

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

6 september 2012 (*)

„Vrijheid van vestiging – Belastingwetgeving – Vennootschapsbelasting – Belastingaftrek – Nationale wetgeving die overdracht van verliezen op nationaal grondgebied geleden door niet-ingezeten inrichting van vennootschap gevestigd in andere lidstaat aan op nationaal grondgebied gevestigde vennootschap van dezelfde groep uitsluit”

In zaak C-18/11,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber) (Verenigd Koninkrijk) bij beslissing van 17 december 2010, ingekomen bij het Hof op 12 januari 2011, in de procedure

The Commissioners for Her Majesty’s Revenue & Customs

tegen

Philips Electronics UK Ltd,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: J.-C. Bonichot (rapporteur), kamerpresident, A. Prechal, K. Schiemann, L. Bay Larsen en E. Jarašiūnas, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 16 februari 2012,

gelet op de opmerkingen van:

- Philips Electronics UK Ltd, vertegenwoordigd door D. Milne, QC, en D. Jowell, barrister,
- de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door S. Hathaway als gemachtigde, bijgestaan door K. Bacon, barrister,
- de Deense regering, vertegenwoordigd door C. Vang als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door W. Mölls en R. Lyal als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 19 april 2012,

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 Philips Electronics UK Ltd (hierna: „Philips Electronics UK”) en de Commissioners for Her Majesty’s Revenue & Customs over de toepassing van de wetgeving betreffende de groepsaftrek voor bepaalde vennootschappen die lid zijn van een consortium.

Toepasselijke nationale bepalingen

3 Section 402 van de Income and Corporation Taxes Act 1988 (wet inkomsten- en vennootschapsbelasting; hierna: „ICTA”) bepaalt, in de versie die van toepassing is op het hoofdgeding:

„1. Onder de voorwaarden van dit hoofdstuk en van section 492(8) kan de aftrek voor bedrijfsverliezen en voor andere van de vennootschapsbelasting aftrekbare bedragen, in de gevallen genoemd in de subsections (2) en (3) van deze section, 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 van de vennootschapsbelasting, de zogenoemde ,groepsaftrek’.

[...]

3. Groepsaftrek is eveneens mogelijk indien er sprake is van een overdragende en een verzoekende vennootschap, waarbij de ene vennootschap lid is van een groep en de andere in handen is van een consortium, en waarbij een derde vennootschap zowel deel uitmaakt van de groep als van het consortium. Een verzoek op grond van deze subsection wordt een ,consortiumverzoek’ genoemd.

3A. Groepsaftrek is uitsluitend mogelijk als de overdragende en de verzoekende vennootschap beide aan de volgende voorwaarde voldoen.

3B. De vennootschap is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk of drijft in het Verenigd Koninkrijk handel door middel van een vaste inrichting.

[...]

6. Een betaling voor een groepsaftrek:

- a) wordt bij geen van beide vennootschappen in aanmerking genomen voor de berekening van winst of verlies voor de heffing van de vennootschapsbelasting, en
- b) wordt in het kader van de Corporation Tax Acts niet aangemerkt als een uitdeling of een inkomenslast;

in deze subsection verwijst de uitdrukking ,betaling voor groepsaftrek’ naar een betaling van de verzoekende vennootschap aan de overdragende vennootschap overeenkomstig een tussen hen gesloten overeenkomst inzake een via de groepsaftrek overgedragen bedrag, waarbij de betaling niet hoger ligt dan dat bedrag.”

