

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 19 april 2012 (1)

Zaak C-18/11

The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs

tegen

Philips Electronics UK Ltd

[verzoek van de Upper Tribunal, Tax and Chancery Chamber (Verenigd Koninkrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Vrijheid van vestiging – Nationale belastingwetgeving – Vennootschapsbelasting – Groepsaftrek – Uitsluiting van overdracht van verliezen van de ingezeten vaste inrichting van een niet-ingezeten vennootschap naar een ingezeten vennootschap van hetzelfde consortium”

I – Inleiding

1. Voor de derde keer wordt de fiscale regeling van de groepsaftrek („group relief”) in het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland aan het Hof voorgelegd. Deze regeling maakt de overdracht van verliezen tussen verschillende vennootschappen binnen een groep of consortium mogelijk. Op deze wijze kunnen verliezen worden doorgeschoven, en wel naar die vennootschap waar ze fiscaal het meest „van pas” komen. Uitgangspunt is dat de groep of het consortium uiteindelijk fiscaal als één onderneming wordt behandeld.

2. Voor de derde keer wordt het Hof ook de vraag voorgelegd of de uitsluiting van bepaalde belastingplichtigen van deze regeling verenigbaar is met de vrijheid van vestiging. Het Hof heeft zich dienaangaande reeds beziggehouden met de uitsluiting van buitenlandse dochterondernemingen(2) en van binnenlandse houdstermaatschappijen die hoofdzakelijk buitenlandse dochterondernemingen controleren(3).

3. In de onderhavige zaak gaat het om een consortium waaraan door Britse en Nederlandse vennootschappen wordt deelgenomen. Het in het Verenigd Koninkrijk gevestigde filiaal van een Nederlandse vennootschap wil zijn verliezen aan een Britse vennootschap overdragen. De Britse belastingdienst wil dit niet toestaan, omdat de verliezen weliswaar in het Verenigd Koninkrijk zijn ontstaan, maar fiscaal ook in aanmerking kunnen worden genomen bij de Nederlandse hoofdvestiging van de vennootschap.

II – Rechtskader

4. In het Verenigd Koninkrijk wordt vennootschapsbelasting geheven. Voor de hier in het

geding zijnde periode 2001-2004 is de vennootschapsbelasting geregeld in de Income and Corporation Taxes Act 1988 (hierna: „ICTA”).

5. Vennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd, zijn over hun volledige winst vennootschapsbelasting verschuldigd. Vennootschappen met zetel buiten het Verenigd Koninkrijk zijn alleen vennootschapsbelasting verschuldigd over de winst die een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk behaalt.

6. Dit stemt overeen met het tussen het Verenigd Koninkrijk en het Koninkrijk der Nederlanden gesloten belastingverdrag, waarvan artikel 7 onder meer bepaalt:

„(1) De voordelen van een onderneming van een van de Staten zijn slechts in die Staat belastbaar, tenzij de onderneming in de andere Staat haar bedrijf uitoefent door middel van een aldaar gevestigde vaste inrichting. Indien de onderneming aldus haar bedrijf uitoefent, mogen de voordelen van de onderneming in de andere Staat worden belast, maar slechts in zoverre als zij aan die vaste inrichting kunnen worden toegerekend.”

7. Verliezen die in het Verenigd Koninkrijk zijn ontstaan, kunnen zowel door binnenlandse vennootschappen als door vaste inrichtingen van buitenlandse vennootschappen naar eerdere of latere belastingjaren worden overgedragen.

8. Daarnaast voorziet section 402(1) ICTA in een regeling voor de overdracht van verliezen tussen verschillende belastingplichtigen, de zogenoemde groepsaftrek:

„(1) Onder de voorwaarden van dit hoofdstuk en van section 492(8) kan de aftrek voor bedrijfsverliezen en voor andere van de vennootschapsbelasting aftrekbare bedragen, in de gevallen genoemd in de subsections (2) en (3) van deze section, door een vennootschap (,de overdragende vennootschap’) op verzoek van een andere vennootschap (,de verzoekende vennootschap’) worden overgedragen aan de verzoekende vennootschap in de vorm van een vermindering van de vennootschapsbelasting, de zogenoemde ,groepsaftrek’.”

9. Afhankelijk van de verhouding tussen de overdragende en de verzoekende vennootschap kan de groepsaftrek hetzij door middel van een groepsverzoek, hetzij door middel van een consortiumverzoek worden aangevraagd.

10. Voor die gevallen waarin de overdragende vennootschap niet in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd, bevat section 403D voor de groepsaftrek de volgende bijzondere regeling:

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

a) kunnen worden toegerekend aan activiteiten van die vennootschap, voor zover de ter zake verkregen inkomsten en behaalde transactiewinsten in aanmerking zijn genomen (of zouden zijn genomen, indien er inkomsten en winsten waren geweest) bij de berekening van de voor de vennootschapsbelasting belastbare winst van de vennootschap voor dat boekjaar;

b) niet kunnen worden toegerekend aan activiteiten van de vennootschap die in het betrokken boekjaar zijn vrijgesteld van de vennootschapsbelasting op grond van een regeling ter voorkoming van dubbele belasting, en

c) geen enkel gedeelte van:

- (i) het verlies of van andere bedragen, of
- (ii) van enig bedrag dat bij de berekening ervan is meegeteld,

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

[...]

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

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

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

[...]

(9) In deze section wordt onder ‚buitenlandse belasting’ verstaan, elke belasting volgens het recht van een staat buiten het Verenigd Koninkrijk, die:

- a) wordt geheven over het inkomen en overeenkomt met de inkomstenbelasting van het Verenigd Koninkrijk, of
- b) wordt geheven over het inkomen of de belastbare transactiewinst of over beide, en die overeenkomt met de vennootschapsbelasting van het Verenigd Koninkrijk;

[...]”

III – Feiten en prejudiciële vragen

11. Voorwerp van het hoofdgeding is de vennootschapsbelasting die Philips Electronics UK Ltd (hierna: „belastingplichtige”) over de jaren 2001-2004 in het Verenigd Koninkrijk verschuldigd is.

12. Voor deze periode heeft de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde belastingplichtige in haar belastingaangiften verschillende consortiumverzoeken voor groepsaftrek ingediend, laatstelijk op 9 juli 2009. Daarmee moesten verliezen van een andere vennootschap van in totaal ongeveer 64 miljoen GBP naar de belastingplichtige worden overgedragen en zo van de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting worden afgetrokken. Deze verliezen waren ontstaan bij een in het Verenigd Koninkrijk gevestigd filiaal van de Nederlandse vennootschap LG Philips Displays Netherlands BV (hierna: „LG.PD Netherlands”).

