

61996C0264

Conclusie van advocaat-generaal Tesauro van 16 december 1997. - Imperial Chemical Industries plc (ICI) tegen Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes). - Verzoek om een prejudiciële beslissing: House of Lords - Verenigd Koninkrijk. - Recht van vestiging - Vennootschapsbelasting - Overdracht, van ene naar andere vennootschap van dezelfde groep, van recht op aftrek van bedrijfsverliezen - Voorwaarde betreffende plaats van vestiging van de groepsmaatschappijen - Verschil in behandeling op grond van zetel - Verplichtingen van nationale rechter. - Zaak C-264/96.

Jurisprudentie 1998 bladzijde I-04695

Conclusie van de advocaat generaal

1 In de onderhavige procedure gaat het primair om de vraag of een nationale wettelijke regeling die in een bijzondere vorm van belastingaftrek voorziet voor vennootschappen die deel uitmaken van een consortium, op voorwaarde dat, ingeval het consortium een houdstermaatschappij controleert, het merendeel van de dochterondernemingen van die houdstermaatschappij op het nationale grondgebied is gevestigd, verenigbaar is met artikel 52 EG-Verdrag. Indien dat niet het geval is, is voorts de vraag aan de orde, wat de betekenis en de omvang is van de verplichting van de nationale rechter om krachtens artikel 5 van het Verdrag tot een gemeenschapsconforme uitlegging te komen. Het prejudiciële verzoek is afkomstig van het House of Lords, en de in geding zijnde wettelijke regeling is die van het Verenigd Koninkrijk.

De nationale wettelijke regeling

2 De in casu toepasselijke regeling is opgenomen in de Sections 258 tot en met 264 van de Income and Corporation Taxes Act 1970 (hierna: "Act"), die sindsdien zijn vervangen door soortgelijke bepalingen van de Income and Corporation Taxes Act 1988.

Deze bepalingen regelen onder meer de "consortium relief" (groepsaftrek). (1) Deze houdt kort gezegd in, dat een vennootschap die tot een consortium behoort, verliezen van via een houdstermaatschappij gecontroleerde dochterondernemingen kan verrekenen met haar winst. Een vennootschap die deel uitmaakt van een consortium, kan dus bij de berekening van haar belastbaar bedrag de door een dochteronderneming geleden verliezen compenseren - naar evenredigheid van de omvang van haar deelneming - met haar belastbare winst. De redenen waarom de regeling in deze mogelijkheid voorziet, zijn in de loop van de procedure uiteengezet. Zij behoeven hier echter enkel te worden gezien bij de beoordeling of de nationale wettelijke regeling tot een bij artikel 52 van het Verdrag verboden gestelde beperking van de vrijheid van vestiging leidt, en, indien zulks het geval is, of die beperking gerechtvaardigd is.

3 Meer specifiek kan een aftrek van "bedrijfsverliezen" op grond van Section 258(1), van de Act worden overgedragen door een vennootschap die deel uitmaakt van een groep van

ondernemingen (de overdragende vennootschap) aan een andere vennootschap die lid is van dezelfde groep (de verzoekende vennootschap). Krachtens Section 258(2), kan de groepsaftrek ook worden verleend in situaties waarin sprake is van een consortium. Deze aftrek is bijvoorbeeld mogelijk, wanneer een van de betrokken vennootschappen lid is van een consortium en de andere een handelsmaatschappij is die door een houdstermaatschappij wordt gecontroleerd die op haar beurt weer aan een consortium toebehoort. (2) Overeenkomstig Section 259(1) en 8(a), van de Act kan in gevallen waarin de verzoekende vennootschap lid van een consortium is, slechts een deel van de door de overdragende vennootschap geleden verliezen worden afgetrokken, naar evenredigheid van de omvang van de deelneming van de verzoekende vennootschap in het consortium.

De "groepsaftrek" is tevens aan de voorwaarde gebonden, dat de door het consortium gecontroleerde vennootschap een "houdstermaatschappij" is als bedoeld in Section 258(5)(b), van de Act, te weten "een vennootschap waarvan de werkzaamheden geheel of hoofdzakelijk bestaan in het houden van aandelen of effecten van vennootschappen die voor 90 % haar dochtermaatschappijen zijn en die handelsmaatschappijen zijn".

4 Tot slot bepaalt Section 258(7): "Als vennootschappen in de zin van deze en de volgende Sections van dit hoofdstuk gelden enkel rechtspersonen die in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd." De uitlegging en toepassing van deze bepaling is de aanleiding tot de onderhavige procedure geweest.

De feiten en de prejudiciële vragen

5 Coopers Animal Health (Holdings) Ltd (hierna: "Holdings") is op 17 mei 1984 opgericht en haar aandelen zijn in handen van een consortium bestaand uit Wellcome Foundation Ltd en Imperial Chemical Industries plc (hierna: "ICI"), die respectievelijk 51 % en 49 % van haar aandelen houden. Holdings heeft als enige activiteit het houden van de aandelen van haar dochtermaatschappijen. Van deze 23 dochtermaatschappijen zijn er slechts 4 in het Verenigd Koninkrijk gevestigd, 6 in andere lidstaten en de overige 13 in derde landen.