4 Section 403D van de ICTA bepaalt:

„1. Bij de vaststelling van de verliezen en andere bedragen die volgens dit hoofdstuk een niet-ingezeten vennootschap in een bepaald boekjaar door middel van groepsaftrek kan overdragen, kunnen enkel de verliezen en andere bedragen in aanmerking worden genomen die:

- a) kunnen worden toegerekend aan activiteiten van die vennootschap, voor zover de ter zake verkregen inkomsten en behaalde transactiewinsten in aanmerking zijn genomen (of zouden zijn genomen, indien er inkomsten en winsten waren geweest) bij de berekening van de voor de vennootschapsbelasting belastbare winst van de vennootschap voor dat boekjaar;
- b) niet kunnen worden toegerekend aan activiteiten van de vennootschap die in het betrokken boekjaar zijn vrijgesteld van de vennootschapsbelasting op grond van een regeling ter voorkoming van dubbele belasting, en
- c) geen enkel gedeelte van:
 - i) het verlies of van andere bedragen, of
 - ii) van enig bedrag dat bij de berekening ervan is meegeteld,

overeenkomt met, of is vertegenwoordigd in, een bedrag dat voor een buitenlandse belasting (in welk boekjaar ook) aftrekbaar is van of anderszins verrekenbaar met buiten het Verenigd Koninkrijk behaalde winst van de vennootschap of van een andere persoon.

[...]

3. In deze section worden onder ‚buiten het Verenigd Koninkrijk behaalde winst’, ongeacht de persoon waarop zij betrekking heeft, bedragen verstaan die:

- a) in het kader van een buitenlandse belasting worden beschouwd als winst, inkomsten of transactiewinst ter zake waarvan die persoon (na aftrek) deze belasting is verschuldigd, en
- b) niet overeenkomen met, en niet zijn vertegenwoordigd in, de totale winst (van deze of van een andere persoon) voor een bepaalde boekhoudkundige periode,

of bedragen die worden meegeteld bij de berekening van deze bedragen.

[...]

6. Voor zover het recht van enig grondgebied buiten het Verenigd Koninkrijk [van Groot-Brittannië en Noord-Ierland] de aftrekbaarheid van een bedrag voor de toepassing van een buitenlandse belasting doet afhangen van de vraag of dit bedrag in het Verenigd Koninkrijk fiscaal aftrekbaar is, wordt het in deze section niet in aanmerking genomen.

[...]”

5 Section 406(2) van de ICTA bepaalt:

„Onder de voorwaarden van de hiernavolgende leden 3 en 4 kan een lid van een groep elk verzoek om consortiumaftrek indienen dat een schakelvennootschap kan indienen (ongeacht een eventueel ontbreken van winst) voor bedrijfsverliezen en voor andere aftrekbare bedragen voor een boekjaar van een lid van een consortium; wanneer het de verzoekende vennootschap is die deel uitmaakt van de groep, wordt het relevante breukdeel in de zin van section 403C vastgesteld alsof de schakelvennootschap de verzoekende vennootschap was.”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

6 Philips Electronics UK is een vennootschap met fiscale woonplaats in het Verenigd Koninkrijk. Zij maakt deel uit van de Philips Group, waarvan de uiteindelijke moedermaatschappij in Nederland is gevestigd. Deze moedermaatschappij heeft samen met een Zuid-Koreaanse groep, LG Electronics, een joint venture opgericht. De joint venture beschikt over een dochtermaatschappij in Nederland, LG Philips Displays Netherlands BV (hierna: „LG.PD Netherlands”), die een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk heeft.

7 Philips Electronics UK heeft geprobeerd een deel van de verliezen die in de boekjaren 2001 tot en met 2004 door de vaste inrichting van LG.PD Netherlands in het Verenigd Koninkrijk zijn geleden, met haar eigen winst te verrekenen.

8 Haar verzoek is door de belastingautoriteiten van het Verenigd Koninkrijk afgewezen onder meer op grond dat de verliezen van LG.PD Netherlands met haar in Nederland behaalde winsten verrekend konden worden. Onder meer deze grond is voor het First-tier Tax Tribunal (Tax Chamber) bestreden.

9 Het First-tier Tax Tribunal (Tax Chamber) heeft Philips Electronics UK in het gelijk gesteld. De belastingautoriteiten van het Verenigd Koninkrijk hebben daarop hoger beroep ingesteld bij het Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber).

