

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. POIARES MADURO

van 31 mei 2006 (1)

Zaak C-347/04

**Rewe Zentralfinanz eG, rechtsopvolger onder algemene titel van ITS Reisen GmbH,
tegen**

Finanzamt Köln-Mitte

[verzoek van het Finanzgericht Köln (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Belastingwetgeving – Vennootschapsbelasting – Verrekening van verlies door
moedervernootschap – Verlies uit waardevermindering van aandelen in dochtervennootschappen
die in andere lidstaten zijn gevestigd”

1. Zaken betreffende nationale regelingen voor de fiscale behandeling van de verliezen en uitgaven van vennootschappen die deel uitmaken van een grensoverschrijdende groep, doen op communautair niveau nieuwe en netelige vragen rijzen.(2) Deze vragen hebben betrekking op de verenigbaarheid van deze regelingen met de beginselen van het EG-Verdrag die de totstandkoming en de werking van de interne markt moeten bewerkstelligen. Elk van deze zaken stelt specifieke problemen aan de orde en moet dus afzonderlijk worden onderzocht. Tegelijkertijd moet op dit gebied duidelijke en vaste rechtspraak gestalte krijgen.

2. Het Hof heeft onlangs de gelegenheid gehad, zich in de zaak Marks & Spencer(3) uit te spreken over de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van de Britse regeling van „groepsaftrek”, waarbij een moedervernootschap onder bepaalde voorwaarden het verlies van haar dochtervennootschappen in mindering kan brengen op haar belastbare winst. In de onderhavige zaak moet het Hof, uitgaande van de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal, zich uitspreken over een bepaling van het Duitse inkomstenbelastingrecht waarbij de mogelijkheid voor een in Duitsland gevestigde moedervernootschap om het verlies uit de afschrijving op de waarde van deelnemingen in in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen in de belasting af te trekken, wordt beperkt.

I – Juridische en feitelijke context

3. Aan deze zaak liggen de volgende feiten ten grondslag. Bij overeenkomst van 6 maart 1995 heeft de groep Kaufhof ITS Reisen GmbH (hierna: „ITS”), een vennootschap van de groep die als ondernemingsdoel toeristische activiteiten heeft, verkocht aan de vennootschap Rewe Zentralfinanz eG (hierna: „Rewe”). Doordat Rewe via een fusieovereenkomst het vermogen van ITS overnam, is zij rechtsopvolger onder algemene titel van ITS geworden.

4. In 1989 had ITS in Nederland een dochtervennootschap opgericht, Kaufhof-Tourism Holdings BV (hierna: „KTH”), waarvan zij alle aandelen bezat. In dezelfde lidstaat heeft zij een participatievennootschap opgericht, International Tourism Investment Holding BV (hierna: „ITI”), waarvan zij 100 % van de aandelen bezat. Daarnaast heeft ITI deelnemingen verworven in twee vennootschappen in België, in een vennootschap in het Verenigd Koninkrijk en in een vennootschap in Spanje.

5. De vennootschapsbelasting wordt in Duitsland geregeld bij de wet op de vennootschapsbelasting (Körperschaftsteuergesetz; hierna: „KStG”), die verwijst naar de relevante bepalingen van de wet op de inkomstenbelasting (Einkommensteuergesetz, hierna: „EStG”). Ingevolge § 1 KStG worden de in Duitsland gevestigde vennootschappen belast over hun wereldwijde winst. De belastbare winst is in beginsel het verschil tussen het bedrijfskapitaal van de onderneming aan het eind van het boekjaar en het bedrijfskapitaal aan het eind van het vorige boekjaar. Een resterend verlies is op grond van § 10d EStG voorwaarts of achterwaarts verrekenbaar in andere belastingjaren. Bovendien kunnen krachtens § 6 EStG afschrijvingen op de lagere actuele waarde van deelnemingen als bedrijfsuitgaven van de belastbare winst worden afgetrokken. Deze uitgaven komen eigenlijk overeen met een waardering van de lagere aankoop prijs van deelnemingen in een vennootschap die aanhoudend verlies lijdt.

6. In de loop van de belastingjaren 1993 en 1994 heeft ITS de boekwaarde van haar deelneming in KTH gedeeltelijk afgeschreven en waardecorrecties op vorderingen betreffende de Britse en Spaanse dochtervennootschappen van ITI toegepast. Voor 1993 bedroegen deze lasten 14 342 499 DEM en voor 1994 32 332 144 DEM, hetzij een totaalbedrag van ruim 46 miljoen DEM.

7. Het Finanzamt Köln-Mitte (belastingdienst van Keulen-Centrum) heeft echter geweigerd deze lasten als negatieve inkomsten in aanmerking te nemen bij de vaststelling van de belastbare winst van Rewe in de twee betwiste jaren op de grond dat § 2a, leden 1 en 2, EStG zich daartegen verzette.

8. Deze bepaling – met als titel „Negatieve buitenlandse inkomsten” – bepaalt immers:

„(1) Negatieve inkomsten

[...]

2. uit een in het buitenland gelegen industriële of commerciële vaste vestiging,

3. a) uit de lagere actuele waarde van een deelneming, die tot de bedrijfsactiva behoort, in een rechtspersoon waarvan het bestuur noch de zetel in het binnenland is gevestigd (buitenlandse rechtspersoon), [...]

[...]

kunnen alleen met soortgelijke positieve inkomsten [...] uit dezelfde staat worden verrekend; zij zijn ook niet aftrekbaar op grond van § 10d. Winstdalingen worden met negatieve inkomsten gelijkgesteld. Voor zover negatieve inkomsten op grond van de eerste volzin niet verrekenbaar zijn, worden zij afgetrokken van soortgelijke positieve inkomsten die de belastingplichtige in de daaropvolgende belastingjaren in dezelfde staat realiseert [...]

(2) Lid 1, eerste volzin, sub 2, geldt niet wanneer de belastingplichtige aantoont dat de negatieve inkomsten afkomstig zijn van een industriële of commerciële vaste inrichting in het buitenland die (bijna) uitsluitend tot doel heeft, goederen, behalve wapentuig, te produceren of te

leveren, bodemschatten te winnen of commerciële diensten te verrichten voor zover deze diensten niet bestaan in de oprichting of de exploitatie van voor toerisme bestemde inrichtingen, of in de verhuur of de verpachting van economische goederen met inbegrip van het vrijgeven van rechten, plannen, monsters, procédés, kennis en ervaring; een rechtstreekse deelneming van ten minste 25 % in het maatschappelijk kapitaal van een kapitaalvennootschap die voornoemde activiteiten (bijna) uitsluitend tot doel heeft, alsmede de financiering van een dergelijke deelneming worden beschouwd als de verrichting van een commerciële dienst wanneer de kapitaalvennootschap haar bestuur noch haar zetel in het binnenland heeft. [...]”