6 Een van de door Holdings gecontroleerde en in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen is Coopers Animal Health Ltd (hierna: "CAH"), die aanzienlijke verliezen leed, met name in de boekjaren 1985, 1986 en 1987. In verband hiermee verzocht ICI de belastingdienst op grond van Section 258 van de Act om 49 % van de door CAH geleden verliezen te mogen aftrekken (het deel dat overeenkomt met de deelneming van ICI in Holdings).

De belastingdienst weigerde dit met de motivering dat, hoewel alle betrokken vennootschappen (ICI, Holdings en CAH) in het Verenigd Koninkrijk waren gevestigd, het merendeel van de door Holdings gecontroleerde handelsmaatschappijen in het buitenland was gevestigd. In het licht van Section 258(7), van de Act voldeed Holdings, aldus de belastingdienst, niet aan de eisen om als "houdstermaatschappij" te kunnen worden aangemerkt en kwam zij dus niet in aanmerking voor de belastingaftrek.

7 ICI heeft deze uitlegging in rechte bestreden. Zowel de High Court als de Court of Appeal hebben haar vordering toegewezen, omdat zij de relevante wettelijke regeling en met name Section 258(7), anders uitlegden dan de belastingdienst. Kort gezegd waren beide rechterlijke instanties van oordeel, dat het recht op de aftrek niet kan worden geweigerd in gevallen als het onderhavige, waarin zowel de overdragende als de verzoekende vennootschap in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd. Volgens hen diende de term "vennootschap" (waaronder dus ook de houdstermaatschappij en de dochtermaatschappijen vallen) niet overal in Section 258 te worden opgevat in de betekenis die deze term heeft in de aanhef van Section 258(7), welke laatste bepaling slechts een definitie geeft van de vennootschappen die in aanmerking kunnen komen voor de daarin voorziene aftrek. Volgens deze uitlegging kan aan in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen geen aftrek worden geweigerd van bedrijfsverliezen van

dochtermaatschappijen die eveneens aldaar zijn gevestigd.

8 De belastingdienst stelde hiertegen echter beroep in. Het House of Lords, de hoogste rechterlijke instantie, schaarde zich achter de uitlegging van de belastingdienst en oordeelde - uitsluitend op basis van het nationale recht - dat ICI geen recht op de gevraagde belastingaftrek had.

ICI voerde voor het House of Lords echter een nieuw - aan het gemeenschapsrecht ontleend - argument aan tegen de weigering van de aftrek. Kort gezegd betoogde ICI, dat de betrokken wettelijke regeling - of althans de door de belastingdienst daaraan gegeven uitlegging - onverenigbaar is met de artikelen 52 en 58 van het Verdrag, aangezien het vereiste dat het merendeel van de door Holdings gecontroleerde vennootschappen in het Verenigd Koninkrijk moet zijn gevestigd, een beperking (zij het in indirecte vorm) vormt van de vrijheid van vestiging van ICI en met name van haar recht om via een houdstermaatschappij deel te nemen in dochtermaatschappijen die in andere lidstaten zijn gevestigd. Gezien het feit dat de betrokken wettelijke regeling op twee manieren kan worden uitgelegd - de uitlegging van de rechterlijke instanties in eerste en tweede aanleg enerzijds en die van de belastingdienst anderzijds - is de nationale rechter ingevolge artikel 5 van het Verdrag hoe dan ook verplicht voor de eerste uitlegging te opteren, aangezien hiermee een daadwerkelijk of potentieel conflict met het gemeenschapsrecht kan worden vermeden, aldus ICI.

9 Van oordeel dat een uitlegging van voornoemde bepalingen van gemeenschapsrecht noodzakelijk was voor de oplossing van het bij hem aanhangige geschil, heeft het House of Lords het Hof de twee volgende prejudiciële vragen gesteld:

"1) Indien:

i) een vennootschap (vennootschap A) is gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie,

ii) vennootschap A met een andere, eveneens in die lidstaat gevestigde vennootschap (vennootschap B) een consortium vormt,

iii) aan de vennootschappen A en B tezamen een eveneens in die lidstaat gevestigde houdstermaatschappij toebehoort (vennootschap C),

iv) vennootschap C een aantal in die lidstaat, in andere lidstaten van de Europese Unie of elders gevestigde dochtermaatschappijen heeft, en

v) aan vennootschap A niet wordt toegestaan, verliezen van een (eveneens in die lidstaat gevestigde) dochtermaatschappij van vennootschap C in aftrek te brengen op de door haar verschuldigde vennootschapsbelasting, omdat ingevolge de nationale wettelijke regeling, uitgelegd overeenkomstig het nationale recht, de activiteit van vennootschap C geheel of hoofdzakelijk dient te bestaan in het houden van aandelen van in die lidstaat gevestigde dochtermaatschappijen,

vormt het in v) genoemde vereiste dan een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 52 EG-Verdrag, en, zo ja, is een dergelijke behandeling gemeenschapsrechtelijk gezien niettemin gerechtvaardigd?