10 Daarop heeft het Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber) besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Wordt de vrijheid van een onderdaan van een lidstaat om zich in het Verenigd Koninkrijk te vestigen, zoals neergelegd in artikel 49 VWEU (voorheen artikel 43 EG), beperkt indien een lidstaat (zoals het Verenigd Koninkrijk) in zijn belastinggrondslag de winst en het verlies betreft van een vennootschap die in een andere lidstaat (zoals Nederland) is gevestigd en daar eveneens haar fiscale woonplaats heeft, voor zover de winst toerekenbaar is aan activiteiten die de in Nederland gevestigde vennootschap in het Verenigd Koninkrijk uitoefent via een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk, indien het Verenigd Koninkrijk niet toestaat dat deze vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk van een buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap haar in het Verenigd Koninkrijk ontstane verliezen overdraagt aan een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap door middel van de groepsaftrek, wanneer een deel van deze verliezen of een bedrag dat in aanmerking wordt genomen bij de berekening ervan, overeenkomt met, of is vertegenwoordigd in, een bedrag dat voor een buitenlandse belasting (in welk boekjaar ook) aftrekbaar is van of anderszins verrekenbaar is met buiten het Verenigd Koninkrijk behaalde winst van de vennootschap of van een andere persoon’, met andere woorden indien het Verenigd Koninkrijk de overdracht van in het Verenigd Koninkrijk geleden verliezen in het geval van een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk enkel toestaat wanneer op het tijdstip van het verzoek duidelijk is dat er in een andere staat dan het Verenigd Koninkrijk (daaronder begrepen in een andere lidstaat, zoals Nederland) nooit een aftrek of verrekening kan plaatsvinden, waarbij het niet volstaat dat van de in het buitenland toegestane aftrek in feite geen gebruik is gemaakt, en in omstandigheden waarin geen overeenkomstige voorwaarde geldt voor de overdracht van in het Verenigd Koninkrijk geleden verliezen door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap?

2) Zo ja, kan deze beperking dan worden gerechtvaardigd:

- a) louter op basis van de noodzaak een dubbele verrekening van verliezen te voorkomen, of
 - b) louter op basis van de noodzaak de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten te handhaven, of
 - c) op basis van de noodzaak de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten te handhaven, in samenhang met de noodzaak een dubbele verrekening van verliezen te voorkomen?
- 3) Zo ja, staat de beperking dan in een evenredige verhouding met de aangehaalde rechtvaardigingsgrond(en)?
- 4) Indien een beperking van de rechten van de in Nederland gevestigde vennootschap niet is gerechtvaardigd of niet in een evenredige verhouding met enige rechtvaardigingsgrond staat, dient het Verenigd Koninkrijk dan op grond van het Unierecht aan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap een correctiemiddel toe te kennen, zoals het recht om een met haar winst verrekenbare groepsaftrek te vragen?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

De eerste vraag

11 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 43 EG aldus moet worden uitgelegd dat een nationale regeling die voor overdracht via groepsaftrek van verliezen die zijn geleden door een in die lidstaat gelegen vaste inrichting van een niet-ingezeten vennootschap aan een ingezeten vennootschap, de voorwaarde stelt dat het niet mogelijk is deze verliezen met een buitenlandse belasting te verrekenen, terwijl voor de overdracht van verliezen die een ingezeten vennootschap in die lidstaat heeft geleden, een overeenkomstige voorwaarde niet geldt, een beperking vormt van de vrijheid van een niet-ingezeten vennootschap om zich in een andere lidstaat te vestigen.

12 De vrijheid van vestiging, die artikel 43 EG aan de onderdanen van de Unie toekent en die voor hen de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst omvat 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, 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 Europese Unie hebben, het recht mee om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochtermaatschappij, een filiaal of een agentschap (arresten van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35, en 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 30).

13 Artikel 43, eerste alinea, tweede volzin, EG biedt marktdeelnemers uitdrukkelijk de mogelijkheid om vrijelijk de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat past, zodat deze vrije keuze in de lidstaat van ontvangst niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen (arrest van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk, 270/83, Jurispr. blz. 273, punt 22).

