

Downloaded via the EU tax law app / web

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

N. JÄÄSKINEN

van 24 oktober 2013 (1)

Zaak C-80/12

Felixstowe Dock and Railway Company Ltd,

Savers Health and Beauty Ltd,

Walton Container Terminal Ltd,

WPCS (UK) Finance Ltd,

AS Watson Card Services (UK) Ltd,

Hutchison Whampoa (Europe) Ltd,

Kruidvat UK Ltd,

Superdrug Stores plc

tegen

The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs

[verzoek van het First-Tier Tribunal (Tax Chamber) (Verenigd Koninkrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Uitlegging van artikelen 43 EG en 48 EG – Vrijheid van vestiging – Belastingwetgeving – Vennootschapsbelasting – Belastingvermindering – Consortiumverzoek om groepsaftrek (belastingvermindering voor consortia) – Nationale wettelijke regeling volgens welke consortiumvennootschap geen verlies op nationaal grondgebied kan overdragen aan andere vennootschap van vennootschapsgroep waartoe ‚schakelvennootschap‘ behoort die ook lid is van consortium – Vereiste van vestiging voor schakelvennootschap – Discriminatie op grond van plaats van zetel van vennootschap – Uiteindelijke moedermaatschappij in derde land – Banden tussen vennootschappen via derde landen”

I – Inleiding

1. In het Verenigd Koninkrijk kan een vennootschap verliezen fiscaal overdragen aan een andere vennootschap waarmee zij bepaalde vennootschapsbanden heeft. De prejudiciële verwijzing van het First-Tier Tribunal (Tax Chamber) betreft voornamelijk de vraag of er naar Unierecht sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging indien die verliesoverdracht niet mogelijk is wanneer de vennootschap die de schakel vormt tussen i) de vennootschap die de

verliezen overdraagt en ii) de ontvangende vennootschap, in een andere lidstaat is gevestigd. De nationale rechter wenst voorts te vernemen of naar Unierecht de situatie anders is indien de schakel tussen vennootschappen wordt gevormd door een vennootschap in een derde land.

2. De fiscale regeling inzake groepsaftrek in het Verenigd Koninkrijk maakt het mogelijk om verliezen over te dragen tussen verschillende vennootschappen binnen een vennootschapsgroep⁽²⁾ en/of een consortium⁽³⁾, en derhalve om die verliezen fiscaal te optimaliseren, zonder dat dit evenwel gepaard gaat met een consolidatie van de groep of het consortium tot een fiscaal opzichzelfstaande economische eenheid.⁽⁴⁾

3. Opnieuw wordt het Hof de vraag voorgelegd of de uitsluiting van bepaalde belastingplichtigen van de fiscale regeling van het Verenigd Koninkrijk inzake groepsaftrek verenigbaar is met de vrijheid van vestiging. De uitsluiting van de regeling inzake groepsaftrek betrof in de zaak ICI een binnenlandse houdstermaatschappij die hoofdzakelijk buitenlandse dochterondernemingen bestuurt, in de zaak Marks & Spencer buitenlandse dochterondernemingen en in de zaak Philips Electronics UK de vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap.⁽⁵⁾

4. Op het eerste gezicht bestaat het nieuwe van deze zaak erin dat de banden tussen de vennootschappen via derde landen lopen en dat de uiteindelijke moedermaatschappij