen

(Art. 43 EG en 48 EG)

De artikelen 43 EG en 48 EG staan bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht niet in de weg aan een wettelijke regeling van een lidstaat, volgens welke het voor een ingezeten moedervervennootschap algemeen niet mogelijk is, het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap af te trekken van haar belastbare winst, terwijl het voor deze moedervervennootschap wel mogelijk is, het verlies van een ingezeten dochtervennootschap af te trekken.

Het is evenwel strijdig met de artikelen 43 EG en 48 EG om de ingezeten moedervervennootschap van een dergelijke mogelijkheid uit te sluiten in een situatie waarin de niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastingjaar waarvoor het verzoek om een belastingaftrek is ingediend, alsmede voor vroegere belastingjaren, en er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervennootschap aan een derde is verkocht.

(cf. punt 59 en dictum)

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

13 december 2005 (*)

„Artikelen 43 EG en 48 EG – Vennootschapsbelasting – Vennootschapsgroepen – Belastingaftrek – Winst van moedervennootschappen – Aftrek van verlies van ingezeten dochtervennootschap – Machtiging – Aftrek van in andere lidstaat geleden verlies van niet-ingezeten dochtervennootschap – Daarvan uitgesloten”

In zaak C-446/03,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (Verenigd Koninkrijk), bij beslissing van 16 juli 2003, ingekomen bij het Hof op 22 oktober 2003, in de procedure

Marks & Spencer plc

tegen

David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, P. Jann, C. W. A. Timmermans en A. Rosas, kamerpresidenten, C. Gulmann (rapporteur), A. La Pergola, J.-P. Puissochet, R. Schintgen, N. Colneric, J. Klučka, U. Lõhmus, E. Levits en A. Ó Caoimh, rechters,

advocaat-generaal: M. Poiares Maduro,

griffier: K. Sztranc, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 1 februari 2005,

gelet op de opmerkingen ingediend door:

- Marks & Spencer plc, vertegenwoordigd door G. Aaronson, QC, en P. Farmer, barrister,
- de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door M. Bethell als gemachtigde, bijgestaan door R. Plender, QC, en D. Ewart, barrister,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door W.-D. Plessing en A. Tiemann als gemachtigden,
- de Griekse regering, vertegenwoordigd door K. Boskovits en V. Kyriazopoulos, alsmede door I. Pouli en S. Trekli als gemachtigden,
- de Franse regering, vertegenwoordigd door G. de Bergues en C. Jurgensen-Mercier als gemachtigden,
- Ierland, vertegenwoordigd door D. J. O'Hagan als gemachtigde, bijgestaan door E. Fitzsimons, SC, en G. Clohessy, BL,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door H. G. Sevenster, S. Terstal en J. van Bakel

als gemachtigden,

- de Finse regering, vertegenwoordigd door A. Guimaraes-Purokoski als gemachtigde,
- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Kruse als gemachtigde,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal als gemachtigde,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 april 2005,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 43 EG en 48 EG.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Marks & Spencer plc (hierna: „Marks & Spencer”) en de Britse belastingadministratie over de afwijzing door deze laatste van een door Marks & Spencer ingediend verzoek om het verlies van haar in België, Duitsland en Frankrijk gevestigde dochtervennootschappen te mogen aftrekken van haar in het Verenigd Koninkrijk belastbare winst.

Het nationale rechtskader

3 De in het hoofdgeding van toepassing zijnde bepalingen van nationaal recht zijn vervat in de Income and Corporation Tax Act 1988 (wet van 1988 inzake de inkomsten? en vennootschapsbelasting; hierna: „ICTA”). Ze worden hierna weergegeven op basis van de informatie die in de verwijzingsbeslissing is verstrekt.

Onderwerping aan de vennootschapsbelasting

4 Overeenkomstig sections 6(1) en 11(1) ICTA wordt vennootschapsbelasting geheven over de winst van vennootschappen die hetzij in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd, hetzij daar handelsactiviteiten uitoefenen via een filiaal of een agentschap.