9. Vaststaat dat ITS in de twee litigieuze jaren geen positieve inkomsten uit haar Nederlandse dochtervennootschap KTH haalde. Bovendien was niet voldaan aan de voorwaarden voor de uitzondering van § 2a, lid 2, EStG: KTH oefent geen van de – als „actieve activiteiten” gekwalificeerde en in § 2a, lid 2, eerste volzin, EStG genoemde – bevoorrechte activiteiten uit en heeft geen rechtstreekse deelnemingen in een kapitaalvennootschap die een van deze bevoorrechte activiteiten tot ondernemingsdoel heeft.

10. Op basis van deze vaststellingen heeft het Finanzamt Köln-Mitte een gewijzigde aanslag gevestigd voor de door Rewe verschuldigde vennootschapsbelasting. Rewe heeft daartegen bezwaar gemaakt bij de belastingadministratie. Nadat dat bezwaar was afgewezen, heeft zij bij het Finanzgericht Köln beroep ingesteld teneinde te verkrijgen dat alle bedrijfslasten uit haar deelnemingen in de vennootschappen in Nederland, het Verenigd Koninkrijk en Spanje werden verrekend. Ter onderbouwing van dat beroep heeft Rewe aangevoerd dat de toepassing van § 2a EStG een met het gemeenschapsrecht strijdige discriminatie oplevert.

11. Dat is ook de mening van de verwijzende rechter, die opmerkt dat volgens het toepasselijke recht afschrijvingen op de waarde van deelnemingen in een Duitse vennootschap in beginsel onbeperkt fiscaal verrekenbaar zijn bij de vaststelling van de belastbare winst van de vennootschap die deze deelnemingen houdt, terwijl afschrijvingen op de waarde van deelnemingen in een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap slechts in een beperkt aantal gevallen verrekenbaar zijn, namelijk wanneer deze uitgaven met positieve inkomsten uit die andere lidstaat worden gecompenseerd of wanneer is voldaan aan de voorwaarden voor de uitzonderingsregeling van § 2a, lid 2, EStG. Volgens de verwijzende rechter vormt een dergelijke beperking van de aftrekbaarheid van een verlies uit investeringen in het buitenland dus duidelijk een belemmering van de vrijheid van vestiging in een andere lidstaat en van het vrije verkeer van kapitaal, die door het gemeenschapsrecht worden beschermd.

12. Op grond van deze overtuiging heeft de verwijzende rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Dienen de bepalingen, in hun onderlinge samenhang gelezen, van de artikelen 52 [...], 58 [...], 67 tot en met 73 en 73 B en volgende [...] EG-Verdrag aldus te worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een regeling – zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling van § 2a, leden 1, punt 3, sub a, en 2, EStG [...] – waarbij de onmiddellijke belastingverrekening van het verlies uit afschrijvingen op de waarde van deelnemingen in in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen wordt beperkt wanneer deze dochtervennootschappen passieve activiteiten in de zin van de nationale bepaling uitoefenen en/of alleen via eigen kleindochtervennootschappen actieve activiteiten in de zin van de nationale bepaling uitoefenen, terwijl deze beperkingen niet gelden voor afschrijvingen op de waarde van deelnemingen in binnenlandse dochtervennootschappen?”

II – Bespreking

A – Beperking van de vrijheid van vestiging

13. De in artikel 43 EG aan de gemeenschapsonderdanen erkende vrijheid van vestiging omvat voor hen de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst, alsmede de oprichting en het bestuur van ondernemingen onder dezelfde voorwaarden als in de wettelijke regeling van de lidstaat van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld. Ingevolge artikel 48 EG brengt zij voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wettelijke regeling 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 via een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap.(4)

14. Uit het arrest Baars vloeit voort dat een onderdaan van een lidstaat die een deelneming in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap bezit die hem een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, zijn recht van vestiging uitoefent.(5) Dat is ongetwijfeld het geval wanneer, zoals in casu, een vennootschap als Rewe een 100 %-deelneming bezit in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die zelf 100 % van de aandelen bezit van een vennootschap die deelnemingen in het kapitaal van verschillende in andere lidstaten gevestigde vennootschappen bezit. Hieruit volgt dat de door de verwijzende rechter te beoordelen situatie met betrekking tot het verlies dat Rewe heeft geleden door haar deelneming in de in Nederland gevestigde dochtervennootschap KTH en de deelnemingen van laatstgenoemde in een buitenlandse kleindochtervennootschap, onder de verdragsregels betreffende de vrijheid van vestiging valt.

15. Ik herinner er echter aan dat, hoewel de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst beogen te waarborgen, zij de lidstaat van oorsprong ook verbieden, de vestiging in een andere lidstaat van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap te belemmeren.(6) Vaststaat dat het Verdrag zich verzet tegen elke „beperking bij vertrek”, die gekenmerkt is door een nadelige behandeling door de wettelijke regeling van een lidstaat van in die lidstaat gevestigde vennootschappen die in andere lidstaten dochtervennootschappen willen oprichten.

16. Bij de door het Verdrag verboden nadelige behandelingen horen onder meer fiscale beperkingen. Volgens vaste rechtspraak vallen de directe belastingen weliswaar onder de bevoegdheid van de lidstaten, maar moeten de lidstaten die bevoegdheid met eerbiediging van het gemeenschapsrecht uitoefenen.(7)

17. Overeenkomstig de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling wordt het verlies uit de afschrijving op de waarde van deelnemingen in een in Duitsland gevestigde dochtervennootschap onbeperkt verrekend bij de vaststelling van de belastbare winst van belastingplichtige vennootschappen. Een soortgelijk verlies uit deelnemingen in een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap kan een in Duitsland belastingplichtige vennootschap daarentegen slechts verrekenen onder bepaalde voorwaarden die betrekking hebben op de inkomsten of de activiteiten.

18. Hieruit volgt dat de fiscale situatie van een vennootschap, zoals Rewe, met een dochtervennootschap in Nederland minder gunstig is dan wanneer die dochtervennootschap in Duitsland gevestigd zou zijn. Het verlies uit deelnemingen in een buitenlandse dochtervennootschap zou weliswaar kunnen worden verrekend indien die dochtervennootschap later positieve inkomsten zou realiseren. Maar dat verandert niets aan het feit dat de betrokken moedervennootschap zelfs in dat geval de mogelijkheid van onmiddellijke verrekening van haar verlies wordt ontnomen. Deze mogelijkheid, die aan vennootschappen met binnenlandse

dochterondernemingen wordt geboden, is voor deze een cashflowvoordeel.(8) Door vennootschappen met dochtervennootschappen in het buitenland een dergelijk voordeel te onthouden, kan de lidstaat de oprichting van dochtervennootschappen in andere lidstaten ontmoedigen.

19. Gelet op dat verschil in behandeling kan een moedervernootschap dus ervan worden afgehouden, haar activiteiten via in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen of kleindochtervennootschappen uit te oefenen.(9)

20. De Duitse regering stelt echter dat dit verschil in behandeling geen bij het Verdrag verboden discriminatie is, omdat de situatie van een in Duitsland gevestigde dochtervennootschap niet vergelijkbaar is met die van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap. Volgens haar heeft het Hof erkend dat dochtervennootschappen zelfstandige rechtspersonen zijn die op het grondgebied waar zij gevestigd zijn, afzonderlijk worden belast. Daarom kan het verlies uit afschrijvingen en uit vorderingen worden verrekend bij de aangifte van de winst van deze dochtervennootschappen in de lidstaat waar zij zijn gevestigd.

