Downloaded via the EU tax law app / web

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL

M. POIARES MADURO

van 7 april 2005 (1)

Zaak C?446/03

Marks & Spencer plc

tegen

David Halsey (HM Inspector of Taxes)

[Verzoek van de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (Verenigd Koninkrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Vrijheid van vestiging – Belastingrecht – Vennootschapsbelasting – Groepsaftrek – Samenhang van belastingregeling”

1. In deze zaak wordt het Hof verzocht zich uit te spreken over de gevolgen die de bepalingen van het EG-Verdrag met betrekking tot de vrijheid van vestiging hebben voor de belastingregeling inzake vennootschapsgroepen van een lidstaat. Het gaat om de vraag of het gemeenschapsrecht in de weg staat aan een regeling zoals die welke in het Verenigd Koninkrijk van kracht is met betrekking tot de „groepsaftrek”, welke de verrekening van verliezen binnen een vennootschapsgroep onderwerpt aan de voorwaarde dat deze vennootschappen hun zetel in het Verenigd Koninkrijk hebben of daar economische activiteiten uitoefenen.

2. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, zal het Hof moeten uitgaan van de bepalingen van het Verdrag en de oplossingen die het in zijn – reeds ver ontwikkelde – fiscale rechtspraak zelf heeft geformuleerd. Het afgeleide recht biedt op dit terrein slechts weinig aanknopingspunten. Er bestaat weliswaar een richtlijn van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.(2) Deze richtlijn belichaamt onmiskenbaar de wil van de Gemeenschap om de benadeling op te heffen die het gevolg is van het feit dat de belastingregelingen inzake de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen in verschillende lidstaten in het algemeen minder gunstig zijn dan die welke van toepassing zijn op de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen in een en dezelfde lidstaat.(3) Deze richtlijn regelt echter niet de specifieke vraag, hoe moet worden omgegaan met transnationale verliezen binnen vennootschapsgroepen.(4)

3. Dit vraagstuk is evenwel niet onbekend bij de gemeenschapsinstellingen. Op 6 december 1990 heeft de Commissie een voorstel ingediend voor een richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de verliezen van hun in andere lidstaten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen.(5) Aangezien dit voorstel niet werd overgenomen, besloot de Commissie om het in te trekken en opnieuw met de lidstaten te

gaan onderhandelen. Tegenwoordig is de Commissie van mening dat het ontbreken van een communautaire regeling ter zake van de transnationale verrekening van verliezen van vennootschapsgroepen in de Gemeenschap een van de grootste hindernissen vormt voor de goede werking van de interne markt.(6)

4. De Raad heeft waarschijnlijk op goede gronden besloten om niet de door de Commissie voorgestelde weg te bewandelen. In deze omstandigheden staat het niet aan het Hof om in de plaats van de communautaire wetgever te treden. Het feit dat de rechtsvoorschriften van de lidstaten niet geharmoniseerd zijn, staat evenwel niet eraan in de weg dat het Hof zijn taak vervult, welke inhoudt dat het toeziet op de waarborging en de toepassing van de beginselen en fundamentele doelstellingen van het Verdrag.

5. Bijgevolg kunnen tegen de opvatting, die met name door de interveniërende Nederlandse regering wordt verdedigd, dat het enige geëigende kader voor de behandeling van deze vraag de harmonisatie van de rechtsvoorschriften zou zijn, nadrukkelijk de volgende twee punten worden ingebracht. Enerzijds blijkt duidelijk uit de rechtspraak van het Hof dat de harmonisatie van het belastingrecht van de lidstaten niet als voorwaarde voor de toepassing van de in artikel 43 EG verankerde vrijheid van vestiging mag worden gesteld.(7) Anderzijds ontneemt de doeltreffende implementatie van de fundamentele vrijheden die tot de oprichting van de interne markt bijdragen niet de grondslag en het belang aan een onderlinge afstemming van de nationale rechtsvoorschriften. De harmonisatie van wetgeving kan immers de vereenvoudiging van de uitoefening van de vrijheden van verkeer beogen, maar kan ook ertoe dienen de uit de uitoefening van deze vrijheden voortvloeiende distorsies te corrigeren.

6. Overigens is het Hof reeds in de gelegenheid geweest om zich in soortgelijke zaken als de onderhavige uit te spreken. Daarbij ging het hetzij om de behandeling van buitenlandse verliezen van communautaire ondernemingen(8), hetzij om de belastingregeling die gold voor communautaire ondernemingen met nevenvestigingen in andere lidstaten.(9) De onderhavige zaak vertoont weliswaar ontegenzeglijk eigen kenmerken, maar zij heeft met de voorgaande zaken in zoverre dezelfde fundamentele problematiek gemeen dat het ook hier gaat om de tegenstelling tussen de aan de lidstaten toegekende *bevoegdheid* om de op hun grondgebied behaalde resultaten te belasten en de aan gemeenschapsonderdanen toegekende *vrijheid* om zich binnen de Gemeenschap te vestigen. Het gevolg hiervan is een conflict tussen twee tegenover elkaar staande stelsels en de noodzaak om tot een evenwicht in de verdeling van de bevoegdheden tussen de lidstaten en de Gemeenschap te komen.

I – **Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen**

7. Alvorens bij deze ingewikkelde rechtsvragen stil te staan, wil ik de betrekkelijk eenvoudige feiten in herinnering roepen.

8. De vennootschap Marks & Spencer plc (hierna: „M&S”), met zetel in het Verenigd Koninkrijk, is de moedervennootschap van een groep ondernemingen die gespecialiseerd is in de detailhandel in kleding, voedingsmiddelen, huishoudelijke artikelen en financiële dienstverlening. Zij heeft, via een in Nederland gevestigde holding, dochtervennootschappen in Duitsland, België en Frankrijk. Vanaf halverwege de jaren negentig hebben deze dochtervennootschappen aanhoudend verlies geleden. Op 29 maart 2001 kondigde M&S aan, te stoppen met haar activiteiten op het Europese vasteland. Op 31 december van dat jaar werd de dochtervennootschap in Frankrijk aan derden verkocht, terwijl de dochtervennootschappen in België en Duitsland hun handelsactiviteiten volledig stopzetten.

9. In 2000 en 2001 heeft M&S bij D. Halsey (Her Majesty’s Inspector of Taxes) verzocht om een groepsaftrek voor de verliezen die haar in België, Duitsland en Frankrijk gevestigde

dochtervennootschappen hadden geleden tijdens de in 1998, 1999, 2000 en 2001 afgesloten boekjaren. Het Britse belastingrecht biedt namelijk de moedervennootschap de mogelijkheid om, onder bepaalde voorwaarden, haar winst en de door haar dochtervennootschappen geleden verliezen te verrekenen. De verzoeken werden evenwel bij beschikkingen van 13 augustus 2001 en 2 november 2001 afgewezen op grond dat de wettelijke regeling inzake groepsaftrek niet geldt voor dochtervennootschappen die hun zetel niet in het Verenigd Koninkrijk hebben of daar geen economische activiteiten uitoefenen.

10. M&S is onmiddellijk tegen deze weigering opgekomen bij de Special Commissioners of Income Tax (belastingrechter van eerste aanleg). Verzoekster wilde de onverenigbaarheid laten vaststellen van de geldende Britse bepalingen met het gemeenschapsrecht en in het bijzonder de artikelen 43 EG en 48 EG. Dit beroep werd bij beslissing van 17 december 2002 afgewezen. In deze beslissing betoogden de Special Commissioners, enerzijds, dat de uit de rechtspraak van het Hof voortvloeiende relevante beginselen duidelijk zijn, waardoor een prejudicieel verzoek niet noodzakelijk is, en, anderzijds, dat het standpunt van de Inspector of Taxes juist is, aangezien de Britse belastingregeling niet strijdig is met het gemeenschapsrecht.

11. M&S stelde tegen deze beslissing hoger beroep in bij de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division, die de behandeling van de zaak heeft geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen heeft gesteld:

„1) Is er sprake van een beperking in de zin van artikel 43 EG juncto artikel 48 EG, wanneer:

– de nationale regeling van een lidstaat, zoals die van het Verenigd Koninkrijk inzake de groepsaftrek, eraan in de weg staat dat een fiscaal in deze lidstaat gevestigde moedervennootschap het verlies van fiscaal in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen aftrekt van haar in deze lidstaat belastbare winst, terwijl een dergelijke verrekening wel mogelijk zou zijn indien dat verlies was geleden door in de lidstaat van de moedervennootschap gevestigde dochtervennootschappen;

– de lidstaat van de moedervennootschap:

– een op zijn grondgebied gevestigde vennootschap onderwerpt aan de vennootschapsbelasting over haar volledige winst, met inbegrip van de winst van filialen in andere lidstaten, met dien verstande dat overeenkomstig de verdragen tot voorkoming van dubbele belasting de in een andere lidstaat betaalde belasting mag worden verrekend en het verlies van deze filialen mag worden afgetrokken van de belastbare winst van deze vennootschap;

– geen vennootschapsbelasting heft over de niet-uitgekeerde winst van in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen;

– vennootschapsbelasting heft over de dividenden die aan de moedervennootschap zijn uitgekeerd door in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen, doch niet over de dividenden die aan de moedervennootschap zijn uitgekeerd door dochtervennootschappen die in dezelfde lidstaat als de moedervennootschap zijn gevestigd;

– ter voorkoming van dubbele belasting de moedervennootschap een belastingkrediet toekent voor de bronbelasting over dividenden en voor de buitenlandse belasting over de winst waaruit de dividenden zijn uitgekeerd door in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen?

Zo ja, is deze beperking dan gerechtvaardigd naar gemeenschapsrecht?

2) a) Maakt het voor het antwoord op de eerste vraag verschil, en zo ja welk verschil, of het

volgens de wettelijke regeling van de lidstaat van de dochtervennootschap mogelijk is om in bepaalde omstandigheden het verlies van de dochtervennootschap geheel of ten dele te verrekenen met de in de staat van de dochtervennootschap belastbare winst?

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

– een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap haar handelsactiviteiten heeft stopgezet en, hoewel in die staat onder bepaalde voorwaarden het verlies verrekenbaar is, niet is aangetoond dat die verrekening in de betrokken omstandigheden is verkregen;

– een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap aan een derde is verkocht en, hoewel volgens de wettelijke regeling van die staat onder bepaalde voorwaarden het verlies door de derde koper mag worden verrekend, niet vaststaat dat die verrekening in de betrokken omstandigheden is verkregen;

– de bepalingen volgens welke het verlies van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen in de lidstaat van de moedervennootschap verrekenbaar is, gelden ongeacht of het verlies ook in een andere lidstaat is verrekend?

c) Maakt het enig verschil of is bewezen dat het verlies is verrekend in de lidstaat waar de dochtervennootschap is gevestigd, en zo ja, is het dan relevant dat de belastingaftrek naderhand is verkregen door een andere vennootschapsgroep waaraan de dochtervennootschap was verkocht?”

II – **Het relevante nationale recht**

12. De materie is geregeld in de Income and Corporation Tax Act 1988 (wet van 1988 inzake de inkomsten? en vennootschapsbelasting; hierna: „ICTA”). Ik wil hier in het kort herinneren aan de voor de gevraagde uitlegging relevante bepalingen van deze wet.