5 Section 8(1) ICTA bepaalt dat ingezeten vennootschappen vennootschapsbelasting zijn verschuldigd over hun wereldwijde winst. Overeenkomstig section 11(1) zijn niet-ingezeten vennootschappen alleen over de winst van hun in het Verenigd Koninkrijk gevestigde filialen of agentschappen vennootschapsbelasting verschuldigd.

6 Krachtens de belastingverdragen die het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland onder meer met het Koninkrijk België, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek heeft gesloten, zijn de buitenlandse dochtervennootschappen van ingezeten vennootschappen als niet-ingezeten vennootschappen alleen voor de handelsactiviteiten die in deze lidstaat worden uitgeoefend via een vaste inrichting in de zin van deze verdragen, onderworpen aan de vennootschapsbelasting in het Verenigd Koninkrijk.

7 Ter voorkoming van dubbele belasting heeft het Verenigd Koninkrijk een systeem van belastingkrediet ingevoerd.

8 Dit systeem vertoont met name de volgende twee aspecten.

9 In de eerste plaats wordt een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die in een

andere lidstaat via een daar gevestigd filiaal handelsactiviteiten uitoefent, hetzij in het Verenigd Koninkrijk belast over de winst van dat filiaal en mag ze de in die andere lidstaat betaalde belasting aftrekken van de verschuldigde belasting, hetzij ertoe gemachtigd, de in de andere lidstaat betaalde belasting in mindering te brengen bij de berekening van het fiscale resultaat van het filiaal in het Verenigd Koninkrijk. De bedrijfswinst van het filiaal wordt vastgesteld volgens de fiscale regels van het Verenigd Koninkrijk. Een bedrijfsverlies kan worden verrekend met de winst van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap. Het niet-verrekende verlies kan worden overgedragen naar latere boekjaren. Dat het verlies in de andere lidstaat kan worden verrekend met de toekomstige winst van het filiaal, staat niet eraan in de weg dat het wordt verrekend met de winst in het Verenigd Koninkrijk.

10 In de tweede plaats wordt een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die in een andere lidstaat handelsactiviteiten uitoefent via een daar gevestigde dochtervennootschap, in het Verenigd Koninkrijk belast over de door deze dochtervennootschap uitgekeerde dividenden en geniet ze een belastingkrediet ten belope van het bedrag van de belasting die in de andere lidstaat is betaald over de winst waaruit de dividenden zijn uitgekeerd, alsmede, in voorkomend geval, ten belope van het bedrag van de bronbelasting. Wanneer de wettelijke regeling inzake de gecontroleerde buitenlandse vennootschappen niet van toepassing is, wordt de moedervernootschap niet belast over de winst van haar niet-ingezeten dochtervennootschap en kan ze het verlies van deze laatste niet met haar eigen winst verrekenen.

11 Krachtens section 208 ICTA worden de dividenden die een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervernootschap ontvangt van een eveneens in die lidstaat gevestigde dochtervennootschap, niet belast, anders dan de dividenden die een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap uitkeert.

Bijzondere regeling voor verlies binnen vennootschapsgroepen (groepsaftrek)

12 In het Verenigd Koninkrijk kunnen de ingezeten vennootschappen van een groep op grond van de regeling inzake de groepsaftrek onderling de winst en het verlies verrekenen.

13 Section 402 ICTA bepaalt:

„(1) Onder voorbehoud van de bepalingen van dit hoofdstuk en van section 492(8) kan de aftrek voor bedrijfsverlies en andere in de vennootschapsbelasting aftrekbare bedragen in de in (2) en (3) [...] genoemde gevallen door een vennootschap („de overdragende vennootschap”) op verzoek van een andere vennootschap („de verzoekende vennootschap”) worden overgedragen aan de verzoekende vennootschap in de vorm van een vermindering in de vennootschapsbelasting, de zogenaamde „groepsaftrek”.

(2) De groepsaftrek wordt toegekend indien de overdragende vennootschap en de verzoekende vennootschap lid zijn van dezelfde vennootschapsgroep [...].”

14 Section 403 ICTA bepaalt:

„(1) Wanneer de overdragende vennootschap in een boekjaar („het referentieboekjaar”)

(a) bedrijfsverlies lijdt [...] kan, onder voorbehoud van de bepalingen van dit hoofdstuk, dit verlies in de vennootschapsbelasting worden afgetrokken van de totale winst van de verzoekende vennootschap voor hetzelfde boekjaar.”