13. LG.PD Netherlands maakt deel uit van een groep die een consortium is van een Nederlandse en een Zuid-Koreaanse vennootschap. De Nederlandse vennootschap is de moedermaatschappij van de belastingplichtige. In het hoofdgeding moet ervan worden uitgegaan dat deze relatie tussen LG.PD Netherlands en de belastingplichtige in principe recht geeft op groepsaftrek.(4)

14. Over de overdracht van de verliezen van het filiaal van LG.PD Netherlands in het Verenigd

Koninkrijk aan de belastingplichtige sloten beide vennootschappen een overeenkomst, die voorzag in een vergoeding voor LG.PD Netherlands. Op 27 januari 2006 werd tegen LG.PD Netherlands een faillissementsprocedure ingeleid.

15. In het hoofdgeding is omstreden of de belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk de groepsaftrek kan weigeren om reden dat de over te dragen verliezen in principe bij LG.PD Netherlands in de Nederlandse belasting worden betrokken, waardoor niet is voldaan aan de voorwaarde van section 403D(1)(c) ICTA. De belastingplichtige stelt dienaangaande dat deze bepaling in strijd is met de vrijheid van vestiging.

16. Daarop heeft de Upper Tribunal, Tax and Chancery Chamber het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

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

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

a) louter op basis van de noodzaak een dubbele verrekening van verliezen te voorkomen, of

b) louter op basis van de noodzaak de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten te handhaven, of

c) op basis van de noodzaak de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten te handhaven, in samenhang met de noodzaak een dubbele verrekening van verliezen te voorkomen?

3) Zo ja, staat de beperking dan in een evenredige verhouding met de aangehaalde rechtvaardigingsgrond(en)?

4) Indien een beperking van de rechten van de in Nederland gevestigde vennootschap niet is gerechtvaardigd of niet in een evenredige verhouding met enige rechtvaardigingsgrond staat, dient het Verenigd Koninkrijk dan op grond van het Unierecht aan de in het Verenigd Koninkrijk

gevestigde vennootschap een correctiemiddel toe te kennen, zoals het recht om een met haar winst verrekenbare groepsaftrek te vragen?"

17. In de procedure voor het Hof hebben de belastingplichtige, de Deense regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede de Europese Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend en aan de terechtzitting deelgenomen.

IV – Juridische beoordeling

18. De vragen van de verwijzende rechter hebben betrekking op de uitlegging van de vrijheid van vestiging. Ik zal mijn onderzoek baseren op artikel 43 EG, aangezien artikel 49 VWEU niet kan worden toegepast op de feiten van het hoofdgeding.⁽⁵⁾ Daarnaast zal ik de vragen van de verwijzende rechter zo opvatten dat ze ook betrekking hebben op de toepassing van artikel 48 EG, dat bepaalde vennootschappen gelijkstelt met de in artikel 43 EG genoemde natuurlijke personen.

19. De vragen over de uitlegging van juist de vrijheid van vestiging zijn gerechtvaardigd. De vrijheid van vestiging is de voor de onderhavige zaak relevante fundamentele vrijheid. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat de oprichting door een in een lidstaat gevestigde vennootschap van een haar toebehorende vaste inrichting in een andere lidstaat binnen de materiële werkingssfeer van artikel 43 EG valt.⁽⁶⁾ In de onderhavige zaak gaat het om een Nederlandse vennootschap en het recht om verliezen over te dragen van een filiaal dat zij in het Verenigd Koninkrijk heeft. Een dergelijk filiaal valt fiscaalrechtelijk onder het begrip vaste inrichting.⁽⁷⁾

20. In het navolgende dient derhalve te worden onderzocht of de vrijheid van vestiging zich verzet tegen een beperking van het recht van een buitenlandse vennootschap om verliezen van haar binnenlandse vaste inrichting (in de vorm van een filiaal) over te dragen.

A – Eerste prejudiciële vraag: beperking van de vrijheid van vestiging

21. In navolging van de prejudiciële vragen zal ik eerst onderzoeken of een regeling zoals section 403D(1)(c) ICTA de vrijheid van vestiging beperkt. Volgens deze bepaling is de overdracht van binnenlandse verliezen van de vaste inrichting van een buitenlandse vennootschap door middel van groepsaftrek niet mogelijk wanneer de verliezen voor een buitenlandse belasting met aldaar gemaakte winsten kunnen worden verrekend.

22. Volgens vaste rechtspraak behoren de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten, maar zijn deze verplicht die bevoegdheid in overeenstemming met het Unierecht uit te oefenen.⁽⁸⁾ Hierbij moet worden benadrukt dat de lidstaten volgens het Unierecht in principe niet verplicht zijn in hun wetgeving inzake de vennootschapsbelasting te voorzien in een groepsaftrek van verliezen zoals de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk die toestaat. De inrichting van het belastingstelsel is immers een zaak van iedere lidstaat afzonderlijk.⁽⁹⁾ Voorziet een lidstaat echter in een dergelijke mogelijkheid, dan moet deze in overeenstemming met de fundamentele vrijheden van het Unierecht, hier in het bijzonder met de vrijheid van vestiging, worden geregeld.

23. De vrijheid van vestiging wordt vennootschappen verleend door artikel 43 en artikel 48 EG. Het Hof heeft uit de inhoud van deze bepalingen, kort gezegd, afgeleid dat vennootschappen die hun zetel in een lidstaat van de Gemeenschap hebben, het recht toekomt in een andere lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap.⁽¹⁰⁾

24. Artikel 43, eerste alinea, tweede volzin, EG biedt de marktdeelnemers bovendien uitdrukkelijk de mogelijkheid om vrijelijk de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun

werkzaamheden in een andere lidstaat past, zodat deze vrije keuze in de lidstaat van ontvangst niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen.(11) De vrijheid om de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van werkzaamheden in een andere lidstaat past, heeft aldus met name tot doel, vennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, de mogelijkheid te bieden een filiaal te openen in een andere lidstaat om er hun werkzaamheden uit te oefenen onder dezelfde voorwaarden als geldend voor dochterondernemingen.(12)

25. Deze rechtspraak komt erop neer dat buitenlandse vennootschappen in de lidstaat van ontvangst onder dezelfde voorwaarden werkzaamheden mogen uitoefenen als binnenlandse vennootschappen. Bovendien mag de lidstaat van ontvangst zich er niet op beroepen dat de buitenlandse vennootschap een eventueel nadelig verschil in behandeling kan voorkomen door een andere rechtsvorm voor de uitoefening van haar werkzaamheden in de lidstaat van ontvangst te kiezen, bijvoorbeeld een dochteronderneming in plaats van een filiaal.(13)

1. Nadelig verschil in behandeling

26. In de onderhavige zaak is er sprake van een verschil in behandeling tussen binnenlandse en buitenlandse vennootschappen bij de uitoefening van werkzaamheden in het Verenigd Koninkrijk als zelfstandigen.