13. Het Verenigd Koninkrijk kent een stelsel waarbij vennootschappen over hun wereldwijde winst worden belast. Section 8(1) ICTA bepaalt dat de in het Verenigd Koninkrijk ingezeten vennootschappen vennootschapsbelasting verschuldigd zijn over hun wereldwijde winst. Bijgevolg maken de winsten van de buitenlandse filialen en vaste inrichtingen rechtstreeks deel uit van de belastinggrondslag van deze vennootschappen. Ter voorkoming van dubbele belasting wordt hun een belastingkrediet verleend ten belope van het bedrag van de belasting die in het buitenland is betaald over de winst. Buitenlandse vennootschappen betalen daarentegen in het Verenigd Koninkrijk slechts vennootschapsbelasting over de inkomsten uit binnenlandse bronnen, die met de winst van hun vestigingen in het Verenigd Koninkrijk kan worden verrekend.

14. Vennootschapsgroepen zijn aan een bijzondere fiscale regeling onderworpen. In een vennootschapsgroep wordt elke vennootschap volgens het fiscaalrechtelijk beginsel van de rechtspersoonlijkheid afzonderlijk voor de eigen winst belast. Het Britse belastingrecht kent niet het beginsel van de geconsolideerde winsten van de vennootschappen van de groep.

15. Dit uitgangspunt wordt evenwel door twee aspecten gekenmerkt.(10) In de eerste plaats mogen buitenlandse dochtervennootschappen hun winsten aan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervennootschap in de vorm van dividend uitkeren. In dat geval wordt alle door de dochtervennootschappen uitgekeerde winst behandeld alsof deze door de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervennootschap is behaald. Dubbele belasting wordt voorkomen door de verlening van een belastingkrediet. In de tweede plaats is een bijzondere regeling voor verlies binnen vennootschapsgroepen ingevoerd. Krachtens deze zogenaamde groepsaftrek („group relief”) mag elke vennootschap van een vennootschapsgroep („de overdragende vennootschap”)

haar verlies overdragen aan een andere vennootschap van dezelfde vennootschapsgroep („de overnemende vennootschap"), zodat deze het verlies van haar belastbare winst kan aftrekken. Hiermee verliest evenwel de overdragende vennootschap elk recht van gebruik van het overgedragen verlies voor fiscale doeleinden, in het bijzonder het recht om het verlies over te brengen ter verrekening met de winst van latere boekjaren. Om deze regeling gaat het in de onderhavige zaak.

16. Wat is het doel van de groepsaftrek? Groepsaftrek beoogt een beperking van de nadelige fiscale gevolgen van de vorming van vennootschapsgroepen. Voorkomen moet worden dat nadelen ontstaan voor ondernemingen die, in plaats van filialen te vestigen, ervoor kiezen om door middel van de oprichting van dochtervennootschappen activiteiten te ontplooien. De regeling van de overdracht van verliezen is erop gericht de vennootschapsgroepen zo neutraal mogelijk te belasten door de mogelijkheid te bieden het verlies van een vennootschap gedurende een bepaald boekjaar aan een andere vennootschap van dezelfde vennootschapsgroep over te dragen.

17. Dit stelsel *neutraliseert* weliswaar bepaalde gevolgen van de juridische scheiding van vennootschappen binnen een en dezelfde groep, maar houdt geen *gelijkschakeling* in van de voorwaarden van de belastingheffing ten aanzien van de verschillende vormen van vennootschappen. In tegenstelling tot de regeling voor vennootschappen die over vaste inrichtingen beschikken, kent de regeling voor vennootschapsgroepen geen recht op fiscale consolidering. Een regeling waarbij sprake is van fiscale consolidering houdt in dat alle resultaten van de ondernemingen van de vennootschapsgroep, zowel het verlies als de winst, ten behoeve van de belastingheffing deel uitmaken van de resultaten van de moedervennootschap. Bijgevolg kan de vennootschapsgroep uit fiscaal oogpunt als een op zichzelf staande eenheid worden aangemerkt. Dit is niet het geval in het kader van een regeling van groepsaftrek. Een dergelijke regeling houdt enkel in dat de verliezen van dochtervennootschappen worden verrekend met de resultaten van de moedervennootschap gedurende een bepaald boekjaar. Deze dochtervennootschappen moeten de overdracht van verlies goedkeuren en moeten zich voorts ertoe verplichten het overgedragen verlies niet naar andere boekjaren over te brengen. Ofschoon men dus zou kunnen zeggen dat de groepsaftrekregeling de vennootschapsgroep als een echte economische eenheid beschouwt, brengt zij geen fiscale eenheid tot stand. In het kader van deze regeling behouden de dochtervennootschappen niet alleen hun juridische zelfstandigheid, maar blijven zij ook in zekere mate fiscaal zelfstandig.

18. De voorwaarden voor de toepassing van deze regeling zijn geëvolueerd. Krachtens de door de ICTA tot stand gebrachte regeling was de toepassing van de groepsaftrek afhankelijk van de voorwaarde dat de betrokken vennootschappen in het Verenigd Koninkrijk waren gevestigd. Deze voorwaarde kwam echter op losse schroeven te staan als gevolg van het arrest ICI, aangezien zij strijdig werd geacht met artikel 43 EG, waarin voor de in de Gemeenschap gevestigde vennootschappen de vrijheid van vestiging wordt gewaarborgd.(11) Als gevolg van dit arrest werd de Britse wetgeving in zoverre gewijzigd, dat deze aftrek ook kon worden verleend aan niet-ingezeten vennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk handelsactiviteiten uitoefenen via een filiaal of agentschap.(12) De nieuwe section 402 ICTA bepaalt dat de aftrek slechts kan worden verleend, indien zowel de overdragende als de verzoekende vennootschap aan de voorwaarde voldoen dat „de vennootschap in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd of een niet-binnenlandse vennootschap is die handel drijft in het Verenigd Koninkrijk via een filiaal of een agentschap". Niet-ingezeten vennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk geen handelsactiviteiten uitoefenen komen derhalve niet in aanmerking voor deze regeling. Dit is het geval ten aanzien van de dochtervennootschappen van M&S.

III – **Analyse**

19. In deze zaak stelt de verwijzende rechter in wezen drie vragen aan het Hof: wordt de vrijheid van vestiging beperkt wanneer een vennootschap met dochtervennootschappen in andere lidstaten wordt uitgesloten van de regeling inzake fiscale consolidering die voor vennootschappen met filialen in andere lidstaten geldt? Wordt de vrijheid van vestiging beperkt wanneer een vennootschap met dochtervennootschappen in andere lidstaten niet in aanmerking komt voor de regeling inzake groepsaftrek die geldt voor een vennootschap met in dezelfde lidstaat gevestigde dochtervennootschappen? Gesteld dat de Britse regeling een door het Verdrag verboden beperking in het leven roept, kan deze dan op grond van de door het gemeenschapsrecht erkende rechtvaardigingsgronden gerechtvaardigd zijn?

20. Uit de bij het Hof ingediende opmerkingen spreekt een zekere mate van aarzeling met betrekking tot de weg die voor de beantwoording van deze vragen moet worden ingeslagen. Aangezien het Hof zijn aanpak van deze materie gaandeweg verder heeft ontwikkeld, kan het geen kwaad om in het kort de beginselen in herinnering te roepen die met betrekking tot de uitlegging van de fundamentele fiscale bepalingen van het Verdrag door het Hof zijn geformuleerd. In het licht van die analyse zal ik de drie door de verwijzende rechter gestelde vragen achtereenvolgens behandelen.

A – *Uitleggingsbeginselen*

1. Premissen

21. „[O]fschoon bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht de directe belastingen als zodanig niet tot de bevoegdheidssfeer van de Gemeenschap behoren, [zijn] de lidstaten niettemin verplicht [...] de bij hen verbleven bevoegdheden in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen”. Aldus luidt de klassiek geworden formulering van het Hof in het arrest Schumacker van 14 februari 1995.(13)

22. Hiermee verklaart het Hof dat een aan de lidstaten voorbehouden bevoegdheid niet onbeperkt is. Deze bevoegdheid moet worden uitgeoefend met inachtneming van de met de toetreding tot het EG-Verdrag aangegane verplichtingen, waartoe in het bijzonder het verbod van beperking van de vrijheid van vestiging van de onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat behoort. Deze vrijheid is verankerd in artikel 48 EG, dat volgens het Hof „een van de fundamentele bepalingen van gemeenschapsrecht is”.(14) Zij behelst voor de gemeenschapsonderdanen de garantie van de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst alsmede de oprichting en het bestuur van ondernemingen onder dezelfde voorwaarden als in de wetgeving van het land van vestiging voor eigen onderdanen zijn vastgesteld, en brengt overeenkomstig artikel 48 EG voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, het recht mee om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een agentschap of een filiaal.(15)

23. Met deze formulering stelt het Hof voorts de omvang vast van de aldus aan de lidstaten opgelegde beperkingen. Hieruit volgt enerzijds, dat de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende beperkingen enkel gelden voor de door de lidstaten *uitgeoefende* bevoegdheden. Het staat de lidstaten derhalve onverminderd vrij om hun eigen belastingregeling te ontwerpen en in te richten(16) en om over de noodzaak van de verdeling van hun fiscale bevoegdheid onderling afspraken te maken.(17) Anderzijds volgt hieruit dat, bij gebreke van een harmonisatie van de nationale wetgevingen op dit gebied, de moeilijkheden die de marktdeelnemers ondervinden als

gevolg van de verschillen tussen de belastingregelingen van de lidstaten, buiten de werkingssfeer van het Verdrag vallen.(18) Volgens vaste rechtspraak vormen namelijk verschillen in behandeling die kunnen voortvloeien uit de verschillen tussen de wettelijke regelingen van de lidstaten geen door het Verdrag verboden discriminatie.(19)

24. Zo staat het buiten kijf dat de lidstaten in beginsel ruime bevoegdheden op fiscaal gebied behouden.(20) Zij kunnen evenwel niet meer voorbijgaan aan de beperkingen die met betrekking tot hun optreden gelden. Zij moeten erop toezien dat hun keuzes op fiscaal gebied in voldoende mate rekening houden met de mogelijke gevolgen ervan voor de goede werking van de interne markt. In die omstandigheden staat het aan het Hof om na te gaan of „transnationale situaties" die samenhangen met de uitoefening van de vrijheden van verkeer tussen de lidstaten, niet nadelig worden beïnvloed door de beslissingen van de nationale wetgever.(21)

2. Stand van de rechtspraak van het Hof inzake directe belastingen

25. Op dit gebied heeft het streven om een evenwicht te handhaven tussen de eerbiediging van de nationale bevoegdheden en de eisen van de interne markt het Hof eerst genoopt tot een aanpak op basis van een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Volgens deze aanpak is de vrijheid van vestiging in wezen beperkt tot de regel van de nationale behandeling, volgens welke de lidstaten de onderdanen van andere lidstaten in fiscaal opzicht op dezelfde wijze als hun eigen onderdanen moeten behandelen.(22)