15 Met betrekking tot de vóór 1 april 2000 afgesloten boekjaren preciseert section 413(5) ICTA:

„Voor de toepassing van dit hoofdstuk wordt onder „vennootschap” slechts verstaan de

rechtspersonen die ingezetenen van het Verenigd Koninkrijk zijn [...]"

16 Na een wetswijziging waartoe het arrest van het Hof van 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695), aanleiding had gegeven, werd de regeling van de groepsaftrek met ingang van het belastingjaar 2000 van toepassing op de winst en het verlies binnen de werkingssfeer van het fiscale recht van het Verenigd Koninkrijk.

17 Als gevolg van deze wetswijziging is het mogelijk:

- het verlies van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigd filiaal van een niet-ingezeten vennootschap over te dragen aan een andere vennootschap van de groep voor aftrek van haar in het Verenigd Koninkrijk belastbare winst;
- het verlies van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap van de groep over te dragen aan het filiaal voor aftrek van zijn winst in het Verenigd Koninkrijk.

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

18 De vennootschap Marks & Spencer is opgericht en geregistreerd in Engeland en Wales. Zij is de moedervenootschap van verschillende vennootschappen in het Verenigd Koninkrijk en in andere staten. Zij is een van de grootste detaillisten van het Verenigd Koninkrijk in de sectoren kleding, voeding, huishoudartikelen en financiële diensten.

19 Vanaf 1975 heeft zij in andere staten vestigingen opgericht, te beginnen met een winkel in Frankrijk. Tegen het einde van de jaren negentig had zij via een netwerk van dochtervennootschappen en franchisenemers verkooppunten in meer dan 36 landen.

20 Medio de jaren negentig werd er meer en meer verlies geleden.

21 In maart 2001 heeft Marks & Spencer de stopzetting van haar activiteiten op het Europese vasteland aangekondigd. Op 31 december 2001 werd de dochtervennootschap in Frankrijk aan derden verkocht, terwijl de andere dochtervennootschappen, waaronder die in België en in Duitsland, hun handelsactiviteiten volledig stopzetten.

22 In het Verenigd Koninkrijk heeft Marks & Spencer op grond van § 6 van schedule 17A ICTA verzocht om een groepsaftrek voor het verlies dat haar in België, Duitsland en Frankrijk gevestigde dochtervennootschappen hadden geleden tijdens de vier respectievelijk op 31 maart 1998, 31 maart 1999, 31 maart 2000 en 31 maart 2001 afgesloten boekjaren. Blijkens de aan het Hof overgelegde stukken is tussen de partijen in het hoofdgeding in confesso dat het verlies moet worden vastgesteld volgens de fiscale regels van het Verenigd Koninkrijk. Op verzoek van de belastingadministratie heeft Marks & Spencer het verlies dus volgens die regels herberekend.

23 Deze dochtervennootschappen hadden hun bedrijfsactiviteiten uitgeoefend in de lidstaat waar hun zetel was gevestigd. Zij hadden geen vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk, waar ze geen enkele bedrijfsactiviteit uitoefenden.

24 De verzoeken om belastingaftrek werden afgewezen op grond dat een groepsaftrek alleen voor het in het Verenigd Koninkrijk geleden verlies kon worden toegekend.

25 Marks & Spencer is tegen deze weigering opgekomen bij de Special Commissioners of Income Tax, die het beroep hebben verworpen.

