

Arrêt de la Cour  
Zaak C-168/01

**Bosal Holding BV**  
**tegen**  
**Staatssecretaris van Financiën**

(verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing)

«Vrijheid van vestiging – Belastingen – Belasting op winst van vennootschappen – Beperkte aftrekbaarheid in lidstaat van kosten die verband houden met deelnemingen van moedermaatschappij in dochterondernemingen die in andere lidstaten zijn gevestigd – Samenhang van belastingstelsel»

Conclusie van advocaat-generaal S. Alber van 24 september 2002 I - 0000 Arrest van het Hof (Vijfde kamer) van 18 september 2003 I - 0000

Samenvatting van het arrest

*Harmonisatie van wetgevingen – Gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten – Richtlijn 90/435 – Kosten van deelneming van in lidstaat gevestigde moedermaatschappij in kapitaal van haar in andere lidstaten gevestigde dochterondernemingen – Aftrekbaarheid onderworpen aan voorwaarde dat wordt bijgedragen aan behalen van winst die in eerste lidstaat belastbaar is – Ontoelaatbaarheid uit oogpunt van artikel 52 van Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) [EG-Verdrag, art. 52 (thans, na wijziging, art. 43 EG); richtlijn 90/435 van de Raad]* Richtlijn 90/435 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, uitgelegd in het licht van artikel 52 van het Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG), verzet zich tegen een nationale bepaling op grond waarvan voor de belasting op de winst van een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij de kosten welke verband houden met de deelneming van deze maatschappij in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming slechts mogen worden afgetrokken indien dergelijke kosten indirect dienstbaar zijn aan het behalen van winst die in de lidstaat van vestiging van de moedermaatschappij belastbaar is. cf. punt 43 en dictum

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)  
18 september 2003 (1)

„Vrijheid van vestiging – Belastingen – Belasting op winst van vennootschappen – Beperkte aftrekbaarheid in lidstaat van kosten die verband houden met deelnemingen van moedermaatschappij in dochterondernemingen die in andere lidstaten zijn gevestigd – Samenhang van belastingstelsel”

In zaak C-168/01,  
betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van de Hoge Raad der Nederlanden, in het aldaar aanhangige geding tussen

**Staatssecretaris van Financiën ,**

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) en 58 EG-Verdrag (thans artikel 48 EG), alsmede van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB L 225, blz. 6),wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),,

samengesteld als volgt: M. Wathelet, kamerpresident, C. W. A. Timmermans, D. A. O. Edward (rapporteur), P. Jann en S. von Bahr, rechters,  
advocaat-generaal: S. Alber,  
griffier: D. Louterman-Hubeau, afdelingshoofd,  
gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

?Bosal Holding BV, vertegenwoordigd door F. C. de Hosson, advocaat,  
?de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door H. G. Sevenster als gemachtigde,  
?de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door J. E. Collins als gemachtigde en door R. Singh, QC,  
?de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal en H. van Vliet als gemachtigden,  
gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Bosal Holding BV, vertegenwoordigd door F. C. de Hosson; de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door H. G. Sevenster; de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door J. E. Collins, R. Singh en M. Hoskins, barrister, en de Commissie, vertegenwoordigd door R. Lyal en H. van Vliet, ter terechtzitting van 11 juli 2002,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 24 september 2002,

het navolgende

## **Arrest**

1 Bij arrest van 11 april 2001, ingekomen bij het Hof op 19 april daaraanvolgend, heeft de Hoge Raad der Nederlanden krachtens 234 EG twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) en 58 EG-Verdrag (thans artikel 48 EG), alsmede van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB L 225, blz. 6, hierna: richtlijn).

2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen Bosal Holding BV (hierna: Bosal), een in Nederland gevestigde besloten vennootschap, en de Inspecteur van de Belastingdienst/Grote ondernemingen Arnhem (hierna: Inspecteur), ter zake van de weigering van laatstgenoemde om Bosal toe te staan, met betrekking tot het belastingjaar 1993 haar belastbare winst te verminderen

met een bedrag van 3 969 339 NLG, welk bedrag overeenkomt met de kosten die verband houden met haar deelnemingen in haar in andere lidstaten gevestigde dochterondernemingen.