21. Dit argument kan niet worden aanvaard. Het verschil in fiscale behandeling waar het in het hoofdgeding om gaat, heeft geen betrekking op de situatie van de dochtervennootschappen, maar op die van de in Duitsland gevestigde moedervernootschappen naargelang zij in andere lidstaten gevestigde dochterondernemingen hebben. Dienaangaande kan worden volstaan met de opmerking dat, ten eerste, het verlies wordt geleden door de moedervernootschap en, ten tweede, de moedervernootschap niet wordt belast over de winst van de dochtervennootschappen, ongeacht of de dochtervennootschappen in Duitsland dan wel in een andere lidstaat belastingplichtig zijn.(10) Het verschil in behandeling van de moedervernootschappen hangt dus niet af van de vraag of hun dochtervennootschappen al dan niet afzonderlijk worden belast.

22. Uit het voorgaande volgt dat, zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, een beperking van de aftrekbaarheid van lasten die voortvloeien uit afschrijvingen op de waarde van deelnemingen in het kapitaal van in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen, zoals is voorzien in § 2a, leden 1, punt 3, sub a, en 2, EStG, een beperking van de vrijheid van vestiging vormt.

23. Een dergelijke beperking is slechts toelaatbaar wanneer er een met het Verdrag verenigbaar doel mee wordt nagestreefd en wanneer ze gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Daarenboven moet in een dergelijk geval de beperking geschikt zijn om het aldus nagestreefde doel te verwezenlijken en mag ze niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.(11)

B – *Rechtvaardiging van de betrokken regeling*

24. Ter ondersteuning van de litigieuze maatregel voert de Duitse regering tal van juridische argumenten aan op basis van politieke overwegingen (streven naar een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.), ethische overwegingen (gevaar van fraude door dubbele verrekening van het verlies en gevaar van belastingontwijking), administratieve overwegingen (garantie voor doeltreffendheid van controles), systemische overwegingen (noodzaak van behoud van uniformiteit van het belastingstelsel) en economische overwegingen (gevaar van inkomstenderving). Zij meent dat haar argumenten steun vinden in het reeds aangehaalde arrest Marks & Spencer. Daarom begin ik de bespreking van de rechtvaardigingsgronden met een toelichting bij deze rechtspraak.

1. Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten

25. In het arrest Marks & Spencer heeft het Hof voor het eerst erkend dat bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een fiscale wettelijke regeling met de fundamentele vrijheden rekening moet worden gehouden met het beginsel van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.(12) Maar het heeft daarbij ook zorgvuldig de voorwaarden voor de toepassing van dit beginsel omschreven.

26. Een dergelijk vereiste is slechts relevant in het stadium van de rechtvaardiging van de betrokken beperkende maatregel. De Duitse regering kan het dus niet aanvoeren bij de bespreking van een beperking van de vrijheid van vestiging. Bovendien is deze rechtvaardiging op communautair niveau zo belangrijk dat een zorgvuldige omschrijving geboden is.

27. Dienaangaande lijkt de Duitse regering toe te geven dat dit vereiste bepaalde vormen van discriminatie van de werkingssfeer van de vrijheden van verkeer zou kunnen uitsluiten. Zij steunt haar betoog immers op een *symmetriereg*el volgens welke er symmetrie moet zijn tussen het recht om de winst van een vennootschap te belasten en de plicht om het verlies van die vennootschap te verrekenen. Aangezien winst en verlies fiscaal gezien de twee zijden van dezelfde medaille zijn, zijn de Duitse belastingautoriteiten niet verplicht, het verlies uit de activiteit van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap te verrekenen bij de fiscale behandeling van de op het Duitse grondgebied gevestigde moedervennootschap, omdat zij niet het recht hebben, de winst van die dochtervennootschap te belasten. Alleen bij toepassing van een dergelijke verdelingsregel is het mogelijk de fiscale soevereiniteit van de lidstaten en de regels van het internationale belastingrecht te eerbiedigen.

28. Deze definitie van het vereiste van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid kan niet worden aanvaard. Zo gezien is er immers geen wezenlijk verschil met een zuiver economische rechtvaardiging. Een dergelijke uitlegging zou een lidstaat toelaten, een vennootschap stelselmatig een belastingvoordeel te weigeren op de grond dat zij een grensoverschrijdende economische activiteit heeft ontplooid die niet bedoeld is om belastinginkomsten voor deze lidstaat voort te brengen. Het Hof heeft de rechtvaardiging, aldus uitgelegd, trouwens al uitdrukkelijk verworpen in het reeds aangehaalde arrest Marks & Spencer, waarin het met betrekking tot deze rechtvaardigingsgrond heeft 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.(13)

29. Uiteraard moet rekening worden gehouden met het beginsel dat het de lidstaten vrijstaat, hun belastingstelsel te organiseren en hun heffingsbevoegdheid onderling te verdelen.(14) Toch leggen de fundamentele vrijheden de lidstaten ontegenzeggelijk ook een aantal beperkingen op bij de uitoefening van hun bevoegdheden ter zake. Deze beperkingen bestaan hoofdzakelijk in de verplichting om belastingplichtigen die een grensoverschrijdende activiteit uitoefenen, niet te benadelen ten opzichte van nationale belastingplichtigen, ook al leidt dit voor de betrokken lidstaat tot minder belastinginkomsten.

30. Deze zienswijze heeft het Hof onder meer in het reeds aangehaalde arrest Bosal bevestigd. In deze zaak heeft het Hof geoordeeld dat het Verdrag zich verzet tegen een nationale bepaling op grond waarvan de kosten die verband houden met de deelneming van een Nederlandse moedervennootschap in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap, alleen aftrekbaar zijn op voorwaarde dat dergelijke kosten middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst. Deze oplossing werd betwist op de grond dat zij het beginsel van een eerlijke verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten schond. Aangezien de door de Nederlandse moedervennootschap betaalde kosten *economisch* verband hielden met de winst die haar in een andere lidstaat gevestigde

dochtervennootschap behaalde, zou het *juridisch* coherenter zijn geweest, deze kosten te kwalificeren als buitenlandse uitgaven die slechts verrekenbaar zijn in de staat waar de winst is gemaakt.⁽¹⁵⁾ Bij deze kwalificatie wordt echter onvoldoende rekening gehouden met de situatie van de gemeenschapsonderdaan die actief is in het kader van de uitgebreide interne markt. Die situatie mag niet verschillend worden beoordeeld naargelang van de staat waar belasting wordt geheven, maar moet in haar geheel worden beoordeeld. Uit dat oogpunt is het vanzelfsprekend dat een verschillende fiscale behandeling van moedervernootschappen naargelang zij dochtervennootschappen in het buitenland hebben, niet kan worden gerechtvaardigd door het feit dat zij economische middelen hebben overgebracht naar een deel van het grondgebied van de Europese Unie waar de betrokken staat zijn fiscale bevoegdheid niet kan uitoefenen. Een andere beoordeling zou bij gebreke van gemeenschappelijke regels ter zake ertoe leiden dat de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheden in feite worden ontkracht.