26. Deze aanpak kwam lange tijd overeen met de algemene benadering van het Hof inzake de vrijheid van vestiging.(23) Dit hield in dat elke vorm van discriminatie, ongeacht of deze direct of indirect verband hield met de nationaliteit, verboden was.(24) In 1993 heeft het Hof evenwel het roer omgegooid. In het arrest Kraus van 31 maart 1993 heeft het Hof zijn standpunt verlaten dat artikel 43 EG enkel een verplichting inhoudt om geen discriminerend onderscheid tussen de onderdanen van de lidstaten te maken. Het Hof verklaarde namelijk dat „de artikelen 48 en 52 in de weg [staan] aan een nationale regeling [...], die, zelfs wanneer zij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, toch de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden door gemeenschapsonderdanen, met inbegrip van de onderdanen van de lidstaat die de regeling heeft getroffen, kan belemmeren of minder aantrekkelijk maken".(25) Het is evenwel opmerkelijk dat het Hof heeft geaarzeld om deze rechtspraak ook op het gebied van de directe belastingen toe te passen.(26)

27. Tegenwoordig gaat het Hof ervan uit dat er, los van een discriminatie op grond van nationaliteit, sprake kan zijn van fiscale beperkingen van de vrijheid van vestiging. Zo heeft het in het arrest ICI verklaard dat „de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging, hoewel zij volgens hun bewoordingen met name het voordeel van de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst beogen te garanderen, de lidstaat van oorsprong ook verbieden, de vestiging in een andere lidstaat te bemoeilijken van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationaal recht opgerichte [...] vennootschap".(27)

28. In alle daaropvolgende arresten waarin het Hof het noodzakelijk achtte om verder te gaan dan de regel van de nationale behandeling, komt het discriminatieverbod voor.(28) Maar dit gaat niet meer samen met het nationaliteitscriterium. Voortaan gaat het om de vraag of gebruik is gemaakt van het recht op vrij verkeer.(29) Bij de betrokken nationale maatregel staat centraal dat zij een specifiek nadeel inhoudt voor de marktdeelnemers die zich binnen de Gemeenschap bewegen of zich er willen vestigen. Het gaat er derhalve om, *discriminatie van gemeenschapsonderdanen die gebruik willen maken van hun aan het vrije verkeer ontleende rechten* aan te pakken.

29. Ofschoon er veel voor valt te zeggen om op dit gebied de voorkeur te geven aan de aanpak

die uitgaat van een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, dient niet elke andere benaderingswijze te worden uitgesloten. Een dergelijke aanpak lijkt weliswaar het meest recht te doen aan de integriteit van de nationale belastingregelingen en niet méér beperkingen op te leggen dan die welke reeds in het internationale belastingrecht zijn erkend.(30) Ogenschijnlijk heeft deze aanpak namelijk veel weg van de non?discriminatieclausule die in alle internationale belastingverdragen is opgenomen.(31) Hoe dan ook lijkt deze aanpak minder strikt te zijn dan het begrip van de loutere beperking van de vrijheid van vestiging.

30. Deze zienswijze is echter onjuist. Een dergelijke benadering is eerder formeel dan reëel. Feitelijk liggen namelijk het in de internationale belastingverdragen opgenomen restrictieve discriminatieverbod en de extensieve toepassing ervan door het Hof in zijn fiscale rechtspraak ver uit elkaar. Dit blijkt in het bijzonder uit het arrest Schumacker, volgens hetwelk het gaat om het „objectief verschil" tussen de betrokken situaties.(32) Het Hof neemt geen genoegen met een formeel onderscheid tussen ingezetenen en niet-ingezetenen, maar eist van de lidstaten dat zij de werkelijke situatie van de betrokkenen in aanmerking nemen. Bijgevolg lijkt het gemeenschapsrechtelijke discriminatieverbod veel strikter dan het verbod dat in het algemeen in de belastingverdragen is opgenomen.(33)

31. Ik wil hieraan toevoegen dat het terugbrengen van de vrijheid van vestiging tot louter een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in de praktijk twee ernstige tekortkomingen vertoont.

32. In de eerste plaats is controle op de naleving van deze regel technisch gesproken niet eenvoudig. Het vooronderstelt een vaststelling van de vergelijkbaarheid van de betrokken situaties. In beginsel is echter „de situatie van ingezetenen en niet-ingezetenen ter zake van directe belastingen in de regel niet vergelijkbaar".(34) Vooropgesteld dat de vergelijking juist is, dient vervolgens te worden stilgestaan bij het doel van de litigieuze maatregel, alvorens na te gaan of het door deze maatregel gemaakte onderscheid noodzakelijk is voor het ermee beoogde doel en of de maatregel evenredig is toegepast in verhouding tot het tussen de betrokken situaties geconstateerde onderscheid. Bij een dergelijk onderzoek moeten lastige afwegingen worden gemaakt en moet in het stadium van de vaststelling van de discriminatie zelf rekening worden gehouden met de gronden voor de rechtvaardiging van de maatregel. Voorts wordt dit onderzoek bijzonder moeilijk in het geval van een beperking die door een lidstaat wordt opgelegd aan een van zijn onderdanen die gebruik heeft gemaakt van zijn op de fundamentele vrijheden gebaseerde rechten of dit wil doen. In dat geval moet de vergelijking tussen verschillende onderdanen van dezelfde lidstaat worden geënt op de vraag of zij aldaar woonachtig zijn, dan wel zich binnen de Gemeenschap bewegen. Dit is in casu het geval, aangezien het bij de gestelde discriminatie gaat om twee in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervennootschappen die zich enkel wat de vestigingsplaats van hun dochtervennootschappen betreft in een verschillende situatie bevinden.

33. In de tweede plaats leidt deze aanpak tot een zekere mate van verwarring in de systematiek van de rechtvaardigingsgronden voor de regelingen die het vrije verkeer kunnen belemmeren. Advocaat?generaal Léger heeft reeds eraan herinnerd, dat het Hof op fiscaal gebied heeft erkend dat „discriminerende nationale regelingen gerechtvaardigd kunnen zijn op grond van dringende redenen van algemeen belang die niet in het Verdrag worden genoemd, en in het bijzonder op grond van de samenhang van het fiscale stelsel".(35) Deze arresten stroken evenwel niet met de meer algemene lijn in de rechtspraak, die mede op fiscaal gebied toepassing vindt(36) en volgens welke een discriminerende maatregel enkel op de grondslag van een uitdrukkelijk in het Verdrag opgenomen uitzonderingsbepaling gerechtvaardigd kan zijn.(37) Het zou nuttig zijn, indien het Hof een eind maakte aan deze onzekerheid.(38)

34. Los van praktische overwegingen ben ik van mening dat het verbod van discriminatie op

grond van nationaliteit ontoereikend is voor de bescherming van alle doelstellingen die de oprichting van een interne markt met zich brengt. De interne markt beoogt de burgers van de Unie alle voordelen te garanderen die verband houden met de daadwerkelijke uitoefening van de rechten van het vrije verkeer. Bijgevolg vormt hij een van de dimensies, de transnationale dimensie, van het Europese burgerschap.

35. Al deze gronden verklaren de noodzaak om op fiscaal gebied hetzelfde begrip beperking van de vrijheid van vestiging toe te passen als dat wat op andere gebieden geldt. Aldus moeten als beperkingen worden beschouwd „alle maatregelen die de uitoefening van deze vrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken”.(39) Het blijft evenwel noodzakelijk om dit begrip in het kader van de verschillende vrijheden van verkeer nader in te vullen(40), waarbij rekening moet worden gehouden met de bijzondere aard van de gebieden waarop deze vrijheden toepassing dienen te vinden.

36. Zo moet in de onderhavige zaak specifiek rekening worden gehouden met de fiscale bevoegdheden van de lidstaten. Mijns inziens biedt de rechtspraak van het Hof hiervoor echter reeds de geschikte beoordelingscriteria: enerzijds evenwichtige criteria voor de beperking en anderzijds een rechtvaardigingsbegrip dat op de samenhang van de belastingstelsels van de lidstaten berust.(41)

3. Criteria voor de beperking van de vrijheid van vestiging

37. In een interne markt die wordt „gekenmerkt door de afschaffing tussen de lidstaten van hinderpalen voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal”(42), staat het de lidstaten niet meer vrij om voorbij te gaan aan de hieruit voortvloeiende beperkingen voor de vaststelling en toepassing van hun eigen nationale beleid. In dat kader staat het niet aan het Hof om vraagtekens te plaatsen bij elke van staatswege vastgestelde regeling die indirect of zuiver toevallig gevolgen heeft voor de uitoefening van het vrije verkeer.(43) Het is niet zijn taak om de politieke beslissingen van de lidstaten te controleren. De rechterlijke toetsing van de maatregelen die de uitoefening van het vrije verkeer kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, dient veeleer te garanderen dat bij deze keuzes rekening wordt gehouden met de mogelijke gevolgen ervan voor transnationale situaties. Het mag niet zo zijn dat politieke keuzes ertoe leiden dat transnationale situaties minder gunstig dan zuiver nationale situaties worden behandeld. Mijns inziens moet dat het doel en het kader van de toetsing zijn. Enkel op basis van een dergelijke uitlegging kan men het beginsel van de eerbiediging van de bevoegdheden van de nationale staten verenigen met de inachtneming van het doel van totstandbrenging van een interne markt, waarin de rechten van de Europese burgers bescherming vinden.

38. Een dergelijk uitleggingskader biedt op zich geen concreet criterium voor de analyse van de beperkingen van het vrije verkeer. Het kan echter wel als richtsnoer dienen voor de ontwikkeling en de uitlegging van de door het Hof geformuleerde criteria.

39. Overigens lijken de verschillende door het Hof geformuleerde criteria in dit uitleggingskader te passen. Dit geldt voor het criterium van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit(44), het criterium van de extra kosten voor gemeenschapsonderdanen(45) en het criterium van de toegang tot de markt.(46) Deze verschillende criteria zijn in verschillende omstandigheden van toepassing. Zij berusten evenwel allemaal op dezelfde grondgedachte, die mijns inziens de volgende is: voorkomen moet worden dat lidstaten maatregelen vaststellen of in stand houden die het nationale handelsverkeer begunstigen ten nadele van het communautaire handelsverkeer. Een dergelijke beperking kan verschillende vormen aannemen. Zij kan het gevolg zijn van een ongelijke behandeling die nationale onderdanen bevoordeelt. Zij kan voortvloeien uit een maatregel die de positie beschermt van ondernemingen die zich op de nationale markt een vaste plaats hebben verworven, door de toegang van nieuwe marktdeelnemers te beperken.

Voorts kan deze beperking voortvloeien uit een wettelijke regeling die het handelsverkeer tussen de lidstaten moeilijker maakt dan het handelsverkeer binnen een lidstaat.(47)

40. Volgens mij doelt het Hof op een dergelijke beperking van het communautaire handelsverkeer wanneer het zich uitspreekt tegen „alle maatregelen die *de uitoefening van deze vrijheden* verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken". In deze samenhang herinner ik eraan, dat niet iedere beperking van de economische of de handelsvrijheid een beperking van de uitoefening van het vrije verkeer inhoudt.(48) Deze bevat immers altijd een vorm van „discriminatie", die voortvloeit uit het feit dat de lidstaten hun maatregelen ontwerpen zonder rekening te houden met de gevolgen ervan voor transnationale situaties. Enkel laatstgenoemde beperkingen worden door het Verdrag verboden.