2) Indien het in v) genoemde vereiste gemeenschapsrechtelijk gezien een ongerechtvaardigde beperking is, verlangt artikel 5 EG-Verdrag dan, dat een nationale rechterlijke instantie de relevante nationale wettelijke regeling, voor zover mogelijk, zodanig uitlegt dat deze in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht, ofschoon vennootschap A noch vennootschap B noch vennootschap C rechten krachtens het gemeenschapsrecht wil uitoefenen, en zelfs indien een uitlegging van de nationale wettelijke regeling conform het gemeenschapsrecht tot gevolg heeft, dat aftrek wordt toegestaan indien de activiteit van vennootschap C hoofdzakelijk zou

bestaan in het houden van aandelen van buiten de EG/EER gevestigde dochtermaatschappijen? Of heeft artikel 5 enkel tot gevolg, dat de nationale wettelijke regeling, ondanks haar uitlegging, met inachtneming van de vereisten van het gemeenschapsrecht toepasselijk is op een geval waarin die vereisten in geding zijn?"

Eerste prejudiciële vraag

10 Met zijn eerste vraag wenst het House of Lords te vernemen, of artikel 52 van het Verdrag zich verzet tegen de toepassing van een wettelijke regeling als hierboven beschreven. Gesteld dat de door de belastingdienst voorgestane uitlegging correct is, vraagt het House of Lords met name, of de voorwaarde voor belastingaftrek - te weten dat het merendeel van de door de houdstermaatschappij gecontroleerde dochtermaatschappijen in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd - een ongerechtvaardigde beperking inhoudt van de door artikel 52 gewaarborgde vrijheid van vestiging.

- Relevantie

11 Ik breng in de eerste plaats onder de aandacht, dat in de loop van de procedure twijfels zijn geuit aan de relevantie van deze vraag voor de oplossing van het geschil in het hoofdgeding.

In het bijzonder heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk betoogd, dat, ook al werd in de omstreden wettelijke regeling een beperking van de vrijheid van vestiging gezien die onverenigbaar is met een correcte uitlegging van artikel 52, dit niet van belang zou zijn voor de oplossing van het hoofdgeding. ICI zou hoe dan ook de in de Act bedoelde belastingaftrek worden geweigerd, omdat de meerderheid van de door Holdings gecontroleerde vennootschappen (13 van de 23) niet in andere lidstaten van de Gemeenschap, doch in derde landen is gevestigd.

12 De Commissie heeft een ander standpunt ingenomen. Gelet op het feit dat het Hof slechts in uitzonderlijke omstandigheden weigert een prejudiciële vraag ex artikel 177 van het Verdrag te beantwoorden, heeft zij erop gewezen, dat het House of Lords zelf in het licht van Section 258(5), heeft erkend, dat het "kwantitatieve" criterium niet de enige maatstaf is om de activiteit van een houdstermaatschappij te beoordelen; het is ook mogelijk andere maatstaven te hanteren, zoals de omzet van de gecontroleerde vennootschappen. Volgens de Commissie kan de verwijzing in Section 258(5)(b), gelezen in samenhang met Section 258(7), naar werkzaamheden die "geheel of hoofdzakelijk" bestaan in het houden van aandelen of effecten van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde handelsmaatschappijen, niet slechts op één manier worden uitgelegd. Hoe dan ook staat het aan de nationale rechter om te bepalen, welke maatstaf hij wenst te hanteren, terwijl het Hof de voor de oplossing van het geschil benodigde elementen moet verschaffen.

13 De eerste opmerking die ik in dit verband wil maken, is, dat het volgens vaste rechtspraak aan de nationale rechter staat om de relevantie en de noodzaak van een prejudiciële verwijzing te beoordelen. Gezien zijn rechtstreekse kennis van de feiten van het geding en van de relevante rechtsvragen is deze rechter het best in staat om de relevantie te beoordelen van in het geding gerezen vragen over het gemeenschapsrecht.(3) Het Hof acht zich derhalve in beginsel gehouden een antwoord te geven, behalve wanneer de gestelde vragen zuiver hypothetisch zijn of wanneer de verzochte uitlegging of beslissing over de geldigheid van een bepaling van gemeenschapsrecht kennelijk geen verband houdt met de feiten of het doel van het hoofdgeding.(4)