31. Mocht de door de Duitse regering aangevoerde symmetrieregeling in fiscale zaken worden aanvaard, dan zie ik bovendien niet in waarom die niet zou worden uitgebreid tot andere gebieden die door de vrijheden van verkeer worden geraakt. Zoals men zich zou kunnen beroepen op het beginsel van verdeling van de heffingsbevoegdheid, zou men dus ook in het algemeen een beginsel van verdeling van de regelgevende bevoegdheid kunnen aanvoeren. Volgens dat beginsel zou een lidstaat kunnen weigeren, rekening te houden met grensoverschrijdende economische situaties die zijn regelgevende vrijheid kunnen aantasten. Zo zou bijvoorbeeld aan goederen die onder de door een andere lidstaat opgelegde voorwaarden zijn geproduceerd, de toegang tot een nationale markt kunnen worden geweigerd op de grond dat zij niet aan de daar geldende wettelijke voorwaarden voldoen. Hierdoor zou de vrijheid van goederenverkeer dus worden beperkt tot een zuiver formele non-discriminatieregeling, volgens welke alleen de onder de regeling van de betrokken staat vallende goederen gelijk moeten worden behandeld. Dat resultaat zou geheel strijdig zijn met de vaste rechtspraak van het Hof ter zake.⁽¹⁶⁾

32. Dat kan bijgevolg niet de strekking zijn die op communautair niveau aan het rechtmatige vereiste van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid moet worden gegeven. In het arrest Marks & Spencer heeft het Hof weliswaar een op dat vereiste gebaseerde rechtvaardigingsgrond aanvaard, maar dan enkel in samenhang met het gevaar van misbruik of fraude dat in een aantal gevallen kan ontstaan uit een slechte coördinatie van de fiscale bevoegdheden van de lidstaten. Bij gebreke van een harmonisatie van de belastingwetgevingen valt te vrezen dat de uitoefening van de vrijheden van verkeer aanleiding kan geven tot een ware „handel in verlies” op communautair niveau. Het Hof heeft in dat arrest dienaangaande opgemerkt: „Indien een vennootschap de mogelijkheid zou worden geboden, te opteren voor verrekening van haar verlies in de lidstaat waar ze gevestigd is, dan wel in een andere lidstaat, zou een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten groot gevaar lopen, aangezien de belastinggrondslag in de eerste staat zou worden vermeerderd en in de tweede zou worden verminderd met het bedrag van het overgedragen verlies.”⁽¹⁷⁾ Hierdoor zouden de marktdeelnemers de overdracht van hun verlies zo kunnen organiseren dat het verlies wordt overgedragen aan vennootschappen in de lidstaten waar het belastingtarief het hoogst is, en waar de fiscale waarde van het verlies dus het grootst is. Een dergelijke situatie zou de neutraliteit waaraan het gemeenschapsrecht ten aanzien van nationale fiscale regelingen is gehouden, in gevaar kunnen brengen.⁽¹⁸⁾

33. Volgens dat neutraliteitsbeginsel kunnen marktdeelnemers het recht van vestiging niet gebruiken om daaruit voordelen te behalen die geen verband houden met de uitoefening van de vrijheden van verkeer. Dit zou wel het geval zijn indien activiteiten alleen om fiscale redenen in de Gemeenschap worden verplaatst zonder dat de wil bestaat om zich echt te vestigen en zich in de economie van de lidstaat van ontvangst te integreren, uitsluitend om misbruik te plegen door zich aan de nationale wettelijke voorschriften te onttrekken of door de verschillen tussen deze

voorschriften op gekunstelde wijze te exploiteren.(19) Wanneer een dergelijk gevaar van misbruik bestaat, kan het – zoals het Hof in het arrest Marks & Spencer heeft verklaard – noodzakelijk zijn op de bedrijfsactiviteiten van de in een van deze lidstaten gevestigde vennootschappen zowel ter zake van winst als ter zake van verlies uitsluitend de fiscale regels van die lidstaat toe te passen.(20) Dat is naar mijn mening de echte betekenis van het vereiste van de verdeling van de heffingsbevoegdheid op communautair niveau.

34. Vervolgens moet worden aangetoond dat een dergelijk gevaar bestaat. Daarom is het Hof er in datzelfde arrest van uitgegaan dat de rechtvaardigingsgrond die is gebaseerd op het behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, niet los kan worden gezien van twee andere rechtvaardigingsgronden: het gevaar van dubbele verrekening van het verlies en het gevaar van belastingontwijking. Het is slechts gelet op deze drie rechtvaardigingsgronden „samen beschouwd”(21) dat het Hof heeft erkend dat de litigieuze beperkende regeling gerechtvaardigd kon zijn.

35. Daarom moet, zoals de Duitse regering stelt, worden nagegaan of in casu het gevaar bestaat dat het verlies tweemaal wordt verrekend en dat belasting wordt ontweken.

2. Gevaar van dubbele verrekening van het verlies

36. De Duitse regering verklaart dat de litigieuze regeling, zoals de regeling in de zaak Marks & Spencer, noodzakelijk was om te voorkomen dat een vennootschap verschillende belastingvoordelen kan genieten doordat in het buitenland geleden verlies tweemaal wordt verrekend.

37. Dat argument is in casu niet relevant. Het verlies waar het in deze zaak om gaat, is immers geen verlies, zoals in de zaak Marks & Spencer, dat in het buitenland door onafhankelijke dochtervennootschappen is geleden en vervolgens is overgedragen op de winst van de moedervennootschap. Het gaat om een verlies dat voor de moedervennootschap is ontstaan als gevolg van de waardevermindering van haar deelnemingen in buitenlandse dochtervennootschappen. Dat verlies mag niet worden verward met het verlies van deze dochtervennootschappen zelf. Deze twee soorten van verlies worden fiscaal afzonderlijk behandeld. Derhalve kan niet worden aangenomen dat er gevaar van dubbele verrekening van *hetzelfde* verlies bestaat wanneer een moedervennootschap een dergelijk verlies kan aftrekken.

38. Zelfs indien wordt aangenomen dat er, zoals de Duitse regering stelt, een economisch verband tussen deze twee soorten van verlies bestaat, zodat de afzonderlijke verrekening van het verlies van de dochtervennootschappen en van de moedervennootschap als een „dubbele verrekening van verlies” zou worden beschouwd, blijkt in casu niet dat die dubbele verrekening specifiek verband houdt met een verplaatsing van de activiteit naar een andere lidstaat. Het vermeende „dubbele voordeel” is immers niet weggelegd voor vennootschappen met grensoverschrijdende activiteiten. Een moedervennootschap met dochtervennootschappen in Duitsland zou de afschrijving op de actuele waarde van haar deelnemingen in deze dochterondernemingen van haar belastbare winst kunnen aftrekken zonder dat de dochtervennootschappen daardoor het recht verliezen, hun eigen verlies in het kader van hun belastingaanslag in Duitsland te verrekenen. Dit dubbele gebruik van verlies houdt dus helemaal geen verband met de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en kan geen rechtvaardiging vormen voor een beperking van de vrijheid van vestiging.