## **Rechtskader**

### **De communautaire regelgeving**

**3 Artikel 52, eerste alinea, van het Verdrag luidt: In het kader van de volgende bepalingen worden de beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat tijdens de overgangsperiode geleidelijk opgeheven. Deze geleidelijke opheffing zal eveneens betrekking hebben op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.**

**4 Artikel 58, eerste alinea, van het Verdrag bepaalt: De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.**

**5 De derde overweging van de considerans van de richtlijn bepaalt het volgende: Overwegende dat de huidige fiscale voorschriften voor de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten van land tot land aanzienlijke verschillen vertonen en in het algemeen minder gunstig zijn dan de voorschriften voor de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen van dezelfde lidstaat; dat de samenwerking tussen vennootschappen van verschillende lidstaten hierdoor benadeeld wordt ten opzichte van de samenwerking tussen vennootschappen van dezelfde lidstaat; dat deze benadeling moet worden opgeheven door invoering van een gemeenschappelijke regeling en dat hergroeperingen van vennootschappen op communautair niveau aldus vergemakkelijkt moeten worden.**

**6 Artikel 1 van de richtlijn luidt:**

**1. Elke lidstaat past deze richtlijn toe:**

**?op uitkeringen van winst die door vennootschappen van deze staat zijn ontvangen van hun dochterondernemingen uit andere lidstaten;**

**?op winst die door vennootschappen van deze staat is uitgekeerd aan vennootschappen van andere lidstaten, waarvan zij dochteronderneming zijn.**

**2. Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken.**

**7 Artikel 4 van de richtlijn luidt als volgt:**

**1. Wanneer een moedermaatschappij als deelgerechtigde van haar dochteronderneming uitgekeerde winst ontvangt, anders dan bij de liquidatie van de dochteronderneming, moet de lidstaat van de moedermaatschappij:**

**?ofwel zich onthouden van het belasten van deze winst;**

**?ofwel de winst belasten, maar in dat geval de moedermaatschappij toestaan dat gedeelte van de belasting van de dochteronderneming dat op deze winst betrekking heeft van haar eigen belasting af te trekken en, in voorkomend geval, het bedrag dat, ingevolge de uitzonderingsbepalingen van artikel 5, door de lidstaat waar de dochteronderneming gevestigd is aan de bron is ingehouden, zulks binnen de grenzen van het bedrag van de overeenstemmende nationale belasting.**

**2. Iedere lidstaat blijft evenwel bevoegd om te bepalen dat lasten die betrekking hebben op de deelneming en waardeverminderingen die voortvloeien uit de uitkering van de winst van de dochteronderneming, niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst van de moedermaatschappij. Indien in dit geval de kosten van beheer met betrekking tot de deelneming forfaitair worden vastgesteld, mag het forfaitaire bedrag niet meer dan 5 % bedragen van de door de dochteronderneming uitgekeerde winst.**

**3. Lid 1 is van toepassing tot de datum van daadwerkelijke toepassing van een gemeenschappelijk stelsel van vennootschapsbelasting.**

De Raad stelt te zijner tijd de vanaf de in de eerste alinea bedoelde datum geldende bepalingen vast.

De nationale regelgeving

8 Artikel 13, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, in de versie van 1993 (hierna: wet van 1969), bepaalt: Bij het bepalen van de winst blijven buiten aanmerking voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede kosten welke verband houden met een deelneming, tenzij blijkt dat deze kosten middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst (deelnemingsvrijstelling). Tot de kosten worden in elk geval gerekend de renten en kosten van de geldleningen welke zijn aangegaan in de zes maanden voorafgaande aan de verwerving van de deelneming, behoudens voorzover aannemelijk is dat die leningen zijn aangegaan voor een ander doel dan de verwerving van de deelneming.

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

9 Bosal is een vennootschap die houdster-, financierings- en licentie/royaltyactiviteiten verricht en die als belastingplichtige is onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting. Met betrekking tot het belastingjaar 1993 heeft zij kosten ten bedrage van 3 969 339 NLG aangegeven in verband met de financiering van haar deelnemingen in vennootschappen die in negen andere lidstaten zijn gevestigd. In een aanvulling op haar aangifte met betrekking tot het betrokken belastingjaar heeft Bosal om aftrek van deze kosten van haar eigen winst verzocht.