26 Marks & Spencer heeft tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld bij de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division, die de behandeling van de zaak heeft geschorst

en het Hof de volgende prejudiciële vragen heeft gesteld:

- „1) Is er sprake van een beperking in de zin van artikel 43 EG juncto artikel 48 EG, wanneer:
- de nationale regeling van een lidstaat, zoals die van het Verenigd Koninkrijk inzake de groepsaftrek, eraan in de weg staat dat een fiscaal in deze lidstaat gevestigde moedervernootschap het verlies van fiscaal in andere lidstaten gevestigde dochtervernootschappen aftrekt van haar in deze lidstaat belastbare winst, terwijl een dergelijke verrekening wel mogelijk zou zijn indien dat verlies was geleden door in de lidstaat van de moedervernootschap gevestigde dochtervernootschappen;
 - de lidstaat van de moedervernootschap:
 - een op zijn grondgebied gevestigde vennootschap onderwerpt aan de vennootschapsbelasting over haar volledige winst, met inbegrip van de winst van filialen in andere lidstaten, met dien verstande dat overeenkomstig de verdragen tot voorkoming van dubbele belasting de in een andere lidstaat betaalde belasting mag worden verrekend en het verlies van deze filialen mag worden afgetrokken van de belastbare winst van deze vennootschap;
 - geen vennootschapsbelasting heft over de niet?uitgekeerde winst van in andere lidstaten gevestigde dochtervernootschappen;
 - vennootschapsbelasting heft over de dividenden die aan de moedervernootschap zijn uitgekeerd door in andere lidstaten gevestigde dochtervernootschappen, doch niet over de dividenden die aan de moedervernootschap zijn uitgekeerd door dochtervernootschappen die in dezelfde lidstaat als de moedervernootschap zijn gevestigd;
 - ter voorkoming van dubbele belasting de moedervernootschap een belastingkrediet toekent voor de bronbelasting over dividenden en voor de buitenlandse belasting over de winst waaruit de dividenden zijn uitgekeerd door in andere lidstaten gevestigde dochtervernootschappen?

Zo ja, is deze beperking dan gerechtvaardigd naar gemeenschapsrecht?

2) a) Maakt het voor het antwoord op de eerste vraag verschil, en zo ja welk verschil, of het volgens de wettelijke regeling van de lidstaat van de dochtervernootschap mogelijk is om in bepaalde omstandigheden het verlies van de dochtervernootschap geheel of ten dele te verrekenen met de in de staat van de dochtervernootschap belastbare winst?

b) Zo ja, in hoeverre is dan relevant dat:

- een in een andere lidstaat gevestigde dochtervernootschap haar handelsactiviteiten heeft stopgezet en, hoewel in die staat onder bepaalde voorwaarden het verlies verrekenbaar is, niet is aangetoond dat die verrekening in de betrokken omstandigheden is verkregen;
- een in een andere lidstaat gevestigde dochtervernootschap aan een derde is verkocht en, hoewel volgens de wettelijke regeling van die staat onder bepaalde voorwaarden het verlies door de derde koper mag worden verrekend, niet vaststaat dat die verrekening in de betrokken omstandigheden is verkregen;
- de bepalingen volgens welke het verlies van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen in de lidstaat van de moedervernootschap verrekenbaar is, gelden ongeacht of het verlies ook in een andere lidstaat is verrekend?

c) Maakt het enig verschil of is bewezen dat het verlies is verrekend in de lidstaat waar de

dochtervennootschap is gevestigd, en zo ja, is het dan relevant dat de belastingaftrek naderhand is verkregen door een andere vennootschapsgroep waaraan de dochtervennootschap was verkocht?”

Beantwoording van de eerste vraag

27 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 43 EG en 48 EG in de weg staan aan een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke het voor een ingezeten moedervernootschap niet mogelijk is, het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap af te trekken van haar eigen belastbare winst, terwijl het voor deze moedervernootschap wel mogelijk is, het verlies van een ingezeten dochtervennootschap af te trekken.

28 Het gaat met andere woorden om de vraag of een dergelijke wettelijke regeling een met de artikelen 43 EG en 48 EG strijdige beperking van de vrijheid van vestiging vormt.

29 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, doch dat deze niettemin verplicht zijn, die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen (zie met name arrest van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a., C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punt 37 en de aangehaalde rechtspraak).

30 De vrijheid van vestiging die in artikel 43 EG aan de gemeenschapsonderdanen wordt toegekend, en die voor hen de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst alsmede de oprichting en het bestuur van ondernemingen onder dezelfde voorwaarden als in de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld, omvat, brengt overeenkomstig artikel 48 EG voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, het recht mee om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een filiaal of een agentschap (zie met name arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35).