14 Ofschoon ik betwijfel, of een uitlegging van artikel 52 daadwerkelijk noodzakelijk is om het geschil voor het House of Lords te kunnen oplossen, moet worden erkend, dat het onderhavige geval niet onder de hierboven beschreven, werkelijk uitzonderlijke situaties valt. Met name ontbreken in casu mijns inziens de kenmerken die het Hof er tot op heden toe hebben gebracht, een verwijzing kennelijk irrelevant te achten voor de beslissing van het geschil in het hoofdgeding. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt, dat de correcte uitlegging van Section 258(5), van de Act nog steeds een open vraag is. In feite zou het verzoek om uitlegging van artikel 52 slechts zinloos

kunnen lijken, indien de belastingaftrek werd verleend op basis van een kwantitatief criterium gerelateerd aan de vestigingsplaats van dochtermaatschappijen, omdat in casu de meerderheid van die vennootschappen immers buiten de Gemeenschap is gevestigd. De uitkomst zou anders zijn, indien de nationale rechter, zoals hij in de verwijzingsbeschikking zelf overweegt, voor het criterium van de omzet of voor een andere maatstaf zou kiezen. In dat geval zou een beoordeling van de verenigbaarheid van de in geding zijnde wettelijke regeling met artikel 52 van het Verdrag van belang kunnen zijn voor de beslissing, of ICI al dan geen recht op aftrek heeft, bijvoorbeeld indien uit de beschikbare informatie zou blijken, dat de omzet van de gecontroleerde vennootschappen hoofdzakelijk afkomstig is van de vennootschappen die in de Gemeenschap zijn gevestigd.

Mitsdien acht ik het nuttig, voor zover in het kader van de beoordeling van de werkzaamheden van een houdstermaatschappij andere elementen dan het kwantitatieve criterium in aanmerking kunnen worden genomen bij de uitlegging van de nationale wettelijke regeling, een antwoord te geven op de eerste vraag van het House of Lords.

- Ten gronde

15 Dit gezegd zijnde, wil ik er allereerst op wijzen, dat het Hof zelf bij verschillende gelegenheden heeft verklaard, dat "ofschoon bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht de directe belastingen als zodanig niet tot de bevoegdheidssfeer van de Gemeenschap behoren, de lidstaten niettemin verplicht zijn de bij hen verbleven bevoegdheden in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen".(5) Op het gebied van de directe belastingen mogen de lidstaten dus geen maatregelen nemen die het vrije verkeer van natuurlijke of rechtspersonen die een zelfstandige werkzaamheid uitoefenen, ongerechtvaardigd zouden belemmeren.(6) Het behoeft amper betoog, dat belastingheffing die discriminerend is of die de uitoefening van het recht van vestiging belemmert of beperkt, zonder meer onder artikel 52 valt.(7)

Voor het onderhavige geval moet derhalve worden vastgesteld, of artikel 52 van het Verdrag zich ertegen verzet, dat de in geding zijnde wettelijke regeling groepsaftrek afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de werkzaamheden van de houdstermaatschappij geheel of hoofdzakelijk bestaan in het houden van aandelen van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen.

16 Het vereiste dat het merendeel van de dochtermaatschappijen in het Verenigd Koninkrijk moet zijn gevestigd, lijkt reeds op het eerste gezicht een door artikel 52, lid 1, verboden beperking van de vrijheid van vestiging. Aftrek is namelijk uitgesloten in alle gevallen waarin de werkzaamheden van de houdstermaatschappij geheel of hoofdzakelijk bestaan in het houden van aandelen van vennootschappen die buiten het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd, en dus ook wanneer die vennootschappen in andere lidstaten zijn gevestigd. Dit laatste is vanuit communautair oogpunt van belang, omdat de betrokken wettelijke regeling aldus de uitoefening van het recht van de Britse vennootschappen om dochtermaatschappijen in andere lidstaten op te richten, beperkt of in elk geval ontmoedigt.

17 Mijns inziens lijdt het geen twijfel, dat deze wettelijke regeling een beperkend karakter heeft. Dienaangaande volstaat een verwijzing naar het arrest Daily Mail(8), waar het Hof opnieuw bevestigde, dat "de vrijheid van vestiging een van de fundamentele beginselen van de Gemeenschap is en dat de verdragsbepalingen die deze vrijheid waarborgen, sedert het einde van de overgangperiode rechtstreekse werking hebben", alvorens te vervolgen, dat "hoewel die bepalingen met name beogen te verzekeren dat buitenlandse onderdanen en vennootschappen in de lidstaat van ontvangst op dezelfde wijze worden behandeld als de onderdanen van die lidstaat, verbieden zij de lidstaat van oorsprong ook, de vestiging in een andere lidstaat te bemoeilijken van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationaal recht opgerichte en onder de definitie van artikel 58 vallende vennootschap".(9)

18 In deze zaak gaat het om een typische beperking bij "vertrek". De ongunstige fiscale behandeling maakt het voor in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen minder aantrekkelijk om dochtermaatschappijen in andere lidstaten op te richten. Voor zover deze beperking van toepassing is op in andere lidstaten gevestigde dochtermaatschappijen, vormt de Britse wettelijke regeling - ik zeg het nogmaals - een hinderpaal voor de door artikel 52 van het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging. Bovendien lijkt de betrokken regeling met name ongunstig uit te vallen voor vennootschappen die tot een consortium in plaats van tot een groep behoren, omdat in het laatste geval wel tot compensatie van verliezen met winsten zou kunnen worden overgegaan (zoals de Commissie onweersproken heeft gesteld).