27. De regering van het Verenigd Koninkrijk stelt zelf dat de fiscale regelingen inzake groepsaftrek binnenlandse vennootschappen en buitenlandse vennootschappen met een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk verschillend behandelen. Alleen voor de in het buitenland gevestigde vennootschappen gelden de bijzondere voorwaarden van section 403D(1) ICTA.

28. Tot deze voorwaarden behoort volgens letter c) van deze regeling dat buitenlandse vennootschappen de verliezen van een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk alleen mogen overdragen wanneer deze niet voor een buitenlandse belasting kunnen worden gebruikt. Voor vennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd, geldt een dergelijke voorwaarde niet.

29. Door de ongelijke behandeling ontstaan voor buitenlandse vennootschappen ten minste twee nadelen. In de eerste plaats wordt het voor hen moeilijker om met Britse vennootschappen een consortium te vormen. Deze zullen, vanwege de eventuele onmogelijkheid om verliezen van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vaste inrichtingen van buitenlandse vennootschappen over te dragen, hun activiteiten eerder ontplooiën in een consortium met binnenlandse vennootschappen, die niet aan deze beperkingen onderworpen zijn. In de tweede plaats brengt een weigering van verliesoverdracht rechtstreeks nadelen met zich mee voor een buitenlandse vennootschap. Haar wordt – zoals in de onderhavige zaak – de mogelijkheid ontnomen een vergoeding te ontvangen van de vennootschap die van de verliesoverdracht profiteert.

30. Zoals ik al heb uiteengezet, blijkt uit de rechtspraak bovendien dat de lidstaat van ontvangst zich niet kan beroepen op het feit dat buitenlandse vennootschappen nadelen kunnen voorkomen door hun werkzaamheden in de lidstaat van ontvangst in de vorm van een dochteronderneming in plaats van een filiaal uit te oefenen. In dat geval zou de overdracht van de verliezen van een dochteronderneming van LG.PD Netherlands in het Verenigd Koninkrijk niet aan beperkingen onderhevig zijn. Het staat buitenlandse vennootschappen echter vrij hun recht van vestiging in het Verenigd Koninkrijk door middel van een filiaal of een dochteronderneming uit te oefenen.

2. Objectieve vergelijkbaarheid

31. De regering van het Verenigd Koninkrijk stelt daarentegen dat een binnenlandse vennootschap en een buitenlandse vennootschap met een filiaal in het Verenigd Koninkrijk zich

voor de belastingheffing niet in een objectief vergelijkbare situatie bevinden. Terwijl namelijk bij een binnenlandse vennootschap het totale inkomen wordt belast, is dit bij een buitenlandse vennootschap alleen het geval voor de inkomsten van haar vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk.

32. Het is juist dat er volgens vaste rechtspraak slechts sprake van discriminatie is wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties.⁽¹⁴⁾ Daarom is een verschil in behandeling verenigbaar met de bepalingen van het Verdrag inzake de vrijheid van vestiging indien de situaties niet objectief vergelijkbaar zijn. De objectieve vergelijkbaarheid moet daarbij worden onderzocht op basis van het door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel.⁽¹⁵⁾

33. Hoewel volgens vaste rechtspraak de situatie van ingezetenen en die van niet-ingezetenen ter zake van de directe belastingen in de regel niet vergelijkbaar is⁽¹⁶⁾, heeft het Hof reeds in het arrest Marks & Spencer vastgesteld dat in elke concrete situatie dient te worden nagegaan of er voor het feit dat een fiscaal voordeel alleen aan de ingezetenen belastingplichtigen wordt toegekend, objectieve, ter zake dienende gronden bestaan.⁽¹⁷⁾ Er is derhalve sprake van een beperking, wanneer er geen objectief verschil ten aanzien van de betrokken heffing bestaat dat grond kan opleveren voor een verschillende behandeling van de verschillende categorieën belastingplichtigen.⁽¹⁸⁾

34. Zo heeft het Hof reeds herhaaldelijk geoordeeld dat een ingezeten vennootschap en een niet-ingezeten vennootschap die in de lidstaat van ontvangst door middel van een vaste inrichting actief is, zich met betrekking tot de binnenlandse belasting in een vergelijkbare situatie kunnen bevinden.⁽¹⁹⁾

35. In het arrest Royal Bank of Scotland stelde het Hof dienaangaande vast dat dergelijke vennootschappen zich in een objectief vergelijkbare situatie bevonden, omdat de heffingsgrondslag voor beide vennootschappen op dezelfde wijze werd vastgesteld. Dientengevolge was het voor het Hof irrelevant dat ingezeten vennootschappen over hun wereldinkomen en niet-ingezeten vennootschappen alleen over hun inkomsten in de lidstaat van ontvangst werden belast.⁽²⁰⁾ Dergelijke verschillen met betrekking tot de heffingsbevoegdheid van de lidstaten, zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk die naar voren heeft gebracht, zijn derhalve niet relevant voor het vraagstuk van de objectieve vergelijkbaarheid van situaties, maar hoogstens voor het onderzoek van de rechtvaardigingsgronden.⁽²¹⁾

36. In het arrest Saint-Gobain ZN achtte het Hof bovendien een vergelijkbare situatie tussen ingezeten en niet-ingezeten vennootschappen aanwezig, omdat het verschil in behandeling eerst speelde in de fase van de toekenning van de betrokken fiscale voordelen.⁽²²⁾ De rechter in eerste aanleg in het hoofdgeding heeft dienaangaande vastgesteld dat binnenlandse vennootschappen en de binnenlandse vaste inrichtingen van buitenlandse vennootschappen met betrekking tot de in het Verenigd Koninkrijk behaalde winsten en verliezen voor de vennootschapsbelasting op precies dezelfde wijze worden behandeld, evenwel met uitzondering van de hier in het geding zijnde groepsaftrek.⁽²³⁾

37. Een beperking van de vrijheid van vestiging kan derhalve niet worden ontkend op de grond dat een binnenlandse vennootschap en een buitenlandse vennootschap met een filiaal in het Verenigd Koninkrijk zich voor de belastingheffing niet in een objectief vergelijkbare situatie bevinden. Bijgevolg mogen buitenlandse vennootschappen met betrekking tot hun vaste inrichtingen met name verliezen naar eerdere of latere belastingjaren overdragen, zoals ook binnenlandse vennootschappen dat mogen. Blijkbaar beschouwt de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk de situaties wat de verliezen betreft als in principe vergelijkbaar.

3. Tussenconclusie

38. Op de eerste vraag moet derhalve worden geantwoord dat de bijzondere voorwaarden die section 403D(1)(c) ICTA stelt aan de groepsaftrek voor vennootschappen die in een andere lidstaat dan het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd, een beperking van de vrijheid van vestiging inhouden.