B – *Toepassing van de criteria voor de beperking van de vrijheid van vestiging*

41. In het onderhavige geval ligt de Britse belastingregeling van twee kanten onder vuur: in de eerste plaats zou zij aan moedervennootschappen met buitenlandse dochtervennootschappen en aan moedervennootschappen met buitenlandse filialen niet dezelfde voordelen toekennen; in de tweede plaats zou zij vennootschapsgroepen die zich in het buitenland willen vestigen benadelen ten opzichte van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschapsgroepen. Om de door het Hof geformuleerde criteria op juiste wijze te kunnen toepassen, moeten deze twee vragen goed van elkaar worden onderscheiden.

1. Het nadeel in verband met de keuze van de rechtsvorm van de buitenlandse vestiging

42. De eerste vraag die de High Court of Justice in deze zaak heeft gesteld, gaat voor een deel over het nadeel dat zou voortvloeien uit het feit dat M&S ervoor heeft gekozen zich in de vorm van dochtervennootschappen in het buitenland te vestigen, in plaats van in de vorm van filialen.

43. Ik wil eraan herinneren, dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat de vrijheid van vestiging de verplichting met zich kan brengen om geen discriminerend onderscheid te maken tussen de verschillende vestigingsvormen die door de marktdeelnemers kunnen worden gekozen. Dit lijkt met name voort te vloeien uit de zaken Commissie/Frankrijk(49), Royal Bank of Scotland(50) en Saint-Gobain ZN.(51) In deze zaken werden echter de verschillende betrokken vestigingsvormen door de litigieuze nationale regeling ten behoeve van de belastingheffing gelijk behandeld.

44. In de eerstgenoemde zaak had de betwiste Franse regeling betrekking op de voorwaarden voor de toekenning van een belastingkrediet, „avoir fiscal" genaamd, aan de ontvangers van dividenden die door Franse vennootschappen werden uitgekeerd. Het stond buiten kijf, dat wat de voorwaarden en de nadere bijzonderheden van de belasting op het verkregen voordeel betrof, het Franse stelsel geen enkel onderscheid maakte tussen Franse vennootschappen en de Franse filialen en agentschappen van buitenlandse vennootschappen. In deze omstandigheden, waar het beginsel van de territorialiteit van de belasting van toepassing is, dienen ook beide vestigingsvormen ten behoeve van de toekenning van het belastingkrediet gelijk te worden behandeld. In dat verband heeft het Hof verklaard dat „de mogelijkheid om vrijelijk de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat past, [...] niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen".(52)

45. In de zaak Royal Bank of Scotland, waarin het ging om de Griekse wettelijke regeling met betrekking tot de belasting over de winst van vennootschappen, begint het Hof met eraan te herinneren dat „de Griekse belastingwetgeving, [...] voor de inkomstenbelasting geen zodanig verschil maakt tussen de in Griekenland gevestigde en de in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen met een vaste inrichting in Griekenland, dat dit in het kader van de heffing van deze belasting grond kan zijn voor een ongelijke behandeling van deze twee categorieën van

vennootschappen". Ook al zijn zij in Griekenland aan onderling verschillende fiscale verplichtingen onderworpen, vaststaat dat de wijze van vaststelling van de heffingsgrondslag dezelfde is. Bijgevolg is ieder verschil in de hoogte van de belasting verboden en moet elk argument dat wordt ontleend aan het verschil in rechtsvorm worden afgewezen.(53)

46. In de derde zaak, Saint-Gobain ZN, heeft het Hof in dezelfde zin verklaard dat „[d]e verschillende behandeling van de filialen van buitenlandse vennootschappen ten opzichte van de binnenlandse vennootschappen en de daaruit voortvloeiende beperking van de vrije keuze van de vorm van de nevenvestiging [...] als één zelfde schending van de artikelen 52 en 58 van het Verdrag moeten worden aangemerkt".(54) Het Duitse recht kende verschillende fiscale voordelen met betrekking tot de belasting over deelnemingen of de uitkering van dividenden enkel toe aan in Duitsland gevestigde vennootschappen, met uitsluiting van niet-ingezeten vennootschappen met filialen in Duitsland. Een dergelijke ongelijke behandeling is discriminerend, aangezien met betrekking tot de belastbaarheid van dividenden die in Duitsland worden ontvangen, ingezeten en niet-ingezeten vennootschappen zich in een objectief gelijke situatie bevinden.(55)

47. Het is duidelijk dat in al deze gevallen de discriminatie met betrekking tot de keuze van de vestigingsvorm onlosmakelijk verbonden is met een discriminatie met betrekking tot de keuze van de vestigingsplaats. Dit is het gevolg van het feit dat de betrokken lidstaat ervoor heeft gekozen om de verschillende vestigingsvormen ten behoeve van de belastingheffing op zijn grondgebied op één lijn te stellen. Wanneer in dat geval niettemin een ongelijke behandeling wordt geconstateerd, dan komt dat doordat in feite een discriminatie op grond van de nationaliteit van de vennootschappen die deze vestigingen exploiteren, wordt verhuld.

48. In de onderhavige zaak gelden voor buitenlandse filialen en dochtervennootschappen verschillende belastingregelingen. Dit verschil in behandeling houdt evenwel niet alleen verband met het feit dat zij aan verschillende belastingplichten onderworpen zijn. Het heeft te maken met de inrichting als zodanig van het Britse belastingstelsel voor vennootschappen. Volgens dat stelsel houdt het verschil in fiscale behandeling rechtstreeks verband met de keuze van de rechtsvorm van de nevenvestiging. Vennootschapsgroepen komen niet in aanmerking voor de fiscale consolidering die van toepassing is op de resultaten van vaste inrichtingen. In dit opzicht leidt de regeling van de groepsaftrek, ook al vormt zij een versoepeling van het beginsel van de gescheiden belastingheffing van de vennootschappen van de vennootschapsgroep, niet tot een gelijkstelling van de situatie van dochtervennootschappen met die van filialen. In deze regeling wordt de overdracht van verliezen namelijk op een aparte manier behandeld: er bestaat geen gezamenlijke geconsolideerde belastingheffing. Dit vloeit voort uit het feit dat dochtervennootschappen nog steeds als zelfstandige juridische en fiscale entiteiten worden behandeld. Dienovereenkomstig houdt het verschil in behandeling van beide categorieën vestigingen niet alleen in, dat een bepaald voordeel wordt onthouden op grond van de keuze van een vestiging in het buitenland in de vorm van dochtervennootschappen. Het berust op een verschil in de fiscale regelingen die van toepassing zijn op de verschillende vestigingsvormen.

49. De bepalingen inzake de vrijheid van vestiging verzetten zich echter niet tegen een verschillende fiscale behandeling van natuurlijke of rechtspersonen met een verschillende rechtspositie. Deze bepalingen beogen niet om uniforme regelingen voor verschillende vestigingsvormen voor te schrijven. In deze context dienen zij enkel de fiscale neutraliteit te waarborgen van de uitoefening van het recht van vrije vestiging in de Gemeenschap. Elke andere oplossing zou erop neerkomen, dat de meest vergaande belastingregelingen in de lidstaten ter discussie worden gesteld, ook wanneer deze niet specifiek op transnationale situaties betrekking hebben. Dit kan niet het doel zijn van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer.

50. Bovendien lijkt er van uit te mogen worden gegaan, dat het Britse belastingrecht een Britse

vennootschap niet verbiedt om zich via dochtervennootschappen in andere lidstaten te vestigen. Bijgevolg is in deze zaak enkel en alleen de vraag relevant, of de vestiging in een andere lidstaat via een dochtervennootschap voor de vennootschapsgroep en de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervennootschap, een specifiek nadeel met zich brengt dat niet zou zijn ontstaan indien de moedervennootschap ervoor had gekozen om dochtervennootschappen in haar land van vestiging op te richten.

2. Het nadeel in verband met de vestigingsplaats van de dochtervennootschappen

51. Volgens de rechtspraak van het Hof kan de weigering van een fiscaal voordeel als een met het Verdrag strijdige beperking worden beschouwd, indien blijkt dat deze in hoofdzaak samenhangt met de uitoefening van het vestigingsrecht.(56)

52. Hoewel de vragen van de verwijzende rechter enkel betrekking hebben op de situatie van de moedervennootschap, verzoekster in het hoofdgeding, moet ten behoeve van de beoordeling van de verenigbaarheid van een wettelijke regeling als de onderhavige met de vrijheid van vestiging worden uitgegaan van de situatie van de vennootschapsgroep. Wat dat betreft, staat buiten kijf dat de toepassing van de Britse regeling van de groepsaftrek een fiscaal voordeel vormt voor de vennootschapsgroep die hiervan profiteert. Het voordeel dat hieruit voortvloeit voor de overnemende vennootschap, waaraan de verliezen worden overgedragen, is enkel een gevolg van het voordeel dat aan de vennootschapsgroep wordt toegekend. Voor deze vennootschapsgroep wordt de belastbare winst van haar vennootschappen in een bepaald boekjaar verminderd. Volgens de litigieuze nationale wettelijke regeling krijgt een vennootschapsgroep die haar hoofdzetel in het Verenigd Koninkrijk heeft en dochtervennootschappen in een andere lidstaat wil vestigen, dit voordeel niet. Deze weigering is in de omstandigheden van het onderhavige geval het gevolg van het enkele feit dat M&S van het recht van vrije vestiging gebruik heeft gemaakt.

53. In dit geval kan de beperking gemakkelijk worden gekwalificeerd. Het type ervan is in de rechtspraak van het Hof bekend en hoort thuis in een reeks van arresten die elke maatregel van een lidstaat verbieden die de onderdanen van die lidstaat belemmeren om gebruik te maken van de mogelijkheden om zich vrijelijk in de Gemeenschap te verplaatsen.(57) De weigering die hier in geding is, vormt een „beperking bij ‚vertrek'", die wordt gekenmerkt door een nadelige behandeling van vennootschappen die dochtervennootschappen in andere lidstaten willen vestigen.(58) In dit stadium is het niet relevant of de dochtervennootschappen van M&S andere voordelen ontlenen aan hun vestiging in de betrokken lidstaten van ontvangst. Het volstaat om vast te stellen, dat de Britse wettelijke regeling op zich een belemmering vormt die de vennootschappen met zetel in het Verenigd Koninkrijk ervan weerhoudt om dochtervennootschappen in andere lidstaten te vestigen.

54. Derhalve hoeft evenmin te worden stilgestaan bij de vraag of deze regeling een indirecte vorm van discriminatie op grond van nationaliteit oplevert. Aangezien is komen vast te staan dat de litigieuze maatregel een belemmering vormt, hoeft geen antwoord meer te worden gegeven op de vraag van de verschillende deelnemers aan de procedure of niet-ingezeten dochtervennootschappen, wanneer zij een deel van hun winst aan de moedervennootschap uitkeren, zich ten opzichte van haar in dezelfde positie bevinden als dochtervennootschappen die hun zetel in het Verenigd Koninkrijk hebben.