Evenmin kan worden gezegd - zoals de Britse regering doet - dat een ongelijke behandeling naar de vestigingsplaats van de dochtermaatschappijen van een vennootschap geen discriminatie is omdat het niet om vergelijkbare situaties gaat. De in geding zijnde wettelijke regeling heeft betrekking op vennootschappen die belastingplichtig zijn in het Verenigd Koninkrijk en stelt belastingaftrek afhankelijk van de wijze waarop het vestigingsrecht ook in andere lidstaten van de Gemeenschap wordt uitgeoefend.

19 In deze omstandigheden hoeft alleen nog te worden beoordeeld, of de betrokken beperking kan worden gerechtvaardigd in het licht van het gemeenschapsrecht.

Zowel ICI als de Commissie hebben deze mogelijkheid uitgesloten. Volgens het Verenigd Koninkrijk daarentegen is de maatregel gerechtvaardigd uit hoofde van zijn doel, namelijk te voorkomen dat het oprichten van dochtermaatschappijen in het buitenland als eenvoudig middel wordt gebruikt om belastinginkomsten aan de Britse schatkist te onttrekken.

20 De eerste moeilijkheid die zich hier voordoet, is, of de in geding zijnde beperking al dan niet moet worden aangemerkt als een discriminatie op grond van vestiging. Het antwoord op deze vraag heeft uiteenlopende gevolgen voor de eventuele rechtvaardiging van die beperking. Het is vaste rechtspraak van het Hof, dat een discriminerende maatregel slechts verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, voor zover hij binnen de toepassings sfeer van een van de uitdrukkelijk door het Verdrag voorziene afwijkingen valt.(10) Indien de betrokken maatregel echter zonder onderscheid geldt voor alle personen met inbegrip van vreemdelingen, zijn maatregelen die de vrijheid van vestiging beperken verenigbaar met het gemeenschapsrecht, voor zover zij worden gerechtvaardigd door "dwingende redenen van algemeen belang, (...) geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en (...) niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel".(11)

21 Nogmaals, het antwoord op de vraag is afhankelijk van het aspect waarop men de nadruk legt. Zo is bijvoorbeeld duidelijk, dat de omstreden regeling in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen discrimineert al naar gelang of zij hun vrijheid van vestiging in andere lidstaten hebben uitgeoefend, bijvoorbeeld door middel van een houdstermaatschappij. Met andere woorden, het onderscheid raakt vennootschappen wier statutaire zetel zich in dezelfde lidstaat bevindt, en is gerelateerd aan hun beslissing om al dan geen gebruik te maken van de door artikel 52 van het Verdrag gewaarborgde mogelijkheid filialen of dochterondernemingen in andere landen, ook al zijn het lidstaten van de Gemeenschap, op te richten.

22 Toegegeven, ook al garandeert artikel 52 van het Verdrag, dat alle in de Gemeenschap gevestigde dochterondernemingen van een houdstermaatschappij op dezelfde manier worden behandeld als die die in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd, dan nog sluit dit een andere discriminatie uiteraard niet uit. Deze vindt plaats tussen de vennootschappen die het recht van vestiging uitoefenen, afhankelijk van de wijze waarop zij dit doen: zo is er wel recht op belastingaftrek, indien de activiteit van de houdstermaatschappij geheel of hoofdzakelijk bestaat in het houden van aandelen van op het grondgebied van lidstaten gevestigde vennootschappen, doch niet, indien slechts een minderheid van de vennootschappen op voornoemd grondgebied is

gevestigd.

Dit laatste is in casu van groot belang, omdat sommige van de door Holdings gecontroleerde vennootschappen in andere lidstaten dan het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd. Het moge echter duidelijk zijn, dat tegen deze vorm van discriminatie niet kan worden opgekomen met een beroep op artikel 52 van het Verdrag, aangezien er geen sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging in de Gemeenschap. Wanneer de met artikel 52 strijdige discriminatie naar de vestigingsplaats eenmaal is opgeheven voor wat het Verenigd Koninkrijk of andere lidstaten van de Gemeenschap betreft, maakt de Britse regeling hooguit de oprichting van dochtermaatschappijen in landen buiten de Gemeenschap minder attractief. Dit is de reden, zoals we bij de bespreking van de tweede vraag zullen zien, waarom ICI zich op artikel 5 van het Verdrag tracht te beroepen, teneinde haar aanspraak op de in de Act bedoelde belastingaftrek hoe dan ook veilig te stellen.