31 Hoewel de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan het voordeel van de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst beogen te garanderen, verbieden zij de lidstaat van oorsprong ook de vestiging in een andere lidstaat van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap te bemoeilijken (zie met name arrest ICI, reeds aangehaald, punt 21).

32 Een groepsaftrek als die in het hoofdgeding vormt voor de betrokken vennootschappen een fiscaal voordeel. Doordat het verlies van de verliesgevende vennootschappen sneller wordt aangezuiverd wanneer het onmiddellijk wordt verrekend met winst van andere vennootschappen van de groep, is dit voor de vennootschapsgroep een cashflowvoordeel.

33 Wanneer de moedervernootschap van een dergelijk voordeel wordt uitgesloten voor het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap die in de lidstaat van de moedervernootschap geen enkele bedrijfsactiviteit uitoefent, wordt zij belemmerd in de uitoefening van haar vrijheid van vestiging doordat zij wordt afgeschrikt van de oprichting van dochtervennootschappen in andere lidstaten.

34 Deze uitsluiting vormt dus een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van de artikelen 43 EG en 48 EG doordat het verlies van een ingezeten dochtervennootschap en het verlies van een niet-ingezeten dochtervennootschap fiscaal verschillend worden behandeld.

35 Een dergelijke beperking is slechts toelaatbaar wanneer er een rechtmatig doel mee wordt nagestreefd dat zich met het Verdrag verdraagt, en wanneer ze gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Daarenboven moet in een dergelijk geval de beperking geschikt zijn om het aldus nagestreefde doel te verwezenlijken en mag ze niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (zie in die zin arresten van 15 mei 1997, *Futura Participations* en *Singer*, C-250/95, Jurispr. blz. I-2471, punt 26, en 11 maart 2004, *de Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, Jurispr. blz. I-2409, punt 49).

36 Het Verenigd Koninkrijk en de andere lidstaten die in de onderhavige procedure opmerkingen hebben ingediend, stellen dat de fiscale situatie van de ingezeten dochtervennootschappen en die van de niet-ingezeten dochtervennootschappen niet vergelijkbaar zijn met betrekking tot een regeling van groepsaftrek als die in het hoofdgeding. Volgens het territorialiteitsbeginsel, dat zowel in het internationale recht als in het gemeenschapsrecht geldt, is de lidstaat van vestiging van de moedervernootschap fiscaal niet bevoegd voor niet-ingezeten dochtervennootschappen. Overeenkomstig de ter zake gebruikelijke bevoegdheidsverdeling vallen deze laatste in beginsel onder de fiscale bevoegdheid van de staten waar ze gevestigd zijn en bedrijfsactiviteiten uitoefenen.

37 Dienaangaande zij vastgesteld dat de woonplaats van de belastingplichtigen in het fiscale recht een rechtvaardigingsgrond kan zijn voor nationale regels waarbij ingezeten belastingplichtigen en niet-ingezeten belastingplichtigen verschillend worden behandeld. Toch is de woonplaats niet altijd een gerechtvaardigde onderscheidende factor. Indien de lidstaat van vestiging vrijelijk een andere behandeling zou mogen toepassen alleen omdat de zetel van de vennootschap in een andere lidstaat is gevestigd, zou daarmee immers aan artikel 43 EG elke inhoud worden ontnomen (zie arrest van 28 januari 1986, *Commissie/Frankrijk*, 270/83, Jurispr. blz. 273, punt 18).

38 In elke concrete situatie dient te worden nagegaan of er voor het feit dat een fiscaal voordeel alleen aan de ingezeten belastingplichtigen wordt toegekend, objectieve, ter zake dienende gronden bestaan die het verschil in behandeling kunnen rechtvaardigen.

39 In een situatie als die in het hoofdgeding, moet worden aangenomen dat de lidstaat van vestiging van de moedervernootschap, door de ingezeten vennootschappen over hun wereldwijde winst en de niet-ingezeten vennootschappen alleen over de winst uit hun bedrijvigheid in deze staat te belasten, handelt in overeenstemming met het in het internationaal fiscaal recht vastgelegde en in het gemeenschapsrecht erkende territorialiteitsbeginsel (zie met name arrest *Futura Participations* en *Singer*, reeds aangehaald, punt 22).