55. Wel moet nog worden nagegaan of deze beperking vanuit het gemeenschapsrecht bezien gerechtvaardigd kan zijn. Volgens vaste rechtspraak staat artikel 43 EG immers niet in de weg aan een beperkende maatregel, indien er een rechtmatig doel mee wordt nagestreefd dat zich met het Verdrag verdraagt en dat gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Daarenboven moet die maatregel in dat geval geschikt zijn om de verwezenlijking van het ermee nagestreefde doel te waarborgen, en mag zij niet verder gaan dan nodig is voor het

bereiken van dat doel.(59)

C – *Een mogelijke rechtvaardiging van de beperkende maatregel*

56. Het argument van de Duitse regering dat de inaanmerkingneming van verliezen door de betrokken lidstaat ontoelaatbaar is, omdat hierdoor de belastingopbrengsten lager zouden uitvallen en dus de begroting van deze lidstaat gevaar zou lopen, moet terstond worden afgewezen. Het Hof heeft herhaaldelijk verklaard dat „een derving van belastinginkomsten […] niet [kan] worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een maatregel die in beginsel in strijd is met een fundamentele vrijheid”.(60)

57. Daarentegen moeten de argumenten ontleend aan het gevaar van verlies van de bevoegdheid voor of de beheersing van het belastingstelsel van de betrokken lidstaat veel serieuzer worden genomen. Twee rechtvaardigingsgronden houden hiermee verband: in de eerste plaats de toepassing van het fiscale territorialiteitsbeginsel en in de tweede plaats de noodzaak om de samenhang van het Britse belastingstelsel te waarborgen.

1. Rechtvaardiging uit hoofde van het beginsel van fiscale territorialiteit

58. De regering van het Verenigd Koninkrijk betoogt dat de weigering om het in geding zijnde fiscale voordeel toe te kennen, strookt met het in de internationale fiscale praktijk en de rechtspraak van het Hof erkende territorialiteitsbeginsel. Volgens haar houdt dit beginsel in, dat zij geen fiscaal voordeel kan verlenen wanneer zij niet heffingsbevoegd is. Aangezien zij geen enkele bevoegdheid heeft om belasting te heffen over de resultaten van niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtervennootschappen, mag zij geen rekening houden met de verliezen van deze dochtervennootschappen teneinde de vennootschapsgroep waartoe zij behoren, een voordeel toe te kennen. Bijgevolg kan de groepsaftrek enkel betrekking hebben op vennootschappen die hun zetel in het Verenigd Koninkrijk hebben of daar economische activiteiten uitoefenen.

59. Een dergelijke redenering geeft blijk van een onjuiste opvatting van het communautaire territorialiteitsbeginsel. Het is weliswaar juist dat het Hof in zijn arrest Futura Participations en Singer(61) heeft erkend dat het fiscale territorialiteitsbeginsel in het gemeenschapsrecht van toepassing is. Op grond daarvan heeft het Hof verklaard dat het Luxemburgse stelsel, dat voorschreef dat de overdracht van verliezen waarom werd verzocht door een belastingplichtige die wel een filiaal maar geen zetel in Luxemburg had, afhing van de voorwaarde dat de overgedragen verliezen in economische samenhang stonden met de door deze belastingplichtige in deze staat behaalde resultaten, geen door het Verdrag verboden discriminatie vormde.

60. Er mag evenwel geen misverstand bestaan over de precieze betekenis die het Hof aan dit beginsel heeft willen geven. Het Hof heeft aldus enkel de noodzaak erkend om rekening te houden met de eisen die voortvloeien uit het naast elkaar bestaan van de fiscale soevereiniteit van elk der lidstaten.(62) Deze eisen gebieden elke lidstaat om afspraken te maken met andere staten die eveneens fiscaal soeverein zijn.(63) Overeenkomstig de eisen van het internationale recht schrijft de uitoefening van de fiscale bevoegdheid van elke lidstaat voor, dat wordt aangeknoopt bij hetzij de nationaliteit van de belastingplichtige, hetzij bij de plaats waar de belastbare inkomsten op zijn grondgebied zijn behaald. Hieruit volgt dat een staat weliswaar bevoegd is om de op zijn grondgebied woonachtige belastingplichtigen aan een onbeperkte belastingplicht te onderwerpen, maar dat hij buitenlandse belastingplichtigen enkel over de op zijn grondgebied behaalde inkomsten kan belasten. Zo heeft het Hof in het arrest Royal Bank of Scotland verklaard, dat de omstandigheid dat de in Griekenland gevestigde vennootschappen en de in Griekenland een economische activiteit uitoefenende buitenlandse vennootschappen niet onderworpen zijn aan dezelfde belastingplicht, eenvoudigweg het gevolg is van het feit dat „de staat waar de

inkomstenbron is gelegen, vergeleken met de staat van vestiging van de vennootschap een beperkte soevereiniteit op fiscaal gebied heeft".(64) Het is noch de opzet, noch de taak van het gemeenschapsrecht om vraagtekens te plaatsen bij de aan elke fiscale bevoegdheid inherente grenzen of om de ordening van de verdeling van de fiscale bevoegdheden tussen de lidstaten te verstoren. Ik herinner eraan dat bij gebreke van communautaire harmonisatie het Hof niet bevoegd is om in te grijpen in de *samenhang* en de *inrichting* van de belastingstelsels van de lidstaten.(65)

61. De zaak Futura Participations en Singer, voornoemd, stelde de inrichting van de inkomstenbelasting in Luxemburg ter discussie. Volgens het Luxemburgse stelsel mogen verliezen ter verrekening met latere winsten van de belastingplichtige worden overgedragen. Volgens de gevestigde regels van het internationale recht is geen enkele lidstaat bevoegd om de in het buitenland behaalde inkomsten van niet-ingezeten belastingplichtigen te belasten. Derhalve weigerde Luxemburg de in het buitenland geleden verliezen van deze belastingplichtigen ter verrekening te laten overdragen. Daarom stelde het als voorwaarde dat moest worden aangetoond dat de overgedragen verliezen in economische samenhang stonden met de door de belastingplichtige in de staat van heffing behaalde inkomsten. Deze voorwaarde was zonder meer gerechtvaardigd. Zij vloeide namelijk voort uit de behoefte om de fiscale bevoegdheid van de staat van heffing en die van de staat van vestiging van een en dezelfde burger op elkaar af te stemmen.

62. Het fiscale territorialiteitsbeginsel voorkomt conflicten met betrekking tot fiscale bevoegdheden tussen de lidstaten. Het mag niet aangewend worden om lidstaten aan hun communautaire verplichtingen te onttrekken. De eerbiediging van de fiscale soevereiniteit kan in het gemeenschapsrecht niet worden opgevat als de uitdrukking van een beginsel van „fiscale autarkie". Met de ondertekening van het Verdrag hebben de lidstaten erin toegestemd, zich te onderwerpen aan een stelsel van vrij verkeer van personen in de Gemeenschap, en dit brengt specifieke verplichtingen met zich. Dit stelsel verplicht de lidstaten onder andere om bij de toepassing van hun belastingregels rekening te houden met transnationale situaties en deze regels dienovereenkomstig aan te passen.

63. Derhalve kan het Verenigd Koninkrijk niet stellen, dat de toekenning van een fiscaal voordeel afhangt van het bestaan van een overeenkomstige fiscale bevoegdheid en van de mogelijkheid daaraan een voordeel te ontlenen. Een dergelijke uitlegging is in strijd met het fundamentele beginsel van de vrijheid van vestiging. In dit stadium behoeft enkel te worden stilgestaan bij de vraag of de toekenning van dit voordeel van dien aard is, dat hiermee het naast elkaar bestaan van de fiscale soevereiniteit van elk der lidstaten gevaar loopt. In het onderhavige geval is er geen enkel beletsel voor het Verenigd Koninkrijk om het voordeel van de groepsaftrek uit te strekken tot moedermaatschappijen met niet-ingezeten dochtervennootschappen. Het verzoek valt immers binnen het kader van een door het Verenigd Koninkrijk vastgestelde regeling voor vennootschapsgroepen. Het heeft geen betrekking op de belastingheffing bij een enkele belastingplichtige die in het buitenland is gevestigd en daar zijn hoofdactiviteiten uitoefent, maar op een overdracht van verliezen tussen vennootschappen die deel uitmaken van dezelfde vennootschapsgroep.(66) Binnen de vennootschapsgroep werd het verzoek ingediend door de moedermaatschappij die in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd en uit dien hoofde in dat land aan een onbeperkte belastingplicht onderworpen is.(67) Ten aanzien van haar is de fiscale bevoegdheid van deze lidstaat niet beperkt. In deze omstandigheden kan het Verenigd Koninkrijk niet op basis van het territorialiteitsbeginsel een op zijn grondgebied gevestigde vennootschapsgroep de toekenning van een met de overdracht van verliezen samenhangend voordeel weigeren.

64. Wat het Verenigd Koninkrijk in feite met zijn standpunt beoogt, is de erkenning dat het voordeel niet aan de overnemende moedermaatschap kan worden verleend, omdat het niet wordt

gecompenseerd door de mogelijkheid van belastingheffing bij de overdragende dochtervennootschap. Het Verenigd Koninkrijk is van mening dat dit op het territorialiteitsbeginsel gebaseerde argument in feite verband houdt met het beginsel van fiscale samenhang dat door het Hof in het arrest Bachmann, voornoemd, is erkend. Bijgevolg moet deze vraag in het kader van de als tweede aangevoerde rechtvaardigingsgrond worden behandeld.

2. Rechtvaardiging ontleend aan de noodzaak, de samenhang van het belastingstelsel te verzekeren

65. De rechtspraak van het Hof erkent dat de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te verzekeren een regeling kan rechtvaardigen die de communautaire vrijheden belemmert.(68)

66. Het begrip fiscale samenhang heeft in het gemeenschapsrecht een belangrijke corrigerende functie. Het moet de gevolgen corrigeren van de verruiming van de communautaire vrijheden tot de belastingstelsels, waarvan de inrichting in beginsel tot de uitsluitende bevoegdheid van de lidstaten behoort. Voorkomen moet namelijk worden dat de toepassing van de vrijheden van verkeer leidt tot ongerechtvaardigde ingrepen in de interne systematiek van nationale belastingstelsels. Volgens het Hof geldt ten aanzien van de inrichting van het belastingstelsel dat dit „een zaak is van iedere lidstaat afzonderlijk".(69) Bijgevolg ligt het voor de hand dat de lidstaten een gerechtvaardigd belang erbij hebben om de integriteit en de billijkheid van hun belastingstelsels te verzekeren. Hieruit volgt evenwel niet dat dit begrip kan worden gebruikt als argument om zich tegen in het kader van de interne markt nagestreefde doelstellingen te verzetten. Een belastingstelsel dat zodanig is ingericht dat hiermee nationale situaties of marktdeelnemers worden bevoordeeld, is ontoelaatbaar. De samenhang van het belastingstelsel beoogt derhalve de *integriteit* van de nationale belastingstelsels te beschermen, mits hiermee niet de *integratie* van deze stelsels in het kader van de interne markt wordt belemmerd.