3. Gevaar van belastingontwijking

39. Dienaangaande voert de Duitse regering in wezen twee argumenten aan. In de eerste plaats stelt zij dat er bij Duitse vennootschappen een trend is om bepaalde soorten bedrijfsactiviteiten te

verplaatsen naar buiten het Duitse grondgebied en buiten de controle van de Duitse belastingautoriteiten. In de tweede plaats merkt zij op dat deze regeling eigenlijk een reactie was op het gedrag van een aantal vennootschappen, in het bijzonder in de toeristische sector, die typisch verliesgevende activiteiten naar andere lidstaten verplaatsen uitsluitend om hun belastbare winst te verlagen. Een dergelijke regeling is dus noodzakelijk om te voorkomen dat kunstmatige constructies worden opgezet.

40. Wat het eerste argument betreft, behoeft slechts eraan te worden herinnerd dat niet elke verplaatsing van een activiteit naar buiten het grondgebied van een lidstaat in se belastingontwijking is. Dat de verplaatsing van een bedrijfsactiviteit naar buiten het grondgebied van een lidstaat tot een verlies van belastinginkomsten voor die staat kan leiden, lijdt geen twijfel. Daarom kan men echter nog niet stellen dat dit verlies ontstaat uit belastingontwijking. In dat geval is het gewoon een gevolg van de uitoefening van de rechten die voortvloeien uit de door het Verdrag gegarandeerde vrijheden. Het feit dat een vennootschap deelnemingen heeft in dochtervennootschappen die in andere lidstaten zijn gevestigd, rechtvaardigt niet het algemene vermoeden dat er sprake is van belastingontwijking of –ontduiking en rechtvaardigt evenmin een beperkende belastingmaatregel.(22)

41. Wat het tweede argument betreft, is het feit dat de Duitse belastingadministratie vaststelt dat in een bepaalde economische sector, zoals die van het toerisme, buitenlandse dochtervennootschappen van in Duitsland gevestigde vennootschappen aanhoudend aanzienlijk verlies lijden, onvoldoende als bewijs dat er sprake is van kunstmatige constructies. Zelfs wanneer het gevaar van belastingontwijking is erkend, moet nog worden nagegaan of de betrokken maatregel niet verder gaat dan nodig is om het nagestreefde doel te bereiken.(23) Een regeling die, zoals in casu, *in het algemeen* ziet op elke situatie waarin dochtervennootschappen van een groep om de een of andere reden in andere lidstaten zijn gevestigd, kan echter niet, zonder dat zij verder gaat dan nodig is voor het bereiken van het doel dat ermee wordt nagestreefd, worden beschouwd als gerechtvaardigd door het gevaar van belastingontwijking. Dat blijkt duidelijk uit vaste rechtspraak.(24)

42. Overigens heeft de Duitse regering voor het Hof niet aangetoond in hoeverre een dergelijk gevaar in het bijzonder de oprichting van dochtervennootschappen in het buitenland en niet die van binnenlandse dochtervennootschappen betreft. Vermoedelijk heeft de Duitse regering met dit argument ook de aandacht willen vestigen op de grenzen van haar controlebevoegdheden bij grensoverschrijdende activiteiten.

4. Doeltreffendheid van belastingcontroles

43. Volgens de Duitse regering hebben de nationale belastingautoriteiten immers slechts zeer beperkte mogelijkheden om activiteiten in het buitenland te controleren. Door toepassing van het territorialiteitsbeginsel, waarbij de buitenlandse negatieve inkomsten niet worden meegerekend in de belastbare winst van ingezeten vennootschappen, kunnen de belastingautoriteiten gemakkelijker controles uitvoeren.

44. Dit argument faalt. Het Hof heeft weliswaar meermaals geoordeeld dat de doeltreffendheid van de belastingcontroles een rechtvaardiging kan zijn voor een regeling die tot een beperking van de fundamentele vrijheden leidt.(25) Hieruit volgt dat een lidstaat maatregelen kan toepassen die een duidelijke en nauwkeurige controle mogelijk maken van het bedrag van de in deze staat aftrekbare lasten uit deelnemingen in het kapitaal van buitenlandse dochtervennootschappen. Deze doelstelling kan echter niet rechtvaardigen dat een staat voor deze aftrek verschillende voorwaarden stelt naargelang de dochtervennootschappen waarin de deelnemingen worden gehouden, op zijn grondgebied dan wel in andere lidstaten zijn gevestigd.

45. Dienaangaande moet ik erop wijzen dat de lidstaten op grond 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 over instrumenten voor een versterkte samenwerking beschikken.(26) Ingevolge deze bepalingen hebben de bevoegde autoriteiten van een lidstaat de mogelijkheid om aan de bevoegde autoriteiten van een andere lidstaat alle inlichtingen te vragen die hen in staat stellen, de vennootschapsbelasting correct te berekenen.

46. De Duitse regering stelt dat de controle op buitenlandse activiteiten, zelfs bij een vruchtbare samenwerking met de autoriteiten van een andere lidstaat, vaak zeer moeilijk blijft en dat de kans om onjuiste aangiften aan het licht te brengen veel kleiner is. Evenwel zij opgemerkt dat de mogelijkheden die richtlijn 77/799 biedt om de nodige inlichtingen te verkrijgen, vergelijkbaar zijn met de mogelijkheden die tussen de belastingdiensten op nationaal vlak bestaan.(27) Ik voeg daaraan toe dat in het kader van de totstandbrenging van de interne markt de betrekkingen tussen belastingadministraties van de lidstaten op het beginsel van wederzijds vertrouwen(28) moeten berusten en dat men dus niet moet denken dat de nationale belastingadministraties er belang bij hebben, op hun grondgebied met het recht van de bevoegde staat strijdige belastingssituaties te gedogen. Bovendien belet niets de betrokken belastingautoriteiten om aan de belastingplichtige zelf de inlichtingen te vragen die zij noodzakelijk achten voor de beoordeling van de vraag of de gevraagde fiscale aftrek al dan niet kan worden verleend.(29)

47. Verbazend is in elk geval dat de Duitse regering zich dienaangaande beroept op het fiscale territorialiteitsbeginsel, hoewel naar Duits recht de algemene regel is dat vennootschappen worden belast over hun wereldwijde winst.

5. Behoud van de uniformiteit van het belastingstelsel

48. De Duitse regering stelt in wezen dat de litigieuze regeling een logisch onderdeel is van haar fiscaal beleid. Door in gevallen als het onderhavige de buitenlandse negatieve inkomsten niet te verrekenen, kan zij een zo uniform mogelijke fiscale behandeling waarborgen. Zij voert ter rechtvaardiging twee argumenten aan: eerbiediging van het territorialiteitsbeginsel en vrijwaring van de „belastingssystematiek”.