B – *Tweede prejudiciële vraag: rechtvaardigingsgrond voor de beperking*

39. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of er voor de beperking van de vrijheid van vestiging een rechtvaardigingsgrond bestaat. Volgens de rechtspraak is een beperking van de vrijheid van vestiging toelaatbaar wanneer zij gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang.(24) De verwijzende rechter noemt hier als mogelijke gronden de evenwichtigheid van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten, het gevaar van een dubbele verliesverrekening alsook een combinatie van beide.

40. De aard van de vraag komt voort uit de kennelijk voortdurende onzekerheid over de interpretatie van het arrest Marks & Spencer. Daarin had het Hof als rechtvaardigingsgronden de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten, het gevaar van een dubbele verliesverrekening en het gevaar van belastingontwijking genoemd en alle drie tezamen ter rechtvaardiging van een beperking van de vrijheid van vestiging aangevoerd.(25)

41. Al in mijn conclusie in de zaak Oy AA heb ik uiteengezet dat de kern van deze drie gronden de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden is.(26) Het Hof heeft in het desbetreffende arrest ook erkend dat een rechtvaardiging door twee van de drie gronden mogelijk is, te weten het waarborgen van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten en het vermijden van belastingontwijking.(27) Later heeft het Hof in het arrest Lidl Belgium ook de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten in combinatie met het gevaar van dubbele verliesverrekening als rechtvaardiging toegestaan.(28)

42. Hieruit blijkt dat voor de rechtvaardiging uiteindelijk doorslaggevend is dat de nationale regeling handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden nastreeft. Het voorkomen van een dubbele verliesverrekening en het vermijden van belastingontwijking zijn, gezien het bovenstaande, geen doelen op zich, maar zijn slechts van belang voor zover zij gericht zijn op de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten.(29) Dienovereenkomstig heeft het Hof laatstelijk in het arrest National Grid Indus alleen nog deze rechtvaardigingsgrond onderzocht en bevestigd, dus zonder terug te grijpen op het aspect van de dubbele verliesverrekening of dat van de belastingontwijking.(30)

43. Dit inzicht is voor de onderhavige zaak van bijzonder belang. Zoals ik in het navolgende zal aantonen, rechtvaardigt de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden de onderhavige beperking van de vrijheid van vestiging namelijk niet, hoewel het er daarbij om gaat een dubbele verliesverrekening te voorkomen.

1. Verdeling van de heffingsbevoegdheid

44. Handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten is een rechtvaardigingsgrond die door het Hof in vaste rechtspraak is erkend.(31)

45. De lidstaten beslissen over de verdeling van hun heffingsbevoegdheden. Het Unierecht voorziet in zijn huidige stand in principe niet in algemene criteria voor de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten.(32) De lidstaten hebben hun bevoegdheden

overeenkomstig de internationale belastingpraktijk in de regel zo afgebakend dat een staat zowel ten aanzien van het wereldinkomen van binnenlandse vennootschappen als ten aanzien van de in het binnenland genoten inkomsten van vaste inrichtingen van buitenlandse vennootschappen heffingsbevoegdheid bezit. De daaruit voortvloeiende dubbele belasting van de inkomsten van de vaste inrichtingen wordt in de regel vermeden doordat de vestigingsstaat van een vennootschap die inkomsten van de belasting vrijstelt of de in het andere land geheven belasting verrekent met de belasting waaraan de vennootschap in de vestigingsstaat is onderworpen.(33)

46. In het licht van deze internationale belastingpraktijk mogen de lidstaten voor de handhaving van de verdeling van hun heffingsbevoegdheid maatregelen nemen ter waarborging van de uitoefening van hun belastingbevoegdheid met betrekking tot activiteiten die op hun grondgebied plaatsvinden.(34)

47. In het onderhavige geval zijn de heffingsbevoegdheden geregeld overeenkomstig de internationale belastingpraktijk zoals die hier is beschreven. Volgens artikel 7 van het Brits-Nederlandse belastingverdrag is het Verenigd Koninkrijk bevoegd ten aanzien van zowel de inkomsten van binnenlandse vennootschappen als de inkomsten van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vaste inrichtingen van buitenlandse vennootschappen.

48. Daarmee doet zich de vraag voor of deze heffingsbevoegdheden van het Verenigd Koninkrijk worden aangetast wanneer de verliezen van een aldaar gevestigde vaste inrichting van een buitenlandse vennootschap (LG.PD Netherlands) kunnen worden afgetrokken van de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting van een binnenlandse vennootschap (de belastingplichtige), hoewel deze verliezen in principe ook in Nederland aftrekbaar zijn.

49. Mijns inziens is dit niet het geval. De heffingsbevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk ten aanzien van de inkomsten van de belastingplichtige wordt door de verliesoverdracht niet aangetast. Het is immers de bedoeling alleen verliezen over te dragen die eveneens in het kader van de heffingsbevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk zijn ontstaan. Alle operaties waarom het in de onderhavige zaak gaat, zijn onderworpen aan de heffingsbevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk: men wil binnenlandse verliezen van een binnenlandse belastingplichtige (de vaste inrichting van LG.PD Netherlands in het Verenigd Koninkrijk) verrekenen met binnenlandse winsten van een andere binnenlandse belastingplichtige (de belastingplichtige).

50. Voor het waarborgen van de heffingsbevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk is het niet relevant of de over te dragen verliezen ook in Nederland kunnen worden verrekend. Verrekening aldaar heeft immers geen invloed op de heffingsbevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk. Deze bevoegdheid kan alleen worden aangetast door de verrekening van verliezen die in het kader van de uitsluitende heffingsbevoegdheid van een andere lidstaat zijn geleden. Dergelijke verliezen zouden namelijk de belastingopbrengst van het Verenigd Koninkrijk verminderen, terwijl de winsten uit de activiteit niet kunnen worden belast.

51. Dienovereenkomstig heeft het Hof het voorkomen van een dubbele verliesverrekening vrijwel uitsluitend onderzocht in gevallen waarin een lidstaat weigerde verliezen te verrekenen die in een andere lidstaat waren geleden.(35) In het arrest Papillon, de enige zaak tot nu toe waarin het om binnenlandse verliezen ging, wees het Hof een beroep op het doel van het voorkomen van een dubbele verliesverrekening af omdat het ging om de verrekening van verliezen die in één en dezelfde lidstaat waren geboekt.(36)

52. In de onderhavige zaak zijn de winsten uit de binnenlandse activiteiten van de vaste inrichting van LG.PD Netherlands onderworpen aan de heffingsbevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk. Het Verenigd Koninkrijk kan derhalve een verrekening van de verliezen uit deze activiteiten niet weigeren met een beroep op handhaving van de verdeling van de

heffingsbevoegdheid. Doel van deze rechtvaardigingsgrond is immers alleen – zoals het Hof in het arrest Lidl Belgium tot uitdrukking bracht – de symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van de verliezen veilig te stellen.⁽³⁷⁾ Of zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk het in de zaak Marks & Spencer zelf uitdrukte: winst en verlies zijn twee zijden van eenzelfde medaille.⁽³⁸⁾

53. Daaraan wordt niet afgedaan door het al genoemde argument van het Verenigd Koninkrijk, dat een binnenlandse vennootschap en een filiaal van een buitenlandse vennootschap zich voor de belastingheffing niet in een objectief vergelijkbare situatie bevinden, een argument waarop ik hier nog eens zou willen ingaan.