14 De vrijheid om de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van werkzaamheden in een andere lidstaat past, heeft aldus met name tot doel, vennootschappen die in een lidstaat zijn gevestigd de mogelijkheid te bieden een filiaal te openen in een andere lidstaat om er hun werkzaamheden uit te oefenen onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor

dochterondernemingen (arrest van 23 februari 2006, CLT-UFA, C-253/03, Jurispr. blz. I-1831, punt 15).

15 In dat verband stelt een regeling als aan de orde in het hoofdgeding voor de overdracht via groepsaftrek van verliezen die zijn geleden door een in die lidstaat gelegen vaste inrichting van een niet-ingezeten vennootschap aan een ingezeten vennootschap bepaalde voorwaarden, terwijl voor de overdracht van verliezen die een ingezeten vennootschap in die lidstaat heeft geleden, een overeenkomstige voorwaarde niet geldt.

16 Door een dergelijke ongelijke behandeling wordt het voor in andere lidstaten gevestigde vennootschappen minder aantrekkelijk de vrijheid van vestiging door middel van een vaste inrichting uit te oefenen. Daaruit volgt dat een nationale regeling als in het hoofdgeding aan de orde een beperking vormt op de vrijheid om de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van werkzaamheden in een andere lidstaat past.

17 Om verenigbaar te zijn met de bepalingen van het EG-Verdrag betreffende de vrijheid van vestiging moet een dergelijk verschil in behandeling betrekking hebben op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn, of worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang (zie in die zin arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punt 167). De vergelijkbaarheid van een communautaire situatie met een interne situatie moet worden onderzocht op basis van het door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel (arrest van 25 februari 2010, *X Holding*, C-337/08, Jurispr. blz. I-1215, punt 22).

18 Het Verenigd Koninkrijk stelt dat de situatie van een niet-ingezeten vennootschap met enkel een vaste inrichting op het nationale grondgebied, die slechts belast wordt over de op dat grondgebied behaalde winst die aan die vaste inrichting kan worden toegerekend, niet vergelijkbaar is met die van een ingezeten vennootschap, die overigens een dochtermaatschappij kan zijn van een niet-ingezeten moedermaatschappij, en waarvan het totale inkomen wordt belast.

19 Deze analyse kan echter niet worden aanvaard. De situatie van een niet-ingezeten vennootschap met enkel een vaste inrichting op het nationale grondgebied is namelijk, gelet op het doel van een belastingregime als in het hoofdgeding aan de orde, objectief vergelijkbaar met die van een ingezeten vennootschap, voor zover het gaat om de mogelijkheid om in het Verenigd Koninkrijk geleden verliezen via groepsaftrek aan een andere groepsmaatschappij over te dragen.

20 Op de eerste vraag dient mitsdien te worden geantwoord dat artikel 43 EG aldus moet worden uitgelegd dat een nationale regeling die voor overdracht via groepsaftrek van verliezen die zijn geleden door een in die lidstaat gelegen vaste inrichting van een niet-ingezeten vennootschap aan een ingezeten vennootschap, de voorwaarde stelt dat het niet mogelijk is deze verliezen met een buitenlandse belasting te verrekenen, terwijl voor de overdracht van verliezen die een ingezeten vennootschap in die lidstaat heeft geleden, een overeenkomstige voorwaarde niet geldt, een beperking vormt van de vrijheid van een niet-ingezeten vennootschap om zich in een andere lidstaat te vestigen.

De tweede vraag

21 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een beperking van de vrijheid van een niet-ingezeten vennootschap om zich in een andere lidstaat te vestigen, zoals in het hoofdgeding aan de orde, kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang ontleend aan het voorkomen van dubbele verliesverrekening, het handhaven van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten of een combinatie van deze twee gronden.

22 Volgens vaste rechtspraak kan een beperking van de vrijheid van vestiging toelaatbaar zijn wanneer zij 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 zij niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is (arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 35).

23 In de eerste plaats is onverkorte handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten een door het Hof erkend legitiem doel (zie onder meer arrest van 29 november 2011, National Grid Indus, C-371/10, Jurispr. blz. I-12273, punt 45).