49. Het fiscale territorialiteitsbeginsel is door het Hof erkend in het reeds aangehaalde arrest Futura Participations en Singer. Overeenkomstig dat beginsel kan de betrokken staat op zijn grondgebied gevestigde moedervenootschappen belasten over hun wereldwijde winst en niet-ingezeten dochtervenootschappen alleen belasten over de winst uit hun activiteit in deze staat.(30) Maar een dergelijk beginsel rechtvaardigt niet dat een voordeel wordt geweigerd aan een ingezeten moedervernootschap op de grond dat de winst van haar niet-ingezeten dochtervenootschappen niet kan worden belast.(31) Dit beginsel dient om er bij de toepassing van het gemeenschapsrecht voor te zorgen dat rekening wordt gehouden met de grenzen van de fiscale bevoegdheden van de lidstaten. In de zaak Futura Participations en Singer kon de betrokken lidstaat niet worden verplicht, het buitenlandse verlies te verrekenen omdat dat verlies verband hield met buitenlandse inkomsten van niet-ingezeten belastingplichtigen. In casu ligt het anders. De toekenning van het voordeel heeft niet tot gevolg dat afbreuk wordt gedaan aan de uitoefening van een concurrerende fiscale bevoegdheid. Het gaat om in Duitsland gevestigde moedervernootschappen die daar om die reden onbeperkt belastingplichtig zijn. Niets rechtvaardigt bijgevolg de weigering van het betrokken voordeel.

50. De „belastingssystematiek” verwijst naar het in de rechtspraak van het Hof beter bekende begrip „samenhang van het belastingstelsel”.(32) De Duitse regering voert dienaangaande aan dat ingevolge de met een groot aantal lidstaten gesloten dubbelebelastingverdragen de dividenden die worden uitgekeerd door in deze lidstaten gevestigde dochtervenootschappen, in Duitsland van

belasting zijn vrijgesteld. In die omstandigheden meent de Duitse regering dat het logisch en coherent is dat er aan de ingezeten moedervernootschap geen voordeel wegens een verlies van haar dochtervernootschappen wordt toegekend. Een dergelijk voordeel zou volgens haar alleen mogen worden toegekend wanneer de winst van die dochtervernootschappen, bij gebreke van een bilateraal verdrag met een vrijstellingsclausule, in Duitsland kan worden belast.

51. Ik deel die mening niet. De belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belasting kunnen de vastgestelde nadelige behandeling niet wegwerken, want naar Duits recht wordt het verlies als dat in het hoofdgeding, altijd verrekend wanneer de dochtervernootschap een „actieve activiteit” in de zin van § 2a, lid 2, EStG uitoefent. In dit geval komen de eventueel door deze dochtervernootschap uitgekeerde dividenden echter evengoed in aanmerking voor een belastingvrijstelling op grond van deze verdragen. Er bestaat dus geen enkel rechtstreeks verband tussen de toekenning van het litigieuze voordeel aan de moedervernootschap en de vrijstelling van de door haar dochtervernootschap uitgekeerde dividenden. Derhalve kan er met de op basis van een dubbelebelastingverdrag verzekerde fiscale samenhang geen rekening worden gehouden bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de litigieuze bepaling met het gemeenschapsrecht.(33)

6. Economische gevolgen

52. Volgens de Duitse regering is een aanzienlijk inkomstenverlies voor de nationale begroting te verwachten wanneer de litigieuze regeling ter discussie wordt gesteld. Zij erkent dat een vermindering van de belastinginkomsten volgens vaste rechtspraak geen dwingende reden van algemeen belang is waarop een lidstaat zich kan beroepen ter rechtvaardiging van een maatregel die in beginsel een fundamentele vrijheid schendt.(34) Zij stelt het Hof echter voor deze rechtspraak te heroverwegen omdat belastinginkomsten de belangrijkste bron van inkomsten zijn voor de lidstaten en voor de Gemeenschap.

53. Overwegingen van die aard kunnen als legitiem worden beschouwd. Het is inderdaad zo dat de toepassing van de gemeenschapsregels op bepaalde nationale belastingregelingen soms aanzienlijke financiële gevolgen kan hebben. In bepaalde gevallen kunnen deze gevolgen zelfs schadelijk zijn voor het evenwicht van de overheidsfinanciën.

54. Maar het is wel aan de betrokken lidstaat om het bestaan van die gevolgen in elk concreet geval aan te tonen en, indien dat kan worden aangetoond, is het niet bij de rechtvaardiging van de beperkende maatregel, maar bij de inschatting van de gevolgen van de door het Hof gegeven beslissing dat er rekening mee moet worden gehouden. Bovendien kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden besloten tot een beperking van de werking van een arrest van het Hof in de tijd, namelijk wanneer de betrokken staat kan aantonen dat er gevaar bestaat voor ernstige economische gevolgen en hij op goede grond kon aannemen dat zijn gedrag verenigbaar was met het gemeenschapsrecht.(35)

55. Mijns inziens is het niet raadzaam dat het Hof deze overwegingen opneemt in de lijst van rechtvaardigingsgronden voor afwijkingen van de fundamentele beginselen van het Verdrag. Indien de lidstaten van mening zijn dat economische overwegingen een rechtvaardiging moeten kunnen vormen voor belastingmaatregelen die de vrijheden van verkeer belemmeren, dan zijn alleen zij bevoegd om dat in het Verdrag op te nemen. Om de volgende drie redenen is het niet aan het Hof om daartoe het initiatief te nemen.

56. De eerste reden is van praktische aard. Indien men een dergelijke economische rechtvaardiging toestaat, zou eerst moeten worden bepaald in welke aangelegenheden zij dient te worden toegestaan. Moet ze beperkt blijven tot het fiscale domein of moet ze tot andere economische en sociale aangelegenheden worden uitgebreid? Vervolgens moeten de parameters

en variabelen worden vastgesteld om de financiële gevolgen van de toepassing van de gemeenschapsregelingen te kunnen beoordelen. Het is duidelijk dat het Hof, gelet op met name de economische en fiscale *heterogeniteit* van de lidstaten in de Unie, zeer slecht is toegerust voor een dergelijke evaluatie. Ik vrees dan ook dat wanneer een dergelijke rechtvaardiging wordt toegestaan bij gebreke van bij het Verdrag vastgestelde duidelijke regels, moeilijkheden zullen ontstaan die zelfs de legitimiteit van het Hof zouden kunnen beïnvloeden.

57. De tweede reden houdt verband met het effect dat deze rechtvaardiging zou hebben. Wanneer bij de rechtvaardiging van een beperking van de fundamentele vrijheden rekening zou moeten worden gehouden met inkomstendervingen van een zekere omvang, valt te vrezen dat zware en massale schendingen van het gemeenschapsrecht in de hand worden gewerkt. Hoe aanhoudender de schending en hoe hoger de kosten voor een herstel van de communautaire wettigheid, des te eenvoudiger zou het zijn om deze rechtvaardiging te doen aanvaarden.

58. Ten slotte is het sinds de oprichting van de Gemeenschap duidelijk dat de totstandbrenging van een interne markt, met de daarmee gepaard gaande afschaffing van allerlei handelsbelemmeringen, voor de lidstaten kan impliceren dat bepaalde inkomstenbronnen wegvallen. Daartegenover staat echter dat de lidstaten ook profiteren van de groei van de economie in het kader van de uitgebreide interne markt.