54. Enerzijds heeft het Hof in het arrest X Holding met betrekking tot de rechtvaardigingsgrond van de verdeling van de heffingsbevoegdheid vastgesteld dat, gezien vanuit de lidstaat van oorsprong van een vennootschap, de vaste inrichtingen van die vennootschap in een andere lidstaat en haar niet-ingezeten dochterondernemingen zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden. De dochteronderneming is in de andere lidstaat immers onbeperkt belastingplichtig, terwijl de vaste inrichting in beginsel en ten dele onderworpen blijft aan de fiscale jurisdictie van de lidstaat van oorsprong.⁽³⁹⁾

55. Anderzijds, zoals ik reeds in mijn conclusie in de zaak X Holding uiteengezet heb, bestaan er ten aanzien van de verdeling van de heffingsbevoegdheid echter uiteenlopende verplichtingen voor de lidstaat van oorsprong en de lidstaat van ontvangst.⁽⁴⁰⁾ De lidstaat van oorsprong mag de buitenlandse vaste inrichtingen en dochterondernemingen van een binnenlandse vennootschap verschillend behandelen. Aan de lidstaat van oorsprong komt immers alleen met betrekking tot de buitenlandse vaste inrichtingen een – in de regel secundaire – heffingsbevoegdheid toe, met betrekking tot de buitenlandse dochterondernemingen echter niet.

56. Bij de lidstaat van ontvangst ligt dit echter anders. Aan die lidstaat komt in de regel met betrekking tot beide vestigingsvormen heffingsbevoegdheid toe. Daarom moet de lidstaat van ontvangst deze beide vestigingsvormen van een vennootschap die in een andere lidstaat is gevestigd, bij de heffing van belasting ook gelijk behandelen.⁽⁴¹⁾

57. Derhalve kan het Verenigd Koninkrijk zich als lidstaat van ontvangst niet beroepen op de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid als rechtvaardigingsgrond, voor zover het filialen die op zijn grondgebied zijn gevestigd, de groepsaftrek onder bepaalde voorwaarden weigert, terwijl deze aan binnenlandse vennootschappen wordt toegestaan.

2. Dubbele verliesverrekening

58. Thans moet nog worden onderzocht of het doel van het voorkomen van een dubbele verliesverrekening een zelfstandige rechtvaardigingsgrond kan zijn.

59. Volgens de vaststellingen in het hoofdgeding kan LG.PD Netherlands in de Nederlandse belastingprocedure hetzij zelf, hetzij in het kader van een fiscale eenheid de verliezen van haar vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk opvoeren, ten minste gedeeltelijk. Zoals de zaak X Holding al heeft laten zien, kunnen de verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen van een in Nederland gevestigde vennootschap tijdelijk in mindering worden gebracht op de Nederlandse belasting van de vennootschap.⁽⁴²⁾ Derhalve bestaat in het onderhavige geval het gevaar van een – ten minste tijdelijke – dubbele verliesverrekening in het Verenigd Koninkrijk en in Nederland.

60. In het arrest Lidl Belgium heeft het Hof evenwel als verenigbaar met de vrijheid van vestiging aanvaard, wanneer een vennootschap de verliezen van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting niet kan aftrekken, voor zover de inkomsten van deze inrichting ingevolge

een belastingverdrag in de andere lidstaat worden belast en daar ook verliezen in toekomstige belastingjaren kunnen worden verrekend. Wanneer de lidstaat waarin de vaste inrichting is gelegen, zowel winsten als verliezen fiscaal in aanmerking neemt, kan de lidstaat van de vennootschap de verliezen van die vaste inrichting fiscaal dus negeren. Het Koninkrijk der Nederlanden oefent de bevoegdheden die hem op grond van deze rechtspraak toekomen, dus niet uit.

61. Anderzijds is een dergelijke verrekening van verliezen van een buitenlandse vaste inrichting ook niet in strijd met de vrijheid van vestiging.(43) De lidstaten mogen derhalve verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen in aanmerking nemen bij de belasting van hun binnenlandse vennootschappen, maar zijn daartoe in de regel volgens het Unierecht niet verplicht.(44)

62. Als de lidstaat waarin de vennootschap is gevestigd, toch de verliezen van de buitenlandse vaste inrichting in aanmerking neemt, resulteert dat in een – in ieder geval tijdelijke – dubbele verrekening van de verliezen van een buitenlandse vaste inrichting. In een dergelijk geval is echter niet in te zien waarom de lidstaat van de vaste inrichting bevoegd zou moeten zijn om de verliesverrekening uit te sluiten om reden dat die verrekening reeds geschiedt in de lidstaat van vestiging van de vennootschap. De heffingsbevoegdheid van de lidstaat van de vaste inrichting wordt daardoor immers, zoals we hebben gezien, niet aangetast. De belastingopbrengst van die lidstaat blijft gelijk, los van de vraag of verliezen van vaste inrichtingen ook in de vestigingsstaat van de vennootschap worden verrekend.

63. Bovendien kan bij de huidige internationale afbakening van de heffingsbevoegdheden een dubbele verliesverrekening zelfs noodzakelijk zijn. Dit is altijd het geval als ook de inkomsten door twee verschillende landen fiscaal in aanmerking worden genomen. Wanneer een dubbele belasting van de inkomsten van een buitenlandse vaste inrichting door het verrekeningsstelsel in de vestigingsstaat van de vennootschap wordt voorkomen, zullen de inkomsten van die vennootschap zowel in de staat van de vaste inrichting als in de staat van vestiging van de vennootschap fiscaal in aanmerking worden genomen. De dubbele verliesverrekening is in zulke gevallen een logisch gevolg van de dubbele belasting van een inkomstenbron.

64. Het voorkomen van een dubbele verliesverrekening kan tegen deze achtergrond geen doel op zichzelf zijn. Bij het aspect van het voorkomen van een dubbele verliesverrekening zoals dat tot nu toe in de rechtspraak werd toegepast, gaat het alleen om de vraag of een lidstaat in het kader van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden gerechtigd is een verlies niet in aanmerking te nemen bij de belasting van zijn belastingplichtige. Dit recht kan voortvloeien uit het feit dat het verlies in aanmerking wordt genomen in een andere lidstaat, onder wiens heffingsbevoegdheid ook de belasting over de winst uit de desbetreffende activiteit valt. Aan deze andere lidstaat wordt het verlies toebedeeld, aangezien hij de winst uit dezelfde activiteit belast. Een verrekening in een andere lidstaat die de winst niet belast, zou mogelijk „dubbel” zijn.