40 Toch rechtvaardigt de omstandigheid dat deze lidstaat de winst van de niet-ingezeten dochtervennootschappen van een op zijn grondgebied gevestigde moedervernootschap niet belast, in se geen beperking van de groepsaftrek tot het verlies van de ingezeten vennootschappen.

41 Om uit te maken of een dergelijke beperking gerechtvaardigd is, dient te worden onderzocht welke gevolgen een onvoorwaardelijke uitbreiding van een voordeel als dat in het hoofdgeding zou hebben.

42 Dienaangaande beroepen het Verenigd Koninkrijk en de andere lidstaten die opmerkingen hebben ingediend, zich op drie rechtvaardigingsgronden.

43 In 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 de heffingsbevoegdheid tussen de verschillende betrokken lidstaten te waarborgen. In de tweede plaats zou, indien het verlies in de lidstaat van de moedervenootschap zou 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 dochtervenootschap wordt verrekend.

44 Wat de eerste rechtvaardigingsgrond betreft, zij eraan herinnerd dat een derving van belastinginkomsten niet kan worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een maatregel die in beginsel in strijd is met een fundamentele vrijheid (zie met name arrest van 7 september 2004, Manninen, C-319/02, Jurispr. blz. I-7477, punt 49 en de aangehaalde rechtspraak).

45 Zoals het Verenigd Koninkrijk terecht heeft opgemerkt, kan de onverkorte handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten het echter noodzakelijk maken, op de bedrijfsactiviteiten van de in een van deze lidstaten gevestigde vennootschappen zowel ter zake van winst als ter zake van verlies uitsluitend de fiscale regels van die lidstaat toe te passen.

46 Indien 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, zou een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten groot gevaar lopen, aangezien de belastinggrondslag in de eerste staat zou worden vermeerderd en in de tweede zou worden verminderd met het bedrag van het overgedragen verlies.

47 Wat de tweede rechtvaardigingsgrond betreft, namelijk het gevaar van een dubbele verrekening van het verlies, dient te worden aangenomen dat de lidstaten dit moeten kunnen verhinderen.

48 Een dergelijk gevaar ontstaat daadwerkelijk wanneer de groepsaftrek wordt uitgebreid tot het verlies van niet-ingezeten dochtervenootschappen, doch verdwijnt door een regel die de aftrek voor dat verlies uitsluit.

49 Wat ten slotte de derde rechtvaardigingsgrond betreft, namelijk het gevaar van belastingontwijking, dient te worden aangenomen dat de mogelijkheid om het verlies van een niet-ingezeten dochtervenootschap over te dragen aan een ingezeten vennootschap, het gevaar inhoudt dat de verliesoverdracht binnen een vennootschapsgroep zo wordt georganiseerd dat het verlies wordt overgedragen aan vennootschappen in lidstaten waar het belastingtarief het hoogst is, en waar de fiscale waarde van een verlies dus het grootst is.

50 Een uitsluiting van de groepsaftrek voor het verlies van niet-ingezeten dochtervenootschappen verhindert dergelijke praktijken, die hun oorsprong kunnen vinden in de vaststelling dat er tussen de belastingtarieven in de verschillende lidstaten aanzienlijke verschillen bestaan.

51 Gelet op deze drie rechtvaardigingsgronden, samen beschouwd, dient te worden opgemerkt dat met een restrictieve regeling als die in het hoofdgeding, rechtmatige doelstellingen worden nagestreefd die zich met het Verdrag verdragen en gerechtvaardigd zijn uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang, en dat deze regeling daarenboven geschikt is om deze doelstellingen te verwezenlijken.

52 Aan deze analyse wordt niet afgedaan door de in het tweede deel van de eerste vraag genoemde aspecten van de in het Verenigd Koninkrijk van toepassing zijnde regelingen inzake:

— de winst en het verlies van een buitenlands filiaal van een in deze lidstaat gevestigde

vennootschap;

– de dividenden die aan een in deze lidstaat gevestigde vennootschap worden uitgekeerd door een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap.