23 Aangezien de nationale wettelijke regeling discriminerend is, kan zij uiteraard slechts gerechtvaardigd zijn in de door het Verdrag voorziene uitzonderlijke omstandigheden. Dit is de benadering van de Commissie, die een beknopte studie heeft gemaakt van de problematiek van de rechtvaardigingsgronden en die daaruit afleidt, dat geen van de in artikel 56 bedoelde afwijkingen (openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid) in casu aan de orde zijn. Overwegingen van zuiver economische aard, zoals het derven van belastinginkomsten, kunnen geen rechtvaardiging vormen voor beperkingen van discriminerende aard die onder artikel 52 van het Verdrag vallen.(12)

24 Ook al zou de betrokken maatregel echter zonder onderscheid toepasselijk worden beschouwd, op grond dat de voorwaarde voor alle vennootschappen geldt die op enigerlei wijze belastingplichtig zijn in het Verenigd Koninkrijk, dan nog zou zij onverenigbaar zijn met de regeling inzake de vrijheid van vestiging. Ik waag mij zonder aarzeling aan de stelling, dat de in deze zaak aangevoerde argumenten ter rechtvaardiging van de betrokken wettelijke regeling ongegrond zijn.

25 Weliswaar heeft het Hof herhaaldelijk erkend, dat de noodzaak van een coherente toepassing van de belastingstelsels een toereikende motivering uit hoofde van dwingende eisen van algemeen belang kan vormen ter rechtvaardiging van een beperking van de vrijheid van vestiging.(13) Hier staat echter tegenover, dat het probleem in kwestie zich in het algemeen heeft voorgedaan met betrekking tot nationale wettelijke regelingen die natuurlijke en rechtspersonen verschillend behandelden op grond van de omstandigheid dat zij op het grondgebied van een andere lidstaat woonachtig of gevestigd waren.

In de zaak Bachmann, waarin een nationale wettelijke regeling aan de orde was, die de aftrek van bepaalde premies van het belastbaar inkomen aan de voorwaarde bond, dat deze premies in die lidstaat waren betaald, oordeelde het Hof, dat het doel van de Belgische regeling erin bestond, de derving van belastinginkomsten ten gevolge van de aftrek van de premies voor levensverzekeringen te compenseren door belasting te heffen over de door de verzekeringsmaatschappijen uitgekeerde pensioenen, renten of kapitalen. De samenhang van het belastingstelsel zou derhalve in gevaar zijn gekomen, indien de Belgische Staat dezelfde belastingvoordelen had moeten toekennen aan personen die bij in het buitenland gevestigde maatschappijen waren verzekerd, gelet op de moeilijkheid om belasting te innen op in het buitenland uitgekeerde bedragen.(14) Uitgaande van de veronderstelling dat de nationale wettelijke regeling formeel niet discriminerend was, concludeerde het Hof derhalve, dat zij niet als onverenigbaar met artikel 59 kon worden beschouwd, omdat zij werd gerechtvaardigd door eisen van algemeen belang.

26 Terugkomend op de onderhavige zaak rest derhalve vast te stellen, of het doel, voorkomen dat de fiscus van het Verenigd Koninkrijk belastinginkomsten derft door de oprichting van dochterondernemingen buiten het Verenigd Koninkrijk, en dus ook in andere lidstaten, de beperking van de vrijheid van vestiging voortvloeiend uit de wettelijke regeling inzake groepsaftrek

kan rechtvaardigen.

27 Volgens het Verenigd Koninkrijk moet deze vraag bevestigend worden beantwoord. Uiteraard wordt er geen Britse belasting geheven van dochterondernemingen die niet in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd. De aftrek van verliezen van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochteronderneming wordt dus niet gecompenseerd door belastingheffing op winsten van andere dochterondernemingen die in andere staten zijn gevestigd. Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk is dit onverenigbaar met de ratio van de groepsaftrek, namelijk de tot een consortium behorende vennootschappen fiscaal op dezelfde wijze te behandelen als degenen die rechtstreeks in de activiteit van de joint venture deelnemen.

28 Dit argument stuit bij mij op ernstige bedenkingen. Het doel is niet zozeer het verzekeren van de "samenhang" van het belastingstelsel, als wel, simpelweg, het voorkomen van een daling van de belastinginkomsten. Indien dit inderdaad het geval is, kan dit volgens mij geen afwijking van een door het Verdrag gewaarborgd fundamenteel beginsel rechtvaardigen.

Dat is echter nog niet alles. Al zou het beoogde doel vanuit communautair oogpunt geldig worden geacht, dan moet het nog aan het evenredigheids criterium voldoen. Ook hierbij zet ik de nodige vraagtekens. Het is hoogst twijfelachtig, of de betrokken beperkende maatregel geschikt is om het beoogde doel te bereiken. In een situatie namelijk, waarin de aftrek wordt geweigerd op de enkele grond dat Holdings haar vrijheid van vestiging in andere lidstaten uitoefent, kan mijns inziens niet met stelligheid staande worden gehouden, dat de betrokken wettelijke regeling een doeltreffend middel vormt om de samenhang van het belastingstelsel te verzekeren.