67. Dit subtiele evenwicht kan worden vertaald met een regel van „dubbele neutraliteit". Enerzijds dienen de nationale belastingstelsels neutraal te zijn ten opzichte van de uitoefening van de vrijheden van verkeer. Dienaangaande herinner ik eraan dat artikel 43 EG de fiscale neutraliteit van de vestiging van ondernemingen in de Gemeenschap voorschrijft. Anderzijds echter dient de uitoefening van de vrijheden van verkeer zo neutraal mogelijk te zijn met betrekking tot de door de lidstaten vastgestelde fiscale regelingen. Het recht van vrije vestiging mag door de marktdeelnemers niet worden aangewend met het enkele doel het evenwicht en de samenhang van nationale belastingstelsels in gevaar te brengen. Dit zou het geval zijn, indien de vrijheid van vestiging werd misbruikt om zich aan nationale wettelijke regelingen te onttrekken of om de verschillen tussen deze regelingen op gekunstelde wijze te exploiteren.(70) Het begrip fiscale samenhang beoogt te verzekeren, dat de gemeenschapsonderdanen geen gebruik maken van de communautaire bepalingen om hieruit voordelen te behalen die geen verband houden met de uitoefening van het recht van vrij verkeer.(71)

68. Dienaangaande herinnert het Hof eraan dat „het argument dat de samenhang van het belastingstelsel bewaard moet blijven, [dient] te worden onderzocht op basis van de door de betrokken belastingregeling nagestreefde doelstelling".(72) Wanneer in de systematiek van deze regeling een rechtstreeks en noodzakelijk verband blijkt te bestaan tussen de toekenning van een fiscaal voordeel en de compensatie ervan door een bepaalde fiscale heffing, kan het voordeel worden geweigerd op grond dat deze compensatie niet kan plaatsvinden. Zo heeft het Hof in het arrest Bachmann, voornoemd, geconstateerd dat er in de Belgische regeling een rechtstreeks verband bestond tussen de aftrek van verzekeringspremies en de belasting van de bedragen die door de verzekeraars ter nakoming van deze verzekeringsovereenkomsten moesten worden betaald. Aangezien Bachmann verzekeringsovereenkomsten in Duitsland had gesloten, waarvan

de uitvoering niet in België kon worden belast, was de weigering van de Belgische autoriteiten om de fiscale aftrek van de uit hoofde van deze overeenkomsten betaalde premies toe te staan, gerechtvaardigd.

69. Wat is de situatie in het onderhavige geval? De in deze zaak interveniërende regeringen zijn eensluidend in hun opvatting, dat het coherent zou zijn om de groepsaftrek enkel toe te kennen wanneer een mogelijkheid bestaat om de winsten van de bij deze aftrek betrokken vennootschappen te belasten. In de betrokken regeling is een verband gelegd tussen de aan de overnemende vennootschap toegekende aftrek en de mogelijkheid om de inkomsten van de overdragende vennootschap te belasten.

70. Verzoekster in het hoofdgeding bestrijdt deze redenering. Zij beroept zich op vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke slechts bij een en dezelfde belasting en bij een en dezelfde belastingplichtige sprake kan zijn van een rechtstreeks verband.(73) Een dergelijk verband zou in de onderhavige zaak ontbreken. Het aan de moedermaatschappij toegekende voordeel en de belasting die bij de dochtervennootschappen kan worden geheven, hebben betrekking op verschillende belastingplichtigen in het kader van verschillende belastingstelsels.(74)

71. Wanneer dit inderdaad de grenzen zijn waarbinnen het argument met betrekking tot de samenhang van het belastingstelsel kan worden gebruikt, lijdt het geen twijfel dat dit argument in casu moet worden afgewezen. Het is echter de vraag of het begrip samenhang van het belastingstelsel op deze wijze kan worden gehanteerd. Zoals advocaat?generaal Kokott in haar conclusie in de zaak Manninen, voornoemd, heeft uiteengezet, berust deze laat gerijpte opvatting van het begrip samenhang van het belastingstelsel op te strikte criteria, die met het oog op het door de litigieuze regelingen nagestreefde doel niet altijd relevant zijn.(75) Hieruit volgt dat de speelruimte die de lidstaten hebben om hun belastingstelsels te rechtvaardigen, buitengewoon krap is. Het lijkt mij derhalve geboden om, zoals advocaat?generaal Kokott voorstelt, deze criteria te versoepelen. Hiertoe stel ik voor om terug te grijpen op het criterium van het doel van de litigieuze regeling. De samenhang moet om te beginnen worden beoordeeld in het licht van het doel en de systematiek van het litigieuze belastingstelsel.

72. Ik herinner eraan dat het doel van de Britse regeling inzake groepsaftrek is gelegen in het *fiscaal neutraliseren van de gevolgen van de oprichting van een vennootschapsgroep* . Dit mag niet leiden tot bijzondere benadeling in het licht van de algemene belastingvoorschriften voor vennootschappen. Om dit doel te bereiken, moet worden toegestaan dat verliezen binnen de vennootschapsgroep circuleren. Tegelijkertijd mag hieruit geen extra voordeel voor de vennootschapsgroep voortvloeien. Dit verklaart waarom overgedragen verliezen niet nog eens mogen worden gebruikt. Met deze regeling wordt dus op het niveau van de vennootschapsgroep een verband gelegd tussen de overdracht van verliezen binnen de vennootschapsgroep en de onmogelijkheid om deze verliezen opnieuw voor fiscale doeleinden aan te wenden. Verliezen worden van de ene naar de andere vennootschap, ten voordele van de overnemende vennootschap, overgedragen, in ruil waarvoor de overdragende vennootschap het recht verliest om deze verliezen opnieuw in het kader van de vennootschapsbelasting te gebruiken. Het voordeel dat aan de overnemende vennootschap wordt verleend, wordt geacht te zijn geneutraliseerd door de heffing die bij de overdragende vennootschap plaatsvindt.

73. Bijgevolg staat het aan het Verenigd Koninkrijk om aan te tonen dat de stelselmatige weigering om in het kader van zijn regeling inzake vennootschapsgroepen de verliezen van buitenlandse dochtervennootschappen in aanmerking te nemen, van dien aard is dat het deze systematiek waarborgt.

74. Het is in dit verband zonneklaar dat de toekenning van een aftrek in het Verenigd Koninkrijk

een risico voor de verwezenlijking van het doel van de groepsregeling vormt wanneer verliezen van buitenlandse dochtervennootschappen in de staat van vestiging kunnen worden overgedragen of verrekend. Een overdracht of verrekening van deze verliezen in de staat van vestiging kan namelijk de gehele vennootschapsgroep een gelijk voordeel verschaffen. Dit zou ertoe kunnen leiden dat de verliezen tweemaal ten gunste van de vennootschapsgroep in aanmerking worden genomen. Een dergelijke bevoordeling is in strijd met de met deze regeling beoogde neutraliteit. In dat geval lijkt het verbod van de overdracht van buitenlandse verliezen op de resultaten van de moedervennootschap gerechtvaardigd.

75. Voorts moet worden nagegaan, of sprake is van een dergelijk risico. De betrokken lidstaat kan niet elke vorm van overdracht verbieden enkel en alleen omdat het onmogelijk zou zijn buitenlandse dochtervennootschappen te belasten. Doet hij dat wel, dan gaat de beperking verder dan hetgeen noodzakelijk is voor de bescherming van de samenhang van zijn groepsregeling. Deze beperking komt er dan feitelijk op neer dat aan de systematiek van de regeling oneigenlijke doelstellingen worden toegevoegd, zoals bescherming van de inkomsten van de betrokken lidstaat of bevoordeling van de vennootschapsgroepen die hun economische activiteiten op zijn grondgebied uitoefenen. Dergelijke doelstellingen zouden hoe dan ook in strijd met het gemeenschapsrecht zijn.

76. In een situatie als de onderhavige moet de betrokken lidstaat derhalve rekening houden met de behandeling die de verliezen van de dochtervennootschappen ten deel valt in hun staat van vestiging.(76) Een rechtvaardiging op grond van de samenhang van de aftrekregeling is enkel toelaatbaar wanneer buitenlandse verliezen hetzelfde worden behandeld in de staat waar deze verliezen zijn geleden.

77. Tot een dergelijke oplossing, die berust op de vergelijking en de gelijkwaardigheid van de in de verschillende lidstaten aangeboden behandelingen, is het Hof reeds op het gebied van de vergoeding van ziektekosten in het kader van de nationale socialezekerheidsregelingen gekomen.(77) Mijns inziens kan deze oplossing zonder meer worden toegepast op fiscaal gebied, waar dezelfde uitgangspunten gelden.(78) Het nuttig effect van artikel 43 EG vereist derhalve, dat de autoriteiten die bevoegd zijn om het in casu in geding zijnde fiscale voordeel toe te kennen, rekening houden met de voordelen die kunnen worden toegekend krachtens de regeling van de staat van vestiging van de dochtervennootschappen van de groep.(79) Ofschoon het in bepaalde gevallen consistent is om de groepsaftrek te weigeren, moet deze weigering op zijn minst gerechtvaardigd zijn en steunen op een inaanmerkingneming van de situatie van de dochtervennootschappen in hun staat van vestiging.

78. Het Koninkrijk der Nederlanden voert echter een bezwaar tegen deze oplossing aan. Nederland is van mening dat het toestaan van de overdracht van buitenlandse verliezen in het kader van door de lidstaten vastgestelde groepsregelingen kan leiden tot een algehele verstoring van de nationale regelingen. Het is denkbaar dat de overdracht van verliezen binnen vennootschapsgroepen systematisch zal worden georganiseerd en uitsluitend zal plaatsvinden naar de vennootschappen van de groep die in de lidstaten met de hoogste belastingtarieven zijn gevestigd. De reden hiervoor is dat in die staten de overgedragen verliezen een hogere waarde vertegenwoordigen. Gevreesd zou derhalve moeten worden voor een echt „verliezentransfer” binnen de Gemeenschap.(80) Uiteindelijk zou een dergelijke oplossing niet alleen de betrouwbaarheid van deze groepsaftrekregelingen maar ook het begrotingsevenwicht van de betrokken lidstaten ondergraven. Zij zou de bijl leggen aan de wortels van hun economische en sociale stelsels.

79. Het is juist dat dit gevaar niet uit het oog mag worden verloren. Van de andere kant dient het ook niet te worden overdreven. Hier valt gemakkelijk een mouw aan te passen door als eis te

stellen dat de aftrek wordt toegekend op voorwaarde dat een gunstige fiscale behandeling van de verliezen van de buitenlandse dochtervennootschappen in hun staat van vestiging *nietmogelijk* is. Wanneer de staat van vestiging van de buitenlandse dochtervennootschappen hun toestaat om hun verliezen aan een andere persoon over te dragen of deze in andere belastingjaren te verrekenen, is het Verenigd Koninkrijk gerechtigd om het verzoek tot grensoverschrijdende aftrek van deze verliezen af te wijzen. De aftrek moet in dat geval in de staat van vestiging worden aangevraagd. Om die reden staat het de vennootschappen niet vrij om de plaats van verrekening van hun verliezen te kiezen.

80. Een dergelijke voorwaarde kan op basis van artikel 43 EG worden gerechtvaardigd. Het is namelijk legitiem om voorrang te geven aan de bepalingen van de staat van vestiging wanneer deze voor de groep een gelijkwaardige behandeling van de verliezen garanderen. In de eerste plaats staat vast dat de vestiging, die inhoudt dat „een gemeenschapsonderdaan duurzaam kan deelnemen aan het economisch leven van een andere lidstaat”(81), specifieke verplichtingen met zich brengt, waaraan een marktdeelnemer in beginsel onderworpen blijft.(82) Deze verplichtingen raken niet de vrijheid van vestiging, mits de behandeling van de verliezen voor de groep gelijkwaardig is. In dat geval hebben de verschillen in behandeling die hieruit voor de groep zouden kunnen voortvloeien, geen andere oorzaak dan de tussen de nationale belastingregelingen bestaande dispariteiten. In de tweede plaats kan met een dergelijke voorwaarde de samenhang en de integriteit van de nationale belastingstelsels die groepsaftrek verlenen, worden gewaarborgd.