53 Toch dient te worden nagegaan of de restrictieve maatregel niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van de nagestreefde doelstellingen.

54 Marks & Spencer en de Commissie hebben immers aangevoerd dat er maatregelen mogelijk zijn die minder restrictief zijn dan een algemene uitsluiting van het voordeel van de groepsaftrek. Als voorbeeld geven zij de mogelijkheid om de belastingaftrek afhankelijk te stellen van de voorwaarde dat de buitenlandse dochtervennootschap alle in de lidstaat van vestiging bestaande mogelijkheden van verliesverrekening ten volle heeft benut, of aan de voorwaarde dat latere winst van de niet-ingezeten dochtervennootschap ten belope van haar vroeger verrekend verlies wordt opgenomen in de belastbare winst van de vennootschap waaraan de groepsaftrek is toegekend.

55 Dienaangaande is het Hof van oordeel dat de in het hoofdgeding omstreden restrictieve maatregel verder gaat dan nodig is voor het bereiken van de belangrijkste nagestreefde doelstellingen in een situatie waarin:

– de niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastingjaar waarvoor het verzoek om een belastingaftrek is ingediend, alsmede voor vroegere belastingjaren, in voorkomend geval via een overdracht van dat verlies aan een derde of via de verrekening ervan met de winst van de dochtervennootschap in vroegere belastingjaren, en

– er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervennootschap aan een derde is verkocht.

56 Wanneer de in een lidstaat gevestigde moedervernootschap aan de belastingadministratie aantoont dat is voldaan aan deze voorwaarden, is de uitsluiting van de mogelijkheid voor de moedervernootschap om het verlies van haar niet-ingezeten dochtervennootschap af te trekken van haar in deze staat belastbare winst, in strijd met de artikelen 43 EG en 48 EG.

57 In deze context dient nog te worden gepreciseerd dat de lidstaten vrij blijven, regels in te voeren of te handhaven die specifiek tot doel hebben, volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de nationale fiscale wet te omzeilen of eraan te ontsnappen, van een belastingvoordeel uit te sluiten (zie in die zin reeds aangehaalde arresten ICI, punt 26, en de Lasteyrie du Saillant, punt 50).

58 Voorzover het mogelijk is, andere, minder restrictieve maatregelen aan te wijzen, is het voor dergelijke maatregelen bovendien in elk geval nodig dat de gemeenschapswetgever harmonisatieregels vaststelt.

59 Derhalve dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat de artikelen 43 EG en 48 EG bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht niet in de weg staan aan een wettelijke regeling van een lidstaat, volgens welke het voor een ingezeten moedervernootschap algemeen niet mogelijk is, het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap af te trekken van haar belastbare winst, terwijl het voor deze moedervernootschap wel mogelijk is, het verlies van een ingezeten dochtervennootschap af te trekken. Het is evenwel strijdig met de artikelen 43 EG en 48 EG om de ingezeten moedervernootschap van een dergelijke mogelijkheid

uit te sluiten in een situatie waarin de niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastingjaar waarvoor het verzoek om een belastingaftrek is ingediend, alsmede voor vroegere belastingjaren, en er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervennootschap aan een derde is verkocht.

Beantwoording van de tweede vraag

60 Gelet op het antwoord op de eerste vraag, behoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord.

Kosten

61 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Grote kamer) verklaart voor recht:

De artikelen 43 EG en 48 EG staan bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht niet in de weg aan een wettelijke regeling van een lidstaat, volgens welke het voor een ingezeten moedervennootschap algemeen niet mogelijk is, het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap af te trekken van haar belastbare winst, terwijl het voor deze moedervennootschap wel mogelijk is, het verlies van een ingezeten dochtervennootschap af te trekken. Het is evenwel strijdig met de artikelen 43 EG en 48 EG om de ingezeten moedervennootschap van een dergelijke mogelijkheid uit te sluiten in een situatie waarin de niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastingjaar waarvoor het verzoek om een belastingaftrek is ingediend, alsmede voor vroegere belastingjaren, en er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervennootschap aan een derde is verkocht.

ondertekeningen

* Procestaal: Engels.