29 De noodzaak van voorkoming van belastingontwijking met het oog op de verzekering van de samenhang van het belastingstelsel is mijns inziens moeilijk te verenigen met de omstandigheid, dat de groepsaftrek wordt verleend wanneer slechts een minderheid van de vennootschappen buiten het Verenigd Koninkrijk is gevestigd, en wordt geweigerd wanneer die categorie vennootschappen in de meerderheid is. Volgens mij bestaat het risico van ontwijking, zo hiervan al sprake is, ook in het eerste geval, zij het - afhankelijk van het aantal vennootschappen dat niet in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd - in mindere mate.

30 Voorts moet nog worden aangetoond, dat er geen andere maatregelen bestaan die net zo doeltreffend zijn, doch de vrijheid van vestiging in mindere mate beperken. Dienaangaande ben ik van mening, dat noch de belastingdienst, noch de Britse regering in haar opmerkingen, heeft aangetoond, dat de bestreden maatregelen de enige beschikbare maatregelen waren en dat het doel niet doeltreffend kon worden nagestreefd op een andere manier.

31 De voorgaande overwegingen wettigen mijns inziens de conclusie, dat een nationale wettelijke regeling die een belastingaftrek ("consortium relief") voor vennootschappen slechts toestaat op voorwaarde dat de activiteit van de houdstermaatschappij die door de om aftrek verzoekende vennootschap wordt gecontroleerd, geheel of hoofdzakelijk bestaat uit het houden van aandelen van in de betrokken lidstaat gevestigde dochterondernemingen, een door het Verdrag verboden beperking van de vrijheid van vestiging vormt die op geen enkele manier kan worden gerechtvaardigd.

Tweede prejudiciële vraag

32 Ik herinner nog eens aan de bijzondere kenmerken van het onderhavige geval en aan de gemeenschapsrechtelijk relevante implicaties. Aangezien de nationale wettelijke regeling aan de belastingaftrek een voorwaarde verbindt die ook voor vennootschappen geldt die hun recht van vestiging in andere lidstaten van de Gemeenschap uitoefenen, is artikel 52 van het Verdrag hier van belang. Dit betekent, in wezen, dat de nationale wettelijke regeling in casu strijdig is met artikel 52, aangezien zij de vrijheid van vestiging in andere lidstaten van de Gemeenschap beperkt.

Voor het andere vraagstuk, te weten de discriminatie van vennootschappen die het merendeel van hun dochterondernemingen in niet-lidstaten oprichten, biedt artikel 52 van het Verdrag geen soelaas, aangezien dit aspect buiten de toepassingsfeer van het gemeenschapsrecht valt.

Als dit correct is, en ik twijfel daar geen moment aan, kan de door het House of Lords verzochte uitlegging van artikel 5 van het Verdrag evenmin uitkomst bieden. In de eerste plaats is de verplichting van de nationale rechter om nationale wettelijke regelingen conform het gemeenschapsrecht uit te leggen irrelevant voor dat aspect van de onderhavige zaak, dat onder artikel 52 van het Verdrag - een rechtstreeks werkende bepaling - valt. Het doel, nationale en communautaire wetgeving met elkaar in overeenstemming te brengen, wordt namelijk reeds bereikt doordat particulieren zich in procedures voor nationale rechterlijke instanties op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen.

In de tweede plaats kan de in artikel 5 van het Verdrag vervatte verplichting van gemeenschapsconforme uitlegging evenmin worden ingeroepen voor het aspect van de onderhavige zaak, dat niet onder artikel 52 van het Verdrag valt. De discriminatie van vennootschappen die besluiten aandelen in dochterondernemingen te houden waarvan de meerderheid in niet-lidstaten is gevestigd, ten opzichte van vennootschappen waarvan alle dochterondernemingen in het Verenigd Koninkrijk (of in de Gemeenschap) zijn gevestigd, of waarvan slechts een minderheid van de dochterondernemingen buiten het Verenigd Koninkrijk (of de Gemeenschap) is gevestigd, is vanuit communautair oogpunt niet van belang. Hieruit volgt, dat artikel 52 noch artikel 5 van toepassing is. Bijgevolg is de nationale rechter met betrekking tot situaties of, zoals in casu, aspecten van een situatie waarop het gemeenschapsrecht niet van toepassing is, niet verplicht tot een gemeenschapsconforme uitlegging krachtens artikel 5 van het Verdrag.

33 Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de door het House of Lords gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

"1) Artikel 52 EG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het zich verzet tegen de toepassing van een wettelijke regeling van een lidstaat die een op het grondgebied van die staat gevestigde vennootschap geen belastingaftrek verleent voor verliezen van een andere vennootschap die in dezelfde staat is gevestigd en die door de eerstgenoemde vennootschap wordt gecontroleerd via een houdstermaatschappij, in gevallen waarin de activiteit van de houdstermaatschappij geheel of hoofdzakelijk bestaat in het houden van aandelen van buiten die staat gevestigde dochterondernemingen, aangezien een dergelijke wettelijke regeling een beperking vormt van de uitoefening van het recht van vestiging in andere lidstaten van de Europese Unie.