59. De Duitse regering voegt daar nog een rechtvaardiging aan toe die is ingegeven door de actuele gebeurtenissen. Volgens haar is het tegenwoordig des te legitiemer om met economische gevolgen rekening te houden daar de lidstaten zich ingevolge het stabiliteits- en groeipact⁽³⁶⁾ aan een strenge begrotingsdiscipline moeten houden. Dit argument is echter in strijd met zowel de letter van het Verdrag als de geest waarin het pact tot stand is gekomen. Ik herinner er ten eerste aan dat ingevolge artikel 4 EG de nauwe coördinatie van het economische beleid van de lidstaten tot stand moet worden gebracht met eerbiediging van het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging. Ten tweede is een uitlegging volgens welke de toepassing van het pact hinderpalen voor de totstandkoming van de interne markt zou opwerpen, strijdig met de strekking zelf van het pact, dat uitdrukkelijk op de goede werking van de Economische en Monetaire Unie en aldus op de voltooiing van de interne markt is gericht.

60. Uit deze analyse volgt dat alle redenen die de Duitse regering heeft aangevoerd om de litigieuze maatregel te rechtvaardigen, moeten worden afgewezen. Vaststaat dat de Duitse wetgever de litigieuze regeling voornamelijk heeft vastgesteld om de economie van het land te bevorderen door investeringen in vennootschappen die hun zetel in andere lidstaten hebben, te ontmoedigen. Zoals in de verwijzingsbeschikking wordt opgemerkt, zou een uitzondering op het verbod van aftrekbaarheid voor dit soort investeringen slechts gelden voor activiteiten die van belang zijn voor de Duitse economie. Uit de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling blijkt dus dat de Duitse wetgever bewust ervoor heeft gekozen, grensoverschrijdende situaties te benadelen ter bevordering van een zuiver economisch doel en ten koste van de fundamentele vereisten van de interne markt.⁽³⁷⁾

C – Uitlegging van de bepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal

61. Aangezien de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging zich verzetten tegen de toepassing van de betrokken regeling in omstandigheden als die in het onderhavige geval, is het voor de beslechting van het hoofdgeding niet nodig te onderzoeken of ook de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal zich daartegen verzetten.

62. Toch blijken bepaalde onder de litigieuze bepaling van deze regeling vallende situaties te kunnen worden onttrokken aan de toepassing van de regels betreffende de vrijheid van vestiging. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een vennootschap deelnemingen in een vennootschap in

een andere lidstaat heeft zonder dat zij controle of invloed op die vennootschap uitoefent.(38) Daarom is het misschien toch nuttig subsidiair te onderzoeken of artikel 56, lid 1, EG, dat alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten verbiedt, toepassing kan vinden.

63. In het Verdrag wordt het begrip „kapitaalverkeer” niet gedefinieerd. Maar het is vaste rechtspraak dat, aangezien artikel 56 EG in wezen hetzelfde bepaalt als artikel 1 van richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag(39), de als bijlage bij deze richtlijn gevoegde nomenclatuur van het kapitaalverkeer de indicatieve waarde behoudt die zij vóór de inwerkingtreding van het genoemde artikel voor de definitie van het begrip kapitaalverkeer bezat.(40)

64. Deelneming in nieuwe of bestaande ondernemingen teneinde duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven is onder rubriek I, punt 2, van deze nomenclatuur opgenomen. Hieruit volgt dat de deelnemingen waarop de in de betrokken regeling bedoelde afschrijvingen zijn verricht, kapitaalverkeer zijn en dus onder de bepalingen van het Verdrag betreffende het vrije verkeer vallen.

65. Er moet dus wel degelijk worden onderzocht of een regeling als die in het hoofdgeding, een beperking van het kapitaalverkeer vormt.

66. Uit de rechtspraak blijkt niet dat deze regeling moet worden beoordeeld volgens andere criteria dan die welke gelden inzake de vrijheid van vestiging. Het effect van de Duitse belastingregeling is duidelijk dat Duitse vennootschappen ervan worden afgeschrikt, hun kapitaal te beleggen in bepaalde vennootschappen die in een andere lidstaat gevestigd zijn.(41) Een dergelijke regeling heeft ook een beperkende werking ten aanzien van deze in andere lidstaten gevestigde vennootschappen omdat zij voor hen een belemmering vormt om kapitaal in Duitsland aan te trekken, aangezien de verliezen die zij bij de Duitse investeerders kunnen veroorzaken, geen recht geven op dezelfde voordelen als investeringen die in Duitsland zijn gedaan.

67. Hieruit volgt dat deze regeling in beginsel een beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormt. Aangezien de rechtvaardigingen die de betrokken lidstaat voor zijn regeling zou kunnen aanvoeren, in wezen dezelfde zijn als die welke zijn aangevoerd in het kader van de uitlegging van de voorschriften inzake de vrijheid van vestiging, kunnen zij niet worden aanvaard.

III – Conclusie

68. Mitsdien geef ik het Hof in overweging te verklaren voor recht dat de artikelen 43 EG, 48 EG en 56 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan de regeling van een lidstaat waarbij de fiscale aftrek is uitgesloten van het verlies van een moedervernootschap uit afschrijvingen op de waarde van deelnemingen in dochtervennootschappen die in andere lidstaten zijn gevestigd, terwijl een dergelijk verlies onbeperkt aftrekbaar is indien het is ontstaan uit afschrijvingen op de waarde van deelnemingen in dochtervennootschappen die in dezelfde lidstaat als de moedervernootschap zijn gevestigd.

1 – Oorspronkelijke taal: Portugees.

2 – Zie in die zin arresten van 18 september 2003, Bosal (C-168/01, Jurispr. blz. I-9409) en 23 februari 2006, Keller Holding (C-471/04, Jurispr. blz. I-2107), alsmede, inzake het inkomstenverlies van natuurlijke personen, arrest van 21 februari 2006, Ritter-Coulais (C-152/03, Jurispr. blz. I-1711).

3 – Arrest van 13 december 2005 (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837).