81. Men zou kunnen tegenwerpen dat het voor het Verenigd Koninkrijk buitensporig moeilijk zal zijn om na te gaan of een andere lidstaat een dergelijke mogelijkheid van aftrek kent. Dienaangaande herinner ik eraan dat de lidstaten beschikken over instrumenten voor een versterkte samenwerking uit hoofde van richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen.(83) **Krachtens deze richtlijn hebben de bevoegde autoriteiten van een lidstaat de bevoegdheid om de bevoegde autoriteiten van een andere lidstaat te verzoeken hun alle voor de vaststelling van het juiste bedrag van de vennootschapsbelasting noodzakelijke gegevens te verschaffen. Hiermee biedt dit instrument voor administratieve samenwerking „vergelijkbare mogelijkheden om de noodzakelijke gegevens te verkrijgen, als er tussen de belastingdiensten op nationaal vlak bestaan”.**(84) Voorts acht ik het niet uitgesloten dat de betrokken lidstaat een vennootschap die om groepsaftrek verzoekt, een informatieplicht oplegt met betrekking tot de fiscale situatie van de vennootschapsgroep waartoe zij behoort, en met name met betrekking tot de mogelijkheid de verliezen van de dochtervennootschappen in hun staat van vestiging te behandelen. In dat geval zal evenwel moeten worden gewaarborgd, dat deze vereisten niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van de beoogde informatiedoelstelling.(85)

IV – **Resultaat van de analyse**

82. Uit deze analyse volgt dat de artikelen 43 EG en 48 EG niet in de weg staan aan een wettelijke regeling van een lidstaat als die in het hoofdgeding, volgens welke een moedervennootschap met dochtervennootschappen in andere lidstaten niet in aanmerking komt voor een voor vennootschappen met filialen in het buitenland geldende regeling. Daarentegen verzetten deze bepalingen zich tegen een fiscale regeling van een lidstaat als die in het hoofdgeding, voorzover deze aan een in die lidstaat gevestigde vennootschap het recht op groepsaftrek ontzegt op grond dat haar dochtervennootschappen in andere lidstaten zijn gevestigd, terwijl dit niet het geval zou zijn, indien deze dochtervennootschappen hun zetel in die lidstaat hadden of daar hun economische activiteiten uitoefenden. Deze bepalingen verzetten zich evenwel niet tegen een nationale wettelijke regeling die het recht op een dergelijke aftrek laat

afhangen van de voorwaarde dat wordt aangetoond dat de verliezen van de in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen in die andere lidstaten niet in aanmerking kunnen komen voor een gelijkwaardige fiscale behandeling. Deze behandeling kan de vorm aannemen van een overdracht van verliezen naar een derde of van de verrekening van verliezen bij een en dezelfde belastingplichtige in een ander belastingjaar.

83. Een dergelijke oplossing lijkt inderdaad ingewikkeld. Het is een oplossing die de autoriteiten van de betrokken lidstaat ertoe verplicht, rekening te houden met de fiscale situatie van vennootschappen die niet op zijn grondgebied zijn gevestigd. Ik denk echter dat, bij ontstentenis van een communautaire harmonisatie, enkel met een oplossing als deze het evenwicht tussen de fiscale bevoegdheden van de lidstaten en de uit de interne markt voortvloeiende vereisten bewaard kan blijven. In deze omstandigheden staat het niet aan het Hof om een voor alle lidstaten uniforme regeling te formuleren, waarvan het de blauwdruk aan een bepaald nationaal belastingstelsel of een voorstel van de gemeenschapsinstellingen ontleent. Het Hof heeft slechts tot taak, de verplichtingen af te bakenen die voor een lidstaat voortvloeien uit diens inzet binnen de Gemeenschap.

V – **Conclusie**

84. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de vragen die in deze zaak door de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (Verenigd Koninkrijk) zijn gesteld, te beantwoorden als volgt:

„1) De artikelen 43 EG en 48 EG verzetten zich tegen een fiscale regeling van een lidstaat als die in het hoofdgeding, voorzover deze een in die lidstaat gevestigde moedermaatschappij het recht op groepsaftrek ontzegt op grond dat haar dochtervennootschappen in andere lidstaten zijn gevestigd, terwijl deze groepsaftrek wél zou worden toegekend, indien deze dochtervennootschappen hun zetel in de betrokken lidstaat hadden.

2) Deze bepalingen verzetten zich niet tegen een nationale wettelijke regeling die het recht op groepsaftrek, zoals in het hoofdgeding door de betrokken lidstaat is voorzien, laat afhangen van de voorwaarde dat wordt aangetoond dat de verliezen van in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen in die andere lidstaten niet in aanmerking komen voor een gelijkwaardige fiscale behandeling.”

1 – Oorspronkelijke taal: Portugees.

2 – Richtlijn 90/435/EEG (PB L 225, blz. 6).

3 – Het Hof heeft hieraan herinnerd in zijn arrest van 18 september 2003, Bosal (C?168/01, Jurispr. blz. I?9409, punt 22).

4 – Ik herinner eraan dat een regeling van geconsolideerde winst, waarbij de verliezen van de dochtervennootschappen van verschillende lidstaten in aanmerking worden genomen, reeds in 1969 door de Commissie is voorgesteld (Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, PB 1969, C 39, blz. 7).

5 – 91/C 53/03 (PB 1991, C 53, blz. 30). Volgens dit voorstel worden voor zowel de dochtervennootschappen als de vaste inrichtingen twee methoden gekozen: de methode van de aftrek van verliezen met uitgestelde verrekening, waarbij de vaste inrichtingen en de dochtervennootschappen de in andere lidstaten geleden verliezen van de belastbare winsten aftrekken, voorzover de winsten van deze dochtervennootschappen en vaste inrichtingen later in

de resultaten van de onderneming ten bedrage van de afgetrokken verliezen worden verrekend, of de verrekeningsmethode, waarbij alle resultaten van de buitenlandse vaste inrichtingen en dochtervennootschappen met die van de onderneming worden verrekend.

6 – Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité ? Een interne markt zonder belemmeringen op het gebied van de vennootschapsbelasting – Verwezenlijkingen, lopende initiatieven en resterende uitdagingen [COM (2003) 726 def.].

7 – Zie, naar analogie, met betrekking tot artikel 39 EG, arrest van 28 januari 1992, Bachmann (C?204/90, Jurispr. blz. I?249, punt 11). Zie ook arresten van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk (270/83, Jurispr. blz. 273, punt 24), en 9 december 1981, Commissie/Italië (193/80, Jurispr. blz. 3019, punt 17).

8 – Zie bijvoorbeeld arresten van 15 mei 1997, Futura Participations en Singer (C?250/95, Jurispr. blz. I?2471); 16 juli 1998, ICI (C?264/96, Jurispr. blz. I?4695); 18 november 1999, X en Y (C?200/98, Jurispr. blz. I?8261), en 14 december 2000, AMID (C?141/99, Jurispr. blz. I?11619).

9 – Zie ook arresten van 13 juli 1993, Commerzbank (C?330/91, Jurispr. blz. I?4017); 29 april 1999, Royal Bank of Scotland (C?311/97, Jurispr. blz. I?2651); 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C?307/97, Jurispr. blz. I?6161); 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. (C?397/98 en C?410/98, Jurispr. blz. I?1727), en arrest Bosal, aangehaald in voetnoot 3.

10 – Een voorbehoud moet worden gemaakt met betrekking tot de regeling van de „controlled foreign companies” (CFC), die het, bij wijze van uitzondering en onder bepaalde voorwaarden, mogelijk maakt om de winsten van buitenlandse dochtervennootschappen met die van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij te verrekenen, los van de uitkering van dividenden. De toepassing van deze regeling is voorwerp van geschil in een bij het Hof aanhangige zaak (Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C?196/04).

11 – Arrest aangehaald in voetnoot 8.

12 – Zie met betrekking tot de bijzonderheden van deze wijziging Hickley, J. J. B., „Worldwide Groups and UK Taxation after the Finance Act 2000”, European Taxation, 2000, blz. 466.

13 – C?279/93, Jurispr. blz. I?225, punt 21. Zie laatstelijk arrest van 7 september 2004, Manninen (C?319/02, Jurispr. blz. I?7477, punt 19).

14 – Arrest van 11 maart 2004, De Lasteyrie du Saillant (C?9/02, Jurispr. blz. I?2409, punt 40).

15 – Arrest Saint-Gobain ZN, aangehaald in voetnoot 9, punt 35.

16 – Arrest Bachmann, aangehaald in voetnoot 7, punt 23.

17 – Arrest Saint-Gobain ZN, aangehaald in voetnoot 9, punt 57. Zie ook arrest van 21 maart 2002, Cura Anlagen (C?451/99, Jurispr. blz. I?3193, punt 40).

18 – Zie, naar analogie, met betrekking tot technische regelingen, arrest van 14 juli 1994, Peralta (C?379/92, Jurispr. blz. I?3453, punt 34). Zo ook, op fiscaal gebied, arrest van 12 mei 1998, Gilly (C?336/96, Jurispr. blz. I?2793, punt 47).

19 – Zie in die zin arrest van 28 juni 1978, Kenny (1/78, Jurispr. blz. 1489, punt 18). Zie, in de nieuwe context van de rechten van het Europese burgerschap, arrest van 15 juli 2004, Lindfors (C?365/02, Jurispr. blz. I?7183, punt 34).

20 – Zie, in het algemeen, arrest van 27 februari 1985, Italië/Commissie (55/83, Jurispr. blz. 683, punt 11).

21 – Om redenen die ik in de punten 46 e.v. van mijn conclusie in de zaak Carbonati Apuani (arrest van 9 september 2004, C?72/03, Jurispr. blz. I?8027) heb uiteengezet, verdient het begrip transnationale situaties hier de voorkeur boven het begrip grensoverschrijdende situaties of transacties.

22 – In de bewoordingen van het Hof is artikel 43 EG „in wezen de nadere uitwerking van het in artikel [12 EG] neergelegde beginsel van gelijke behandeling [...] voor het gebied van de werkzaamheden anders dan in loondienst” (arrest Royal Bank of Scotland, aangehaald in voetnoot 9, punt 21).

23 – Zie bijvoorbeeld arresten van 21 juni 1974, Reyners (2/74, Jurispr. blz. 631, punt 16), en 18 juni 1985, Steinhauser (197/84, Jurispr. blz. 1819, punt 14). In zijn conclusie in de zaak Collectieve Antennevoorziening Gouda (arrest van 25 juli 1991, C?288/89, Jurispr. blz. I?4007), ontleent advocaat generaal Tesauro nog aan de rechtspraak van het Hof dat het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit een „absolute en doorslaggevende rol” speelt op het gebied van het recht van vestiging (punt 13).

24 – Zie in die zin in het bijzonder arrest Schumacker, aangehaald in voetnoot 13, punt 26.

25 – C?19/92, Jurispr. blz. I?1663, punt 32.

26 – Zie in die zin punt 17 van de conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak Wielockx (arrest van 11 augustus 1995, C?80/94, Jurispr. blz. I?2493).

27 – Arrest ICI, aangehaald in voetnoot 8, punt 21. Zie reeds arrest van 27 september 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, Jurispr. blz. 5483, punt 16).