2) Artikel 5 EG-Verdrag vereist niet, dat nationale rechterlijke instanties nationale wettelijke regelingen conform het gemeenschapsrecht uitleggen met betrekking tot situaties of aspecten van een situatie, die buiten de toepassingsfeer van het gemeenschapsrecht vallen."

(1) - De term "consortium" wordt hier gebruikt ter aanduiding van een overeenkomst tussen ondernemingen om op internationaal niveau een joint venture aan te gaan.

(2) - Volgens Section 258(8), behoort een vennootschap aan een consortium toe, "indien ten minste drie vierde van het gewone aandelenkapitaal van de vennootschap wordt gehouden door een aantal vennootschappen, die geen van allen minder dan één twintigste van dat kapitaal houden; deze vennootschappen worden leden van het consortium genoemd".

(3) - Zie arresten van 29 november 1978, Pigs Marketing Board (83/78, Jurispr. blz. 2347, punt 25), en 7 juli 1994, McLachlan (C-146/93, Jurispr. blz. I-3229, punt 20).

(4) - Zie beschikking van 16 mei 1994, Monin Automobiles (C-428/93, Jurispr. blz. I-1707), en arresten van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 61); 16 januari 1997, USSL n° 47 di Biella (C-134/95, Jurispr. blz. I-195, punt 12), en 9 oktober 1997, Grado en Bashir (C-291/96, Jurispr. blz. I-5531, punt 12).

(5) - Arrest van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 21). Zie ook arresten van 4 oktober 1991, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-246/89, Jurispr. blz. I-4585, punt 12); 27 juni 1996, Asscher (C-107/94, Jurispr. blz. I-3089, punt 36), en 15 mei 1997, Futura Participations en Singer (C-250/95, Jurispr. blz. I-2471, punt 19). Zie echter ook 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).

(6) - Conclusie van advocaat-generaal Léger van 15 februari 1996 bij arrest Asscher (aangehaald in voetnoot 5, punt 55 van de conclusie).

(7) - Arrest van 13 juli 1993, Commerzbank (C-330/91, Jurispr. blz. I-4017, punt 20).

(8) - Arrest van 27 september 1988 (81/87, Jurispr. blz. 5483, punt 15).

(9) - Ibidem, punt 16.

(10) - Zie arrest van 26 april 1988, Bond van Adverteerders e.a. (352/85, Jurispr. blz. 2085, punt 32), waarin het Hof preciseerde, dat "nationale regelingen (...) die discriminerend zijn, slechts verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht, indien zij onder een uitdrukkelijke afwijkende bepaling kunnen vallen".

(11) - Zie, recentelijk, arrest van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37), waar het Hof zonder onderscheid verwees naar alle fundamentele vrijheden die door het gemeenschapsrecht worden gewaarborgd.

(12) - Arrest Bond van Adverteerders e.a. (aangehaald in voetnoot 10); en arrest van 25 juli 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Jurispr. blz. I-4007, punt 11). In het arrest van 14 november 1995, Svensson en Gustavsson (C-484/93, Jurispr. blz. I-3955, punt 15), voegde het Hof hieraan toe, dat nu de Luxemburgse wettelijke regeling inzake de toekenning van rentesubsidies voor leningen voor de bouw van woningen een discriminatie op grond van vestiging opleverde, "een dergelijke discriminatie (...) evenwel enkel gerechtvaardigd [kan] zijn om de redenen van algemeen belang genoemd in artikel 56, lid 1, van het Verdrag (...) Doelstellingen van economische aard behoren daar niet toe." Opmerking verdient evenwel, dat het Hof bij die gelegenheid tevens onderzocht, of de in geding zijnde wettelijke regeling, ofschoon zij discriminerend werd geacht, noodzakelijk was om de samenhang van het belastingstelsel te verzekeren. Daarbij onderzocht het Hof echter tevens, of de betrokken maatregel kon worden gerechtvaardigd uit hoofde van eisen die slechts in aanmerking kunnen worden genomen bij maatregelen die zonder onderscheid gelden. In mijn conclusie van 16 september 1997 in de nog aanhangige zaken Decker (C-120/95) en Kohl (C-158/95) heb ik reeds gewezen op de problemen die de recente rechtspraak van het Hof uit het oogpunt van systematiek oproept (zie met name de

punten 49 en 50).

(13) - Arrest van 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punt 21); arrest Schumacker (aangehaald in voetnoot 5), punt 47; arrest van 11 augustus 1995, Wielockx (C-80/94, Jurispr. blz. I-2493, punt 25), en arrest Asscher (aangehaald in voetnoot 5), punt 59. Zie ook mijn conclusie van 23 september 1997 in de zaak Safir (C-118/96, nog aanhangig), punt 20 e.v.

(14) - Arrest Bachmann (aangehaald in voetnoot 13), punten 22 en 23.