- 4 – Zie met name arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35).
- 5 – Arrest van 13 april 2000 (C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 22). Zie ook arrest van 21 november 2002, X en Y (C-436/00, Jurispr. blz. I-10829, punt 37).
- 6 – Arrest van 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 21).
- 7 – Zie reeds aangehaald arrest Marks & Spencer, punt 29, dat de formulering van punt 37 van het arrest van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727) overneemt.
- 8 – Zie in dezelfde zin arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 32.
- 9 – Zie in die zin arrest Bosal, reeds aangehaald, punt 27.
- 10 – Ibidem, punt 39.
- 11 – Zie in die zin arrest van 11 maart 2004, De Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Jurispr. blz. I-2409, punt 49).
- 12 – Punt 46.
- 13 – Arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 44, overeenkomstig de vaste rechtspraak die onder meer is aangehaald in het arrest van 7 september 2004, Manninen (C-319/02, Jurispr. blz. I-7477, punt 49).
- 14 – Zie met name arrest van 21 maart 2002, Cura Anlagen (C-451/99, Jurispr. blz. I-3193, punt 40).
- 15 – Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 23 februari 2006 in de zaak *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, nog aanhangig, punten 62 en 63). Zie ook Weber, D., „The *Bosal Holding* Case: Analysis and Critique”, *EC Tax Review*, 2003-4, blz. 220, en Wattel, P. J., „Red Herrings in Direct Tax Cases before the ECJ”, *Legal Issues of Economic Integration*, 2004, nr. 2, blz. 81- 95, in het bijzonder blz. 89 en 90.
- 16 – Zie dienaangaande arrest van 20 februari 1979, Rewe-Zentral, „Cassis de Dijon” (120/78, Jurispr. blz. 649).
- 17 – Punt 46.
- 18 – Zie dienaangaande mijn conclusie in de zaak Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 67.
- 19 – Zie in dezelfde zin conclusie van advocaat-generaal Léger van 2 mei 2006 in de zaak *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, nog aanhangig).
- 20 – Punt 45.
- 21 – Punt 51.
- 22 – Zie in dezelfde zin arrest X en Y, reeds aangehaald, punt 62.
- 23 – Arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 53.

24 – Zie arrest ICI, reeds aangehaald, punt 26.

25 – Arresten van 15 mei 1997, Futura Participations en Singer (C?250/95, Jurispr. blz. I?2471) en 28 oktober 1999, Vestergaard (C?55/98, Jurispr. blz. I?7641, punt 23).

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

27 – Arrest van 14 februari 1995, Schumacker (C?279/93, Jurispr. blz. I?225, punt 45).

28 – Zie, mutatis mutandis, inzake het wederzijdse vertrouwen waarvan de lidstaten op het gebied van de controles op hun respectieve grondgebieden blijf moeten geven, arrest van 23 mei 1996, Hedley Lomas (C?5/94, Jurispr. blz. I?2553, punt 19). Zie eveneens, in de context van de strafrechtelijke stelsels van de lidstaten, arrest van 11 februari 2003, Gözütok en Brügge (C?187/01 en C?385/01, Jurispr. blz. I?1345, punt 33).

29 – Arrest Vestergaard, reeds aangehaald, punt 26 en de daar aangehaalde rechtspraak.

30 – Arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 39.

31 – Ibidem, punt 40.

32 – Zie met name arrest Manninen, reeds aangehaald, punten 42 en 43.

33 – Zie met name arrest van 11 augustus 1995, Wielockx (C?80/94, Jurispr. blz. I?2493, punten 24 en 25).

34 – Zie, in het algemeen, arrest van 7 februari 1984, Duphar e.a. (238/82, Jurispr. blz. 523, punt 23), alsmede de conclusie van advocaat-generaal Mancini in deze zaak, en meer in het bijzonder, op fiscaal gebied, arrest van 6 juni 2000, Verkooijen (C?35/98, Jurispr. blz. I?4071, punt 48), en arrest Manninen, reeds aangehaald, punt 49. Toch komt het voor dat de economische aspecten van een regeling in aanmerking worden genomen, wanneer zij onlosmakelijk verbonden zijn met andere, legitiem geachte doelstellingen. Dit blijkt in het bijzonder uit het arrest van 10 juli 1984, Campus Oil e.a. (72/83, Jurispr. blz. 2727), waarin het Hof heeft erkend dat een nationale regeling waardoor de importeurs van aardolieproducten verplicht zijn om zich tot een bepaald percentage van hun behoeften bij een op het nationale grondgebied gevestigde raffinaderij te bevoorraden, gerechtvaardigd kan zijn, omdat zij het essentiële doel van een veilige energievoorziening dient, dat verder gaat dan overwegingen van zuiver economische aard (punten 34 en 35). Het Hof is eveneens van mening dat het Verdrag de lidstaten toestaat, de vrije dienstverrichting van artsen en ziekenhuizen te beperken, voor zover de instandhouding van een verzorgingsmogelijkheid of medische deskundigheid op het nationale grondgebied essentieel is voor de gezondheid of zelfs het overleven van de bevolking (arrest van 28 april 1998, Kohll, C?158/96, Jurispr. blz. I?1931, punt 51). Op het gebied van het Europese burgerschap gaat de rechtspraak in dezelfde richting. Het Hof erkent dat de uitoefening van het verblijfsrecht van de burgers van de Unie ondergeschikt kan worden gemaakt aan de „legitieme belangen” van de lidstaten met betrekking tot de bescherming van hun bijstandsstelsel (zie arrest van 17 september 2002, Baumbast en R, C?413/99, Jurispr. blz. I?7091, punten 87 en 90). Wanneer echter blijkt dat de beperkende maatregel in de eerste plaats een budgettair doel heeft, te weten de vermindering van de werkingskosten van een ziektekostenverzekering, zonder dat het financiële evenwicht van dit stelsel in gevaar is, aarzelt het Hof niet om die maatregel te veroordelen (zie arrest Duphar e.a., reeds aangehaald, punten 16 en 23). Uit deze rechtspraak volgt dat lidstaten zich op goede grond kunnen beroepen op economische of financiële overwegingen wanneer de instandhouding van

een essentiële dienst van hun socialezekerheidsstelsel ernstig gevaar loopt, maar dat een zuiver economische doelstelling nooit een legitieme rechtvaardigingsgrond voor een beperking van een door het Verdrag gegarandeerde fundamentele vrijheid kan vormen.

35 – Arrest van 20 september 2001, Grzelczyk (C-184/99, Jurispr. blz. I-6193, punt 53).

36 – Het stabiliteits- en groeipact bestaat uit de resolutie van de Europese Raad van 17 juni 1997 (PB C 236, blz. 1), verordening (EG) nr. 1466/97 van de Raad van 7 juli 1997 over versterking van het toezicht op begrotingssituaties en het toezicht op en de coördinatie van het economisch beleid (PB L 209, blz. 1), en verordening (EG) nr. 1467/97 van de Raad van 7 juli 1997 over de bespoediging en verduidelijking van de tenuitvoerlegging van de procedure bij buitensporige tekorten (PB L 209, blz. 6). Deze verordeningen zijn recent gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1055/2005 respectievelijk verordening (EG) nr. 1056/2005 van de Raad van 27 juni 2005 (PB L 174, blz. 1 en 5).

37 – Zie in dezelfde zin arrest Verkooijen, reeds aangehaald, punten 47 en 48, en arrest van 5 juni 1997, SETTG (C-398/95, Jurispr. blz. I-3091, punten 22 en 23).

38 – Zie punt 14 van de onderhavige conclusie.

39 – PB L 178, blz. 5. Artikel 67 van het Verdrag is ingetrokken door het Verdrag van Amsterdam.

40 – Zie met name arrest van 16 maart 1999, Trummer en Mayer (C-222/97, Jurispr. blz. I-1661, punt 21).

41 – Zie, mutatis mutandis, reeds aangehaalde arresten Verkooijen, punt 34, en Manninen, punt 22.