65. In zoverre behoort het Verenigd Koninkrijk de verliezen van een vaste inrichting waarvan het de winst belast, niet „dubbel”, maar „enkel” in aanmerking te nemen. De wetgeving van het Verenigd Koninkrijk voorziet daar in principe ook in, aangezien verliezen van de vaste inrichting naar eerdere of latere belastingjaren kunnen worden overgedragen.

66. Overigens is dit de reden dat de fiscale bepalingen van het Verenigd Koninkrijk – zelfs als men voorkoming van dubbele verliesverrekening als zelfstandige rechtvaardigingsgrond zou willen erkennen – hoe dan ook niet geschikt zouden zijn om een dergelijke dubbele verrekening te voorkomen. Het Hof heeft er immers reeds op gewezen dat een nationale wetgeving slechts geschikt is om de verwezenlijking van het betrokken doel te waarborgen, wanneer zij de verwezenlijking van dat doel daadwerkelijk coherent en systematisch nastreeft.(45)

67. Dit is in het Verenigd Koninkrijk met betrekking tot de dubbele verrekening van het verlies van aldaar gevestigde vaste inrichtingen van buitenlandse vennootschappen duidelijk niet het geval. De in section 403D(1)(c) ICTA gestelde voorwaarde geldt alleen voor de groepsaftrek. De overdracht van verliezen naar eerdere of latere belastingjaren wordt aan vaste inrichtingen in het Verenigd Koninkrijk echter toegestaan, ongeacht of dergelijke verliezen ook in de lidstaat van de vennootschap in aanmerking worden genomen. In hun geheel bezien streven de fiscale regels inzake de aftrek van verliezen derhalve het doel van voorkoming van dubbele verliesverrekening niet coherent na.

3. Tussenconclusie

68. De tweede vraag moet derhalve in die zin worden beantwoord dat de beperking niet kan worden gerechtvaardigd op basis van de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden, ook niet in combinatie met het aspect van voorkoming van dubbele verliesaftrek. Zij kan evenmin louter op basis van het voorkomen van dubbele verliesaftrek worden gerechtvaardigd, aangezien dit geen zelfstandige rechtvaardigingsgrond is.

C – Derde prejudiciële vraag: evenredigheid van de beperking

69. Mocht het Hof toch tot het oordeel komen dat voorkoming van dubbele verliesaftrek een zelfstandige rechtvaardigingsgrond vormt en de betwiste regeling bovendien geschikt is om dat doel te verwezenlijken, dan zou niettemin een rechtvaardiging van de beperking in het onderhavige geval zijn uitgesloten.

70. Zelfs als er een rechtvaardigingsgrond is, mag de beperking van de vrijheid van vestiging namelijk niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van het nagestreefde doel.(46)

71. Benadrukt moet worden dat de criteria van het arrest Marks & Spencer niet als uitgangspunt kunnen dienen voor het onderzoek van de noodzaak van de hier betwiste regeling, zoals door enkele partijen is geopperd. Dat arrest heeft namelijk betrekking op een situatie waarin een nationale regeling de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tot doel heeft. Dat doel heeft de hier betwiste regeling nu juist niet, zoals reeds uiteengezet is. Wanneer voor deze regeling echter een zelfstandige rechtvaardigingsgrond in de vorm van het voorkomen van dubbele verliesaftrek zou bestaan, moeten de criteria voor de noodzakelijkheid van een dergelijke regeling dus met die rechtvaardigingsgrond in overeenstemming worden gebracht.

72. Gezien het bovenstaande ben ik van oordeel dat de regeling van section 403D(1)(c) ICTA in verschillende opzichten verder gaat dan nodig zou zijn ter voorkoming van dubbele verliesverrekening.

73. Ten eerste is volgens deze regeling een overdracht van verliezen al uitgesloten wanneer slechts een gedeelte van de betrokken verliezen voor een buitenlandse belasting kan worden verrekend. Wanneer slechts een gedeelte van de in het Verenigd Koninkrijk geleden verliezen in een andere lidstaat wordt verrekend, wordt voor het resterende gedeelte de verliesoverdracht geweigerd, ook al hoeft voor dat deel niet voor een dubbele verliesverrekening te worden gevreesd.

74. Ten tweede maakt de regeling geen onderscheid tussen de manieren waarop de verliezen voor een buitenlandse belasting worden verrekend: permanent of slechts tijdelijk. Wanneer de andere lidstaat verliezen van een buitenlandse vaste inrichting van zijn vennootschap slechts tijdelijk verrekent door deze verrekening bij latere winsten van de vaste inrichting weer ongedaan te maken(47), kan de buitenlandse verrekening van de verliezen achteraf plaatsvinden. Volgens

de mij ter beschikking staande informatie voorziet de Britse wetgeving inzake vennootschapsbelasting voor een dergelijk geval echter niet in de mogelijkheid van groepsaftrek achteraf.

75. Ten derde gaat het mijns inziens verder dan nodig is, dat section 403D(1)(c) ICTA de groepsaftrek al uitsluit als de mogelijkheid bestaat het verlies in een ander land „in welk boekjaar ook“ te verrekenen. Deze mogelijkheid kan zelfs niet worden uitgesloten wanneer tegen de betrokken buitenlandse vennootschap – zoals in het onderhavige geval – een faillissementsprocedure is ingeleid. Zo kunnen bijvoorbeeld verliezen nog naar een eerdere periode worden overgedragen, of de faillissementsprocedure leidt tot voortzetting van de vennootschap.

76. Vanwege deze verschillende restricties lijkt mij dat de regeling van section 403D(1)(c) ICTA er in wezen op gericht is, de groepsaftrek alleen toe te staan wanneer in de lidstaat van de buitenlandse vennootschap verrekening van verliezen van de Britse vaste inrichting *algemeen* is uitgesloten. De omstandigheden van het concrete geval zijn daarentegen nagenoeg irrelevant.

77. In elk geval zou derhalve op de derde vraag in die zin moeten worden geantwoord dat de regeling als geheel verder gaat dan wat nodig is om een dubbele verliesaftrek te voorkomen.

D – Vierde prejudiciële vraag: rechtsgevolgen van een verbod van de beperking

78. Met de vierde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter ten slotte te vernemen welke betekenis een inbreuk op de vrijheid van vestiging voor het hoofdgeding zou hebben. Aangezien een regeling als section 403D(1)(c) ICTA in strijd is met de vrijheid van vestiging(48), moet deze vraag worden beantwoord.