10 De Inspecteur heeft geweigerd de gevraagde aftrek toe te staan en het Gerechtshof te Arnhem, waarbij Bosal beroep heeft ingesteld tegen de afwijzing van haar bezwaar, heeft de Inspecteur in het gelijk gesteld. Bosal heeft daarop beroep in cassatie ingesteld bij de verwijzende rechter.

11 Van oordeel dat voor de oplossing van het geschil een uitlegging van het gemeenschapsrecht nodig is, heeft de Hoge Raad der Nederlanden de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

1) Verzet artikel 52 juncto artikel 58 EG-Verdrag [...] of enige andere regel van EG-recht zich ertegen dat een lidstaat een aan belastingheffing in die lidstaat onderworpen moedervernootschap alleen dan aftrek verleent van lasten die betrekking hebben op een door haar gehouden deelneming indien de desbetreffende dochtervernootschap winst behaalt die in de lidstaat van vestiging van de moedervernootschap aan belasting is onderworpen?

2) Maakt het voor het antwoord op vraag 1 verschil of de desbetreffende lidstaat ingeval de dochtervernootschap wel en de moedervernootschap niet in die lidstaat is onderworpen aan belasting naar de winst, bij het heffen van belasting van de dochtervernootschap al dan niet rekening houdt met de bedoelde lasten?

De prejudiciële vragen

12 Met zijn vragen, die tezamen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het gemeenschapsrecht zich verzet tegen een nationale bepaling op grond waarvan voor de belasting op de winst van een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij, de kosten welke verband houden met de deelneming van deze maatschappij in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming slechts mogen worden afgetrokken indien dergelijke kosten middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van winst die in de lidstaat van vestiging van de moedermaatschappij belastbaar is.

13 Allereerst dient te worden opgemerkt dat blijkens de schriftelijke opmerkingen van de Nederlandse regering de in artikel 13, lid 1, van de wet van 1969 opgenomen mogelijkheid om kosten van deelnemingen af te trekken van de belastbare winst van de moedervernootschap, uitsluitend afhangt van de vraag of deze kosten middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst, zonder dat vereist is dat deze winst wordt behaald door dochterondernemingen die zelf in deze lidstaat zijn gevestigd of, indien zij in het buitenland zijn gevestigd, in Nederland een vaste inrichting hebben. Een in Nederland gevestigde moedervernootschap heeft derhalve het recht om

van haar in dit land belastbare winst de kosten af te trekken die verband houden met de financiering van haar deelnemingen in aldaar gevestigde dochterondernemingen of in dochterondernemingen die in andere lidstaten zijn gevestigd, maar in Nederland een vaste inrichting hebben.

14 De Hoge Raad der Nederlanden merkt op dat de voor aftrekbaarheid gestelde eis dat genoemde kosten dienstbaar zijn aan het behalen van in de lidstaat van vestiging van de moeder vennootschap belastbare winst, een belemmering van de vrijheid van vestiging vormt, aangezien de beslissing van een moeder vennootschap om in een andere lidstaat een dochteronderneming op te richten er negatief door kan worden beïnvloed. Hij vraagt zich echter af of deze belemmering kan worden gerechtvaardigd met het oog op de noodzaak de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen.

15 Hij geeft in dit verband aan dat de behandeling van enerzijds de deelnemingskosten en anderzijds de belastbare winst systematische samenhang ontbeert en wel om drie redenen. In de eerste plaats kunnen deze kosten in mindering worden gebracht op de winst van de Nederlandse moeder vennootschap ongeacht de omvang van de winst van de dochteronderneming, zelfs indien deze laatste in het desbetreffende jaar geen winst heeft behaald. In de tweede plaats hebben de deelnemingskosten, wanneer de dochteronderneming winst behaalt maar de moeder vennootschap daarentegen niet, geconsolideerd gezien geen invloed op de belasting van de winst van de dochteronderneming. Tot slot zijn deelnemingskosten die middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst, niet aftrekbaar wanneer deze winst wordt behaald door een Nederlandse dochteronderneming van een buitenlandse moeder vennootschap.