24 Zoals het Hof heeft opgemerkt strekt dat doel er met name toe de symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van de verliezen veilig te stellen (zie arrest van 15 mei 2008, Lidl Belgium, C-414/06, Jurispr. blz. I-3601, punt 33).

25 In een situatie als aan de orde in het hoofdgeding wordt echter de heffingsbevoegdheid van de lidstaat van ontvangst, op het grondgebied waarvan de verlieslijdende economische activiteit van de vaste inrichting wordt uitgeoefend, geenszins geraakt door de mogelijkheid dat de verliezen die zijn geleden door een op zijn grondgebied gelegen vaste inrichting via groepsaftrek worden overgedragen aan een ingezeten vennootschap.

26 Deze situatie moet worden onderscheiden van de situatie waarin de mogelijkheid aan de orde is om verliezen in aanmerking te nemen die zijn geleden in een andere lidstaat en die uit dien hoofde onder de heffingsbevoegdheid van die lidstaat vallen, en waarin de symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van de verliezen niet is veiliggesteld. In een situatie als in het hoofdgeding aan de orde, waarin de overdracht van verliezen die zijn geleden door een op het grondgebied van een lidstaat gelegen vaste inrichting aan een ingezeten vennootschap in geding is, wordt de heffingsbevoegdheid van de betrokken lidstaat voor de eventuele winst uit de activiteit van de vaste inrichting op zijn grondgebied immers niet geraakt.

27 Daaruit volgt dat de lidstaat van ontvangst, op het grondgebied waarvan de verlieslijdende economische activiteit van de vaste inrichting wordt uitgeoefend, zich in een situatie als in het hoofdgeding aan de orde niet kan beroepen op de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten als rechtvaardigingsgrond voor een nationale regeling die voor de overdracht via groepsaftrek van verliezen die zijn geleden door een in die lidstaat gelegen vaste inrichting van een niet-ingezeten vennootschap aan een ingezeten vennootschap de voorwaarde stelt dat het niet mogelijk is deze verliezen met een buitenlandse belasting te verrekenen, terwijl voor de overdracht van verliezen die een ingezeten vennootschap in die lidstaat heeft geleden, een overeenkomstige voorwaarde niet geldt.

28 In de tweede plaats kan de nationale regeling van de lidstaat van ontvangst, zelfs als het voorkomen van dubbele verliesverrekening als zelfstandige rechtvaardigingsgrond kon worden ingeroepen, daardoor in een geval als in het hoofdgeding aan de orde hoe dan ook niet worden gerechtvaardigd.

29 In het hoofdgeding gaat het namelijk om de vraag of de lidstaat van ontvangst bepaalde voorwaarden kan stellen voor de overdracht via groepsaftrek van verliezen die zijn geleden door een in die lidstaat gelegen vaste inrichting van een niet-ingezeten vennootschap aan een ingezeten vennootschap, terwijl voor de overdracht van verliezen die een ingezeten vennootschap in die lidstaat heeft geleden, een overeenkomstige voorwaarde niet geldt.

30 In een dergelijk geval wordt de heffingsbevoegdheid van de lidstaat waarin de vaste inrichting is gelegen, niet geraakt door het risico dat deze verliezen zowel in de lidstaat van ontvangst, waarin de vaste inrichting is gelegen, als in de lidstaat waarin zich de zetel van de niet-ingezeten vennootschap bevindt, in aanmerking worden genomen.

31 Zoals de advocaat-generaal in de punten 49 en volgende van haar conclusie opmerkt, vallen de verliezen die door de vaste inrichting van LG.PD Netherlands in het Verenigd Koninkrijk zijn overgedragen aan Philips Electronics UK, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap, hoe dan ook onder de heffingsbevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk. Aan deze heffingsbevoegdheid wordt geenszins afgedaan doordat de overgedragen verliezen in voorkomend geval ook in Nederland kunnen worden verrekend.

32 Derhalve kan in omstandigheden als in het hoofdgeding aan de orde de lidstaat waarin de vaste inrichting is gelegen het voorkomen van dubbele verliesverrekening als zodanig niet aangrijpen om de verrekening van verliezen uit te sluiten op grond dat deze eveneens kunnen worden verrekend in de lidstaat waarin zich de zetel van de niet-ingezeten vennootschap bevindt.