79. De achtergrond van deze vraag is dat in het onderhavige geval alleen LG.PD Netherlands gebruik heeft gemaakt van de door de artikelen 43 en 48 EG gewaarborgde vrijheid van vestiging. De vrijheid van vestiging van de belastingplichtige, die in het hoofdgeding aanspraak maakt op groepsaftrek, wordt echter niet beperkt. Het nadeel voor haar vloeit voort uit het feit dat de vrijheid van vestiging van haar medecontractant, van wie zij de verliezen tegen een vergoeding wil overnemen, door de fiscale regels van het Verenigd Koninkrijk wordt beperkt. Kan de belastingplichtige desalniettemin in het hoofdgeding profiteren van het verbod van artikel 43 EG?

80. De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft dienaangaande gesteld dat de vrijheid van vestiging een individueel recht is. Voorts heeft zij de vaste rechtspraak aangehaald, volgens welke de procedureregels voor vorderingen die dienen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel), en de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken (doeltreffendheidsbeginsel).(49) Welke gevolgen de inachtneming van deze beginselen voor het hoofdgeding heeft, dient volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk door de nationale rechter te worden onderzocht.

81. Naar mijn oordeel is de aangehaalde rechtspraak a priori niet relevant voor de onderhavige zaak, aangezien zij alleen de procedureregels voor het invoeren van rechten van de Unie betreft. Voor het hoofdgeding is echter doorslaggevend of de materiële inhoud van de vrijheid van vestiging zo ver strekt dat ook de belastingplichtige in het hoofdgeding door artikel 43 EG wordt beschermd. Dit zal ik derhalve thans onderzoeken.

82. Artikel 43 EG heeft rechtstreekse werking.(50) De nationale rechter is derhalve verplicht elke bepaling van nationaal recht die in strijd is met dit artikel, buiten toepassing te laten.(51)

83. Artikel 43, eerste alinea, eerste volzin, EG verbiedt beperkingen van de vrijheid van vestiging. Er hoeft in de onderhavige procedure niet te worden onderzocht of dit verbod een zuiver individueel recht vastlegt of dat het een objectieve inhoud heeft, die losstaat van de persoon die zijn recht van vestiging op grond van deze bepaling uitoefent. Het Hof heeft in verband met verschillende fundamentele vrijheden in ieder geval herhaaldelijk benadrukt dat ook andere personen dan degenen die hun recht rechtstreeks aan de fundamentele vrijheid ontleen, daarvan kunnen profiteren, indien de fundamentele vrijheid anders niet haar volle werking kan ontwikkelen.(52)

84. In het onderhavige geval is het naar mijn oordeel duidelijk dat de vrijheid van vestiging alleen dan haar volle werking kan ontwikkelen, wanneer ook de belastingplichtige in het hoofdgeding zich kan beroepen op het feit dat de nationale bepaling inbreuk maakt op de vrijheid van vestiging.

85. Artikel 43 EG verbiedt de onderhavige beperking van de verliesoverdracht. Zoals gezegd bestaat de beperking van de vrijheid van vestiging van LG.PD Netherlands hierin dat haar medecontractant – de belastingplichtige – een voordeel wordt geweigerd en dat daaruit voor haarzelf nadelen voortvloeien.(53) De vrijheid van vestiging van LG.PD Netherlands kan dus alleen worden gegarandeerd doordat aan haar medecontractant het voordeel wordt toegekend. Op het voordeel van de verliesoverdracht, namelijk de vermindering van de heffingsgrondslag van de verzoekende vennootschap – de belastingplichtige –, kan echter alleen door deze vennootschap in de fiscale procedure aanspraak worden gemaakt.

86. De volle werking van de vrijheid van vestiging kan daarentegen niet worden gewaarborgd doordat LG.PD Netherlands, die in het onderhavige geval haar recht van vestiging heeft uitgeoefend, eventueel aanspraak zou kunnen maken op schadevergoeding, zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft gesteld. In de eerste plaats zouden de daaraan verbonden kosten nog steeds een beperking van de vrijheid van vestiging van LG.PD Netherlands inhouden. In de tweede plaats zou dat niet het nadeel kunnen wegnemen dat voortvloeit uit het feit dat vennootschappen in het Verenigd Koninkrijk vanwege het ontbreken van de mogelijkheid om verliezen over te dragen, mogelijk helemaal geen consortium met LG.PD Netherlands willen vormen.

87. Een andere zienswijze zou de lidstaten overigens in staat stellen een discriminerende regeling langs indirecte weg vast te stellen. Op die manier zouden alleen de medecontractanten van een vennootschap die gebruikmaakt van haar vrijheid van vestiging, kunnen worden bestraft. Hoewel de buitenlandse vennootschap eventueel schadevorderingen tegen de betrokken lidstaat zou kunnen instellen, zou de schade in veel gevallen waarschijnlijk moeilijk te bewijzen zijn als de medecontractanten door de sanctie al helemaal geen zakelijke betrekkingen met de buitenlandse vennootschap aangaan.

88. Om de vrijheid van vestiging te waarborgen, moet de rechtstreekse werking van de artikelen 43 en 48 EG zich daarom in elk geval ook tot een medecontractant uitstrekken, wanneer de door hem ondervonden nadelen de oorzaak zijn van de beperking van de vrijheid van vestiging.

89. Gezien het bovenstaande is het niet relevant dat de belastingplichtige in het hoofdgeding niet zelf haar recht op vestiging uitoefent. De artikelen 43 en 48 EG vereisen ook dat de betwiste bepaling van section 403D(1)(c) ICTA in het hoofdgeding buiten toepassing wordt gelaten.

V – Conclusie

90. Samengevat geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van de Upper Tribunal, Tax and Chancery Chamber te beantwoorden als volgt:

„1) De vrijheid van vestiging, zoals neergelegd in de artikelen 43 EG en 48 EG, wordt beperkt indien een lidstaat niet toestaat dat een ingezeten vaste inrichting van een niet-ingezeten vennootschap haar in deze lidstaat geleden verliezen overdraagt aan een ingezeten vennootschap door middel van een groepsaftrek, wanneer een deel van deze verliezen voor een buitenlandse belasting (in welk boekjaar ook) aftrekbaar is van of anderszins verrekenbaar is met de buiten de lidstaat gemaakte winst van de vennootschap of van een andere persoon.

2) Deze beperking kan noch met een beroep op de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten, noch met een beroep op voorkoming van een dubbele verliesaftrek, noch met een beroep op een combinatie van beide doelen worden gerechtvaardigd.

3) Een lidstaat is in een feitelijke situatie als die in het hoofdgeding verplicht, ook ten gunste van de belastingplichtige die aanspraak maakt op een groepsaftrek, een bepaling die in strijd is met de artikelen 43 EG en 48 EG buiten toepassing te laten.”

1 – Oorspronkelijke taal: Duits.

2 – Arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837).

3 – Arrest van 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695).

4 – Nu voldoet de relatie niet aan alle voorwaarden van section 406(2) ICTA, aangezien geen van de consortiumvennootschappen gevestigd is in het Verenigd Koninkrijk. De rechter in eerste aanleg in het hoofdgeding acht deze bepaling echter niet van toepassing, aangezien ze een ontoelaatbare beperking van de vrijheid van vestiging zou inhouden. Deze vaststelling wordt in het hoofdgeding niet meer betwist, aangezien daartegen geen hoger beroep is ingesteld.