16 Bosal betoogt dat de wet van 1969, door de aftrek van de kosten van deelnemingen slechts toe te staan wanneer zij dienstbaar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst, de uitoefening van de vrijheid van vestiging beperkt aangezien zij het oprichten van dochterondernemingen in een andere lidstaat afremt. De mogelijkheid die de richtlijn de lidstaten biedt om de aftrekbaarheid van de kosten van deelneming in het kapitaal van een dochteronderneming niet toe te staan, mag derhalve niet enkel worden gebruikt voor deelnemingen in dochterondernemingen die geen winst behalen die in de lidstaat van vestiging van de moeder vennootschap belastbaar is, maar moet worden toegepast op alle deelnemingen, ook wanneer deze, middellijk of onmiddellijk, in genoemde lidstaat belastbare winst opleveren.

17 De Nederlandse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsook de Commissie zijn daarentegen van mening dat de wet van 1969 niet in strijd is met het gemeenschapsrecht, omdat zij geen beperking van de vrijheid van vestiging bevat of omdat, gesteld dat er van een eventuele beperking sprake is, deze hoe dan ook objectief gerechtvaardigd is.

18 Allereerst bevinden zich volgens de Nederlandse regering dochterondernemingen van in Nederland gevestigde moedermaatschappijen welke in deze lidstaat belastbare winst behalen en die welke dit niet doen, zich niet in een objectief vergelijkbare situatie. Om aan te tonen dat er een groot verschil bestaat tussen dochterondernemingen al naar gelang zij al of niet activiteiten in het buitenland verrichten, beroept deze regering zich op het territorialiteitsbeginsel. In het eerste geval is niet de gehele door het betrokken concern behaalde winst aan de Nederlandse belasting onderworpen, terwijl dat in het tweede geval wel zo is. Dit verschil in situatie tussen dochterondernemingen van in Nederland gevestigde moedermaatschappijen rechtvaardigt een verschil in behandeling van deze moedermaatschappijen met betrekking tot de kosten die verband houden met de deelnemingen van deze maatschappijen in het kapitaal van dergelijke dochterondernemingen.

19 In de tweede plaats merken de Nederlandse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsook de Commissie op, dat de omstandigheid dat moedermaatschappijen die geen dochterondernemingen hebben die in Nederland belastbare winst behalen, van hun in die lidstaat belastbare winst niet de kosten van financiering van hun deelnemingen in het

kapitaal van hun dochterondernemingen kunnen aftrekken, in ieder geval wordt gerechtvaardigd door de noodzaak de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te handhaven (zie arresten van 28 januari 1992, Bachmann, C-204/90, Jurispr. blz. I-249, en Commissie/België, C-300/90, Jurispr. blz. I-305). Er bestaat immers een rechtstreeks verband tussen enerzijds de kosten die verband houden met de deelneming van de moedermaatschappij in het kapitaal van de dochteronderneming en anderzijds de in Nederland belastbare winst van deze laatste, welke winst door deze kosten vóór de aftrek daarvan kan worden behaald.

20 In de derde plaats zijn de Nederlandse regering en de Commissie van mening dat de beperking van de aftrekbaarheid van de deelnemingskosten wordt gerechtvaardigd door het streven, een uitholling van de belastinggrondslag te voorkomen die verder gaat dan een loutere vermindering van de belastingopbrengst.

21 Ten slotte merken de Nederlandse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsook de Commissie op, dat de wet van 1969 verenigbaar is met de richtlijn aangezien het de lidstaten krachtens artikel 4 van deze laatste vrij staat om te bepalen dat de deelnemingskosten in het geheel niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst van de moedermaatschappij. Dit houdt in dat de lidstaten ook de mogelijkheid hebben de aftrekbaarheid van dergelijke kosten gedeeltelijk uit te sluiten.

22 Met betrekking tot dit laatste punt zij allereerst eraan herinnerd dat de richtlijn, zoals met name blijkt uit de derde overweging van haar considerans, tot doel heeft de benadeling op te heffen die het gevolg is van het feit dat de fiscale bepalingen voor de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten in het algemeen minder gunstig zijn dan die welke van toepassing zijn op de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit eenzelfde lidstaat, en aldus de hergroepering van vennootschappen op gemeenschapsniveau te vergemakkelijken (zie arrest van 4 oktober 2001, Athinaïki Zythopoïia, C-294/99, Jurispr. blz. I-6797, punt 25).

23 Met betrekking tot de specifieke vraag betreffende de fiscale behandeling van de kosten die verband houden met de deelneming van een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming, kent artikel 4, lid 2, van de richtlijn iedere lidstaat de bevoegdheid toe te bepalen, dat lasten die betrekking hebben op deze deelneming niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst van de moedermaatschappij.

24 Terwijl krachtens artikel 4, lid 3, van de richtlijn, lid 1 van dit artikel uitsluitend van toepassing is tot de datum van daadwerkelijke toepassing van een gemeenschappelijk stelsel van vennootschapsbelasting, is aan artikel 4, lid 2, dat de lidstaten de bevoegdheid geeft, aftrek van de deelnemingskosten van de belastbare winst van de moedervervennootschap niet toe te staan, aan geen voorwaarde of bijzondere regel gekoppeld ter zake van de bestemming of het doel van de winst die de moedermaatschappij of haar dochteronderneming heeft behaald of ter zake van de toepasselijkheid van deze bepaling in de tijd. Deze bepaling blijft derhalve ook na de daadwerkelijke invoering van een gemeenschappelijk stelsel van vennootschapsbelasting van toepassing.

25 Daaruit volgt dat artikel 13, lid 1, van de wet van 1969 verenigbaar is met de richtlijn voorzover het slechts uitvoering geeft aan de in artikel 4, lid 2, van de richtlijn geboden mogelijkheid, aftrek van de kosten van deelneming van moedervervennootschappen in het kapitaal van hun dochterondernemingen niet toe te staan.

26 Van deze mogelijkheid kan evenwel slechts gebruik worden gemaakt met inachtneming van de fundamentele verdragsbepalingen, in casu artikel 52 van het Verdrag. In het licht van deze bepaling moet dus worden onderzocht of een lidstaat de aftrekbaarheid van de deelnemingskosten krachtens de richtlijn ook slechts gedeeltelijk mag toestaan, zoals het geval is met artikel 13, lid 1, van de wet van 1969.

27 Zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, belemmert artikel 13, lid 1, van de wet van 1969 de oprichting van dochterondernemingen in andere lidstaten, voorzover het de aftrekbaarheid van de kosten van deelneming van de in Nederland gevestigde moedervervennootschap in het kapitaal van in andere lidstaten gevestigde

dochterondernemingen enkel toestaat ingeval deze laatste middellijk winst opleveren die in Nederland belastbaar is. Gelet op deze beperking zou een moedervernootschap immers ervan kunnen worden weerhouden haar activiteiten uit te oefenen via een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming, aangezien dergelijke dochterondernemingen in het algemeen geen winst zullen behalen die in Nederland belastbaar is.

28 Een dergelijke beperking druist bovendien in tegen het doel van de richtlijn zoals uiteengezet in de derde overweging van de considerans, volgens welke een gemeenschappelijke regeling moet worden ingevoerd en de benadeling moet worden opgeheven welke erin bestaat dat voor de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten fiscale voorschriften worden toegepast die minder gunstig zijn dan die welke voor de betrekkingen tussen moedervernootschappen en dochterondernemingen uit dezelfde lidstaat gelden.

29 Met betrekking tot het argument dat de samenhang van het belastingstelsel moet worden gehandhaafd, heeft het Hof er in zijn arrest van 6 juni 2000, Verkooijen (C-35/98, Jurispr. blz. I-4071, punt 57), aan herinnerd dat in de zaken die tot de reeds aangehaalde arresten Bachmann en Commissie/België hebben geleid, een rechtstreeks verband bestond tussen de toekenning van een fiscaal voordeel en de compensatie van dit voordeel door een fiscale heffing, daar beide in het kader van dezelfde belasting hadden plaatsgevonden en dezelfde belastingplichtige betroffen.

30 Wanneer dat rechtstreekse verband ontbreekt omdat het bijvoorbeeld om afzonderlijke belastingheffingen gaat of om een fiscale behandeling van verschillende belastingplichtigen, kan het argument van de samenhang van het belastingstelsel niet worden aangevoerd (zie in die zin arrest van 13 april 2000, Baars, C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 40).

31 In het hoofdgeding ontbreekt een dergelijk rechtstreeks verband. Er bestaat immers geen enkel rechtstreeks verband tussen enerzijds de toekenning aan in Nederland gevestigde moedermaatschappijen van een fiscaal voordeel (het recht om de kosten van deelneming in het kapitaal van dochterondernemingen van hun belastbare winst af te trekken) en anderzijds de belastingregeling voor dochterondernemingen van moedermaatschappijen wanneer deze in deze lidstaat zijn gevestigd.

32 In tegenstelling tot filialen of nevenvestigingen zijn moedermaatschappijen en hun dochterondernemingen gescheiden rechtspersonen, die elk aan een eigen belastingheffing zijn onderworpen, zodat een rechtstreeks verband in het kader van een zelfde belastingheffing ontbreekt en het argument inzake de samenhang van het belastingstelsel niet kan worden aangevoerd.

33 Overigens moet worden vastgesteld dat de beperking van de aftrekbaarheid van de kosten van deelneming van de in Nederland gevestigde moedermaatschappij in het kapitaal van de in andere lidstaten gevestigde dochterondernemingen, niet wordt gecompenseerd doordat daar een voordeel tegenover staat. Deze beperking heeft kennelijk tot gevolg dat met kosten die normalerwijze aftrekbaar hadden moeten zijn, bij de berekening van de hoogte van de belasting geen rekening wordt gehouden.

34 Deze te hoge belasting vindt geen rechtvaardiging in de noodzaak, de fiscale samenhang te behouden.

35 Bovendien bestaat er evenmin een rechtstreeks verband tussen de kosten die een moedermaatschappij van haar in Nederland belastbare winst kan aftrekken en de eventuele belastbare winst van haar dochteronderneming die in deze lidstaat gevestigd is of van de vaste Nederlandse vestiging van haar buitenlandse dochteronderneming. In dit verband blijkt uit het verwijzingsarrest dat de deelnemingskosten kunnen worden afgetrokken van de winst van een dergelijke moedermaatschappij, zonder dat rekening wordt gehouden met de omvang van de winst van de dochteronderneming, zelfs wanneer deze laatste in het betrokken jaar geen winst heeft behaald.

36 Zoals de verwijzende rechter en de Commissie hebben opgemerkt, kunnen overigens vraagtekens worden gesteld bij de samenhang van een belastingstelsel dat ervan uitgaat dat binnen eenzelfde concern een verband bestaat tussen de deelnemingskosten en de

aanwezigheid van in Nederland belastbare winst, aangezien dochterondernemingen van in andere lidstaten gevestigde moedermaatschappijen de deelnemingskosten van deze moedervennootschappen niet van hun in Nederland belastbare winst kunnen aftrekken.

37 De Nederlandse regering heeft ter rechtvaardiging van het verschil in fiscale behandeling op grond van de wet van 1969 ook een argument aangevoerd dat is ontleend aan het territorialiteitsbeginsel, zoals dit door het Hof is erkend in het arrest van 15 mei 1997, Futura Participations en Singer (C-250/95, Jurispr. blz. I-2471, punt 22). De kosten die verband houden met activiteiten in het buitenland, met inbegrip van de financierings- of deelnemingskosten, moeten immers worden toegerekend aan de winst die met genoemde activiteiten is behaald, en de beperking van de aftrekbaarheid van genoemde kosten is uitsluitend gekoppeld aan het al of niet behalen van winst buiten Nederland. Volgens de Nederlandse regering is derhalve geen sprake van discriminatie, aangezien dochterondernemingen die in Nederland belastbare winst behalen en dochterondernemingen die dat niet doen, niet vergelijkbaar zijn.

38 In dit verband moet erop gewezen worden dat de toepassing van het territorialiteitsbeginsel in het reeds aangehaalde arrest Futura Participations en Singer, betrekking had op de heffing van belasting van één belastingplichtige, die activiteiten uitoefende in de lidstaat waar hij zijn voornaamste vestiging had alsook in andere lidstaten vanuit nevenvestigingen.

39 Gelet op de feiten in het hoofdgeding en zoals de advocaat-generaal in de punten 50 en 51 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is het argument dat het verschil in fiscale behandeling van de moedermaatschappijen gerechtvaardigd is doordat dochterondernemingen die in Nederland belastbare winst behalen en die welke dat niet doen, zich niet in vergelijkbare situaties bevinden, irrelevant. De moedermaatschappijen worden immers verschillend behandeld al naar gelang zij al dan niet over dochterondernemingen beschikken die in Nederland belastbare winst behalen, ook al zijn al deze moedermaatschappijen in deze lidstaat gevestigd. Aangaande de fiscale positie van deze maatschappijen met betrekking tot de winst van hun dochterondernemingen moet worden vastgesteld, dat die winst bij de moedermaatschappijen niet belastbaar is, of zij nu afkomstig is van in Nederland belastingplichtige dochterondernemingen of van andere dochterondernemingen.

40 Bovendien heeft het Hof, in een geval waarin het ging om een voor een dochteronderneming geldende belastingregeling die verschilde al naar gelang de zetel van de moedermaatschappij, geoordeeld dat het verschil in belastingregeling waaraan de moedermaatschappijen zijn onderworpen al naar gelang zij binnen of buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigd zijn, niet kan rechtvaardigen dat in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochterondernemingen van in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappijen een fiscaal voordeel wordt onthouden waarop in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochterondernemingen van eveneens in deze lidstaat gevestigde moedermaatschappijen wel aanspraak kunnen maken. De winst van al deze dochterondernemingen is immers onderworpen aan de mainstream corporation tax (algemene vennootschapsbelasting), onafhankelijk van de plaats van vestiging van hun moedermaatschappij (arrest van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a., C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punt 60).

41 Overigens bevat de richtlijn geen enkele uitzondering met betrekking tot het grondgebied waar de winst van de dochterondernemingen eventueel wordt belast. Onder deze omstandigheden kan de richtlijn niet zo worden uitgelegd als zou zij wetgeving als de wet van 1969 toestaan.

42 Het argument van de Nederlandse regering en de Commissie dat de beperking van de aftrekbaarheid wordt gerechtvaardigd door het doel, een uitholling van de belastinggrondslag te voorkomen die verder gaat dan een loutere vermindering van de belastinginkomsten, faalt. Een dergelijke rechtvaardiging verschilt immers in wezen niet van die betreffende het gevaar van vermindering van de belastinginkomsten. Volgens de rechtspraak van het Hof behoort een dergelijke rechtvaardiging niet tot de in artikel 56, lid 1, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 46, lid 1, EG) opgesomde gronden en vormt zij

geen dwingende reden van algemeen belang die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een beperking van de vrijheid van vestiging (zie in die zin arrest van 16 juli 1998, ICI, C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 28).

43 Op de gestelde vragen dient derhalve te worden geantwoord dat de richtlijn, uitgelegd in het licht van artikel 52 van het Verdrag, zich verzet tegen een nationale bepaling op grond waarvan voor de belasting op de winst van een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij de kosten welke verband houden met de deelneming van deze maatschappij in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming slechts mogen worden afgetrokken indien dergelijke kosten middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van winst die in de lidstaat van vestiging van de moedermaatschappij belastbaar is.

#### **Kosten**

44 De kosten door de Nederlandse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede door de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. 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.

**HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),**

uitspraak doende op de door de Hoge Raad der Nederlanden bij arrest van 11 april 2001 gestelde vragen, verklaart voor recht:

**Wathelet**

**Timmermans**

**Edward**

**Jann**

**von Bahr**

**Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 september 2003.**

**De griffier**

**De president van de Vijfde kamer**

**R. Grass**

**M. Wathelet**

**1 – Procestaal: Nederlands.**