28 – Zie onder andere arresten X en Y, aangehaald in voetnoot 8, punt 27; Bosal, aangehaald in voetnoot 3, punt 27; AMID, aangehaald in voetnoot 8, punt 23; De Lasteyrie van Saillant, aangehaald in voetnoot 14, punt 45; en op het gebied van het vrije verkeer van kapitaal arresten van 6 juni 2000, Verkooijen (C?35/98, Jurispr. blz. I?4071, punt 34); Manninen, aangehaald in voetnoot 13, punt 22, en 15 juli 2004, Lenz (C?315/02, Jurispr. blz. I?7063, punt 20).

29 – Zie in die zin punt 21 van de conclusie van advocaat-generaal Fennelly in de zaak Graf (arrest van 27 januari 2000, C?190/98, Jurispr. blz. I?493).

30 – Zie dienaangaande de kritische analyse van Wattel, P. J., „The EC Court’s Attempts to Reconcile the Treaty Freedoms with International Tax Law”, Common Market Law Review, 1996, blz. 223.

31 – Zo ook het modelverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) betreffende belastingen naar het inkomen en naar het vermogen in de op 29 april 2000 gepubliceerde versie, waarin in artikel 24, lid 1, wordt bepaald dat „onderdanen van een verdragsstaat in een andere verdragsstaat niet aan een belasting of de hiermee samenhangende verplichtingen mogen worden onderworpen die anders of zwaarder zijn dan de belasting of de hiermee samenhangende verplichtingen waaraan de nationale onderdanen van die staat worden

of kunnen worden onderworpen die zich, met name wat hun plaats van vestiging betreft, in dezelfde situatie bevinden”.

32 – Arrest Schumacker, aangehaald in voetnoot 13, punt 37. In dezelfde zin arrest Wielockx, aangehaald in voetnoot 26, en arrest van 27 juni 1996, Asscher (C?107/94, Jurispr. blz. I?3089).

33 – Zie in die zin Terra, B. J. M., en Wattel, P. J., European Tax Law, Deventer, 3e druk, 2001, blz. 46.

34 – Zie laatstelijk arrest van 1 juli 2004, Wallentin (C?169/03, Jurispr. blz. I?6443, punt 15).

35 – Conclusie in de zaak Wielockx, aangehaald in voetnoot 26, punt 31 (zie de aldaar aangehaalde rechtspraak). In dezelfde zin, punt 49 van de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Decker (arrest van 28 april 1998, C?120/95, Jurispr. blz. I?1831).

36 – Zie bijvoorbeeld arrest Royal Bank of Scotland, aangehaald in voetnoot 9, punt 32. Advocaat?generaal Alber voert in zijn conclusie in deze zaak evenwel als verklaring voor de in de voorgaande voetnoot aangehaalde rechtspraak aan, dat de in geding zijnde maatregelen indirect discriminerend waren. In beginsel kan directe discriminatie niet worden gerechtvaardigd uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang (punt 39).

37 – Zie in de eerste plaats, op het gebied van het vrije verkeer van goederen, arrest van 17 juni 1981, Commissie/Ierland (113/80, Jurispr. blz. 1625, punt 11). De rechtspraak van het Hof geeft evenwel op hetzelfde gebied voorbeelden van redeneringen die van dit beginsel afwijken: zie, op het gebied van afvalstoffen, arrest van 9 juli 1992, Commissie/België (C?2/90, Jurispr. blz. I?4431).

38 – Zie dienaangaande de voorstellen van advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak Danner (arrest van 3 oktober 2002, C?136/00, Jurispr. blz. I?8147).

39 – Zie laatstelijk arrest van 5 oktober 2004, CaixaBank France (C?442/02, Jurispr. blz. I?8961, punt 11), en beschikking van 17 februari 2005, Mauri (C?250/03, Jurispr. blz. I?1267, punt 40).

40 – Zie, vóór een bijzondere aanpak op het gebied van de vrijheid van vestiging, Mischo, J., „Les restrictions à la liberté d’établissement: la nécessité d’une clarification”, Mélanges en hommage à F. Schockweiler, Nomos, Baden-Baden, 1999, blz. 445.

41 – Zie punten 65 e.v. van deze conclusie.

42 – Artikel 3, lid 1, sub c, EG.

43 – Zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak CaixaBank France, aangehaald in voetnoot 39.

44 – Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in voetnoot 7.

45 – Zie bijvoorbeeld arrest van 6 juli 1995, Mars (C?470/93, Jurispr. blz. I?1923).

46 – Zie bijvoorbeeld arrest CaixaBank France, aangehaald in voetnoot 39.

47 – Zie bijvoorbeeld, op het gebied van het vrij verrichten van diensten, arrest van 26 juni 2001, Commissie/Portugal (C?70/99, Jurispr. blz. I?4845, punten 25?27).

48 – Zie in die zin arrest van 24 november 1993, Keck en Mithouard (C?267/91 en C?268/91, Jurispr. blz. I?6097); conclusie de advocaat-generaal Tesauro in de zaak Hünermund e.a. (arrest

van 15 december 1993, C?292/92, Jurispr. blz. I?6787), alsmede de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak CaixaBank France, aangehaald in voetnoot 39, punten 62 en 63.

49 – Aangehaald in voetnoot 7.

50 – Aangehaald in voetnoot 9.

51 – Aangehaald in voetnoot 9.

52 – Punt 22 van het arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in voetnoot 7.

53 – Punten 29 en 30 van het arrest Royal Bank of Scotland, aangehaald in voetnoot 9.

54 – Punt 44 van het arrest Saint-Gobain, aangehaald in voetnoot 9.

55 – Punt 48.

56 – Zie arrest van 13 april 2000, Baars (C?251/98, Jurispr. blz. I?2787, punten 30 en 31), en arrest Asscher, aangehaald in voetnoot 32, punt 42.

57 – Zie in die zin arresten van 31 januari 1984, Luisi en Carbone (286/82 en 26/83, Jurispr. blz. 377); 7 juli 1988, Stanton (143/87, Jurispr. blz. 3877); Daily Mail and General Trust, aangehaald in voetnoot 27; 7 juli 1992, Singh (C?370/90, Jurispr. blz. I?4265); 26 januari 1999, Terhoeve (C?18/95, Jurispr. blz. I?345), en 11 juli 2002, D'Hoop (C?224/98, Jurispr. blz. I?6191).

58 – Zie de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak ICI, aangehaald in voetnoot 8, punt 18.

59 – Arrest Futura Participations en Singer, aangehaald in voetnoot 8, punt 26.

60 – Zie in het bijzonder arrest Manninen, aangehaald in voetnoot 13, punt 49.

61 – Aangehaald in voetnoot 8.

62 – Zie met betrekking tot de grenzen van de fiscale soevereiniteit van de lidstaten ook arrest Gilly, aangehaald in voetnoot 18, punt 48.

63 – „De politiek en fiscaal soevereine staat kan derhalve een absolute fiscale bevoegdheid op zijn eigen grondgebied uitoefenen, dat een soort besloten jachtgebied vormt; hij kan met name besluiten dat er in dit gebied twee of meer fiscale stelsels met meer of minder autonomie naast elkaar bestaan, waarvan de onderlinge samenhang door verdragen of overeenkomsten van zuiver nationaal recht wordt geregeld. Daarentegen heeft de staat geen enkele fiscale bevoegdheid buiten zijn eigen grondgebied. Dit zijn de positieve en negatieve aspecten van het begrip fiscale soevereiniteit" (Gest, G., en Texier, G., Droit fiscal international, PUF, Paris, 2e druk, 1990, blz. 17).

64 – Aangehaald in voetnoot 9, punt 29.

65 – Zie arrest Bachmann, aangehaald in voetnoot 7, punt 23.

66 – Zie in die zin arrest Bosal, aangehaald in voetnoot 3, punten 38?40.

67 – Zie in die zin arrest Manninen, aangehaald in voetnoot 13, punt 38.

68 – Arrest Bachmann, aangehaald in voetnoot 7, en arrest van 28 januari 1992,

Commissie/België (C?300/90, Jurispr. blz. I?305).

69 – Arrest Bachmann, aangehaald in voetnoot 7, punt 23.

70 – Zie in het bijzonder de conclusie van advocaat-generaal Fennelly in de zaak Metallgesellschaft e.a., aangehaald in voetnoot 9.

71 – Het gaat er, anders gezegd, om, te voorkomen dat de „free movers” dankzij de vrijheden die op grond van de doelstelling van de interne markt worden verleend, veranderen in „free riders” (aldus Cordewener, A., Dahlberg, M., Pistone, P., Reimer, E., Romano, C., „The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way Ahead”, European Taxation, 2004, blz. 221).

72 – Arrest Lenz, aangehaald in voetnoot 28, punt 37.

73 – Zie in het bijzonder arrest Bosal, aangehaald in voetnoot 3, punt 30 (en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

74 – Zie, mutatis mutandis, arrest Bosal, aangehaald in voetnoot 3, punt 31.

75 – In haar conclusie in deze zaak, aangehaald in voetnoot 13, herinnert advocaat-generaal Kokott eraan dat het Hof het begrip samenhang van het belastingstelsel naar aanleiding van het arrest Bachmann (aangehaald in voetnoot 7, punt 53) heeft beperkt. Daarom kan het „streng vasthouden aan het criterium van dezelfde belastingplichtige in bepaalde gevallen tot willekeurige resultaten leiden” (punt 57 en de in de navolgende punten genoemde voorbeelden).

76 – Zie, voor een analoge redenering, arrest Manninen, aangehaald in voetnoot 13, punt 54, en de conclusie van advocaat-generaal Fennelly in de zaak Metallgesellschaft e.a., aangehaald in voetnoot 9, punt 32.

77 – Zie ook arresten van 23 oktober 2003, Inizan (C?56/01, Jurispr. blz. I?12403), en 12 juli 2001, Smits en Peerbooms (C?157/99, Jurispr. blz. I?5473).

78 – Namelijk: bij de lidstaten liggende bevoegdheden, ontbreken van communautaire harmonisatie, verplichtingen die uit de fundamentele vrijheden van het gemeenschapsrecht voortvloeien (zie punten 21?24 van deze conclusie).

79 – Zie, naar analogie, de conclusie van advocaat-generaal Lenz in de zaak Halliburton Services (arrest van 12 april 1994, C?1/93, Jurispr. blz. I?1137, punt 40).

80 – Deze uitdrukking is afkomstig van Goldsmith, J.?C., „Intégration et consolidation des résultats en droit fiscal comparé (à propos de la fiscalité des groupes de sociétés et des sociétés à vocation internationale)”, La Semaine juridique (édition commerce et industrie), 1971, blz. 456.

81 – Arrest van 30 november 1995, Gebhard (C?55/94, Jurispr. blz. I?4165, punt 25).

82 – Zie in die zin arrest Peralta, aangehaald in voetnoot 18, punt 52.

83 – PB L 336, blz. 15. Deze richtlijn is onlangs gewijzigd bij richtlijn 2004/56/EG van de Raad van 21 april 2004 (PB L 127, blz. 70).

84 – Arrest Schumacker, aangehaald in voetnoot 13, punt 45.

85 – Arrest Futura Participations en Singer, aangehaald in voetnoot 8, punt 36.