5 – Artikel 49 VWEU is op 1 december 2009 in werking getreden. De in het hoofdgeding betwiste groepsaftrek is echter aangevraagd voor tijdvakken tussen 1 juli 2001 en 31 december 2004, en de laatste aanvraag is ingediend op 9 juli 2009.

6 – Arrest van 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Jurispr. blz. I-3601, punt 15).

7 – Zie artikel 5, lid 1, sub b, van het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB) van 3 oktober 2011 [COM(2011) 121 def./2].

8 – Arresten van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 21), en 8 december 2011, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, Jurispr. blz. I-13023, punt 28).

9 – Zie arrest van 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punt 23).

10 – Zie onder meer arresten van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk (270/83, Jurispr. blz. 273, punt 18); 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35); 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, Jurispr. blz. I-1215, punt 17), en 26 oktober 2010, Schmelz (C-97/09, Jurispr. blz. I-10465, punt 36).

11 – Zie onder meer arrest Commissie/Frankrijk (aangehaald in voetnoot 10, punt 22); arrest

van 18 juli 2007, Oy AA (C-231/05, Jurispr. blz. I-6373, punt 40), en beschikking van 4 juni 2009, KBC Bank en Beleggen, Risicokapitaal, Beheer (C-439/07 en C-499/07, Jurispr. blz. I-4409, punt 77).

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

13 – Zie arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 11, punt 40).

14 – Arrest van 1 december 2011, Commissie/Hongarije (C-253/09, Jurispr. blz. I-12391, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

15 – Arrest X Holding (aangehaald in voetnoot 10, punten 20 en 22).

16 – Arrest Schumacker (aangehaald in voetnoot 8, punt 31), en arrest van 22 december 2008, Truck Center (C-282/07, Jurispr. blz. I-10767, punt 38).

17 – Zie arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punten 37 en 38).

18 – Zie met betrekking tot het vrij verrichten van diensten, arrest van 17 november 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, Jurispr. blz. I-10821, punt 35).

19 – Voor het eerst in arrest Commissie/Frankrijk (aangehaald in voetnoot 10, punt 20).

20 – Arrest van 29 april 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Jurispr. blz. I-2651, punten 27-29).

21 – Zie ook arrest X Holding (aangehaald in voetnoot 10, punt 38).

22 – Zie arrest Saint-Gobain ZN (aangehaald in voetnoot 10, punt 49).

23 – First-tier tribunal, beslissing van 27 juli 2009, [2009] UKFTT 226(TC), nr. 21.

24 – Arresten van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 47); 27 november 2008, Papillon (C-418/07, Jurispr. blz. I-8947, punt 33), en 13 oktober 2011, Waypoint Aviation (C-9/11, Jurispr. blz. I-9697, punt 27).

25 – Arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 51).

26 – Conclusie van 12 september 2006, Oy AA (arrest aangehaald in voetnoot 11, punt 48).

27 – Arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 11, punt 60).

28 – Arrest Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 6, punt 42).

29 – Zie mijn conclusie van 10 september 2009, SGI (C-311/08, Jurispr. 2010, blz. I-487, punt 59).

30 – Arrest van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, Jurispr. blz. I-12273, punten 45-49); zie in dezelfde zin reeds arrest van 7 september 2006, N (C-470/04, Jurispr. blz. I-7409, punt 42).

31 – Zie onder meer arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 45), Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 6, punt 31) en National Grid Indus (aangehaald in voetnoot 30, punt 45).

- 32 – Zie arrest van 16 juli 2009, Damseaux (C-128/08, Jurispr. blz. I-6823, punten 30 en 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 33 – Zie conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 23 februari 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, Jurispr. 2006, blz. I-11673, punten 49-51).
- 34 – Zie arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 24, punt 56); arrest van 29 maart 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, Jurispr. blz. 2647, punt 42); arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 11, punt 54); arrest van 4 december 2008, Jobra (C-330/07, Jurispr. blz. I-9099, punt 33), en arrest National Grid Indus (aangehaald in voetnoot 30, punt 46).
- 35 – Zie arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2), Oy AA (aangehaald in voetnoot 11) en Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 6).
- 36 – Arrest Papillon (aangehaald in voetnoot 24, punt 39).
- 37 – Arrest Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 6, punt 33).
- 38 – Arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 43).
- 39 – Arrest X Holding (aangehaald in voetnoot 10, punt 38).
- 40 – Conclusie van 19 november 2009, X Holding (arrest aangehaald in voetnoot 10, punten 51-62).
- 41 – Conclusie X Holding (aangehaald in voetnoot 40, punt 62).
- 42 – Zie arrest X Holding (aangehaald in voetnoot 10, punt 35) en mijn conclusie X Holding (aangehaald in voetnoot 40, punt 39).
- 43 – Arrest van 23 oktober 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, Jurispr. blz. I-8061).
- 44 – Zie mijn conclusie X Holding (aangehaald in voetnoot 40, punt 50).
- 45 – Arresten van 10 maart 2009, Hartlauer (C-169/07, Jurispr. blz. I-1721, punt 55), en – met betrekking tot het vrij verrichten van diensten – 8 juli 2010, Sjöberg en Gerdin (C-447/08 en C-448/08, Jurispr. blz. I-6921, punt 40).
- 46 – Zie onder meer arresten van 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punt 32), en 11 maart 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Jurispr. blz. I-2409, punt 49), en arrest National Grid Indus (aangehaald in voetnoot 30, punt 42).
- 47 – Zie over deze inhaalregeling in Nederland mijn conclusie X Holding (aangehaald in voetnoot 40, punten 39 en 48).
- 48 – Zie boven onder A, B en C.
- 49 – Arrest van 8 september 2011, Rosado Santana (C-177/10, Jurispr. blz. I-7907, punt 89 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 50 – Arrest van 13 april 2010, Wall (C-91/08, Jurispr. blz. I-2815, punt 68).

- 51 – Zie onder meer arresten van 9 maart 1978, *Simmenthal* (106/77, Jurispr. blz. 629), en 8 september 2010, *Winner Wetten* (C-409/06, Jurispr. blz. I-8015, punt 55).
- 52 – Zie arresten van 7 juli 1992, *Singh* (C-370/90, Jurispr. blz. I-4265, punt 23); 7 mei 1998, *Clean Car Autoservice* (C-350/96, Jurispr. blz. I-2521, punt 20), en 11 januari 2007, *ITC* (C-208/05, Jurispr. blz. I-181, punt 26); in dezelfde zin arrest van 12 april 1994, *Halliburton Services* (C-1/93, Jurispr. blz. I-1137, punt 20).
- 53 – Zie hierboven, punt 29.