33 De lidstaat van ontvangst, op het grondgebied waarvan de vaste inrichting is gelegen, kan zijn regeling in een situatie als in het hoofdgeding aan de orde dus hoe dan ook niet rechtvaardigen met een zelfstandig beroep op het risico van dubbele verliesverrekening.

34 Om de redenen die in de punten 23 tot en met 33 van dit arrest zijn genoemd, geldt hetzelfde voor een combinatie van het handhaven van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en het voorkomen van dubbele verliesrekening.

35 Uit het voorgaande volgt dat op de tweede vraag dient te worden geantwoord dat een beperking van de vrijheid van een niet-ingezeten vennootschap om zich in een andere lidstaat te vestigen, zoals in het hoofdgeding aan de orde, niet kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang ontleend aan het voorkomen van dubbele verliesverrekening, het handhaven van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten of een combinatie van deze twee gronden.

De derde vraag

36 Gelet op het antwoord op de tweede vraag hoeft de derde vraag niet te worden beantwoord.

De vierde vraag

37 Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen welke gevolgen hij aan het antwoord op de tweede vraag dient te verbinden.

38 Het is vaste rechtspraak dat elke bevoegde nationale rechter bij wie een zaak is aangebracht, als orgaan van een lidstaat ingevolge het in artikel 10 EG neergelegde samenwerkingsbeginsel verplicht is om het rechtstreeks toepasselijke recht van de Unie integraal toe te passen en de door dit recht aan particulieren toegekende rechten te beschermen door elke eventueel strijdige bepaling van de nationale wet buiten toepassing te laten, ongeacht of deze van vroegere of latere datum is dan de regel van het recht van de Unie (zie in die zin onder meer

arresten van 9 maart 1978, Simmenthal, 106/77, Jurispr. blz. 629, punten 16 en 21, en 19 juni 1990, Factortame e.a., C-213/89, Jurispr. blz. I-2433, punt 19).

39 In het onderhavige geval is niet van belang dat het niet de belastingplichtige is, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap, waarvan de vrijheid van vestiging ongerechtvaardigd wordt beperkt, maar de niet-ingezeten vennootschap met een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk. Om effect te hebben, moet de vrijheid van vestiging in een situatie als in het hoofdgeding aan de orde de belastingplichtige eveneens de mogelijkheid bieden te profiteren van een groepsaftrek die met zijn winsten kan worden verrekend.

40 Op de vierde vraag dient mitsdien te worden geantwoord dat de nationale rechter in een situatie als in het hoofdgeding aan de orde elke bepaling van de nationale wet die strijdig is met artikel 43 EG buiten toepassing moet laten.

Kosten

41 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 (Vierde kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Artikel 43 EG moet aldus worden uitgelegd dat een nationale regeling die voor de overdracht via groepsaftrek van verliezen die zijn geleden door een in die lidstaat gelegen vaste inrichting van een niet-ingezeten vennootschap aan een ingezeten vennootschap, de voorwaarde stelt dat het niet mogelijk is deze verliezen met een buitenlandse belasting te verrekenen, terwijl voor de overdracht van verliezen die een ingezeten vennootschap in die lidstaat heeft geleden, een overeenkomstige voorwaarde niet geldt, een beperking vormt van de vrijheid van een niet-ingezeten vennootschap om zich in een andere lidstaat te vestigen.**
- 2) **Een beperking van de vrijheid van een niet-ingezeten vennootschap om zich in een andere lidstaat te vestigen, zoals in het hoofdgeding aan de orde, kan niet worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang ontleend aan het voorkomen van dubbele verliesverrekening, het handhaven van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten of een combinatie van deze twee gronden.**
- 3) **In een situatie als in het hoofdgeding aan de orde moet de nationale rechter elke bepaling van de nationale wet die strijdig is met artikel 43 EG buiten toepassing laten.**

ondertekeningen

* Procestaal: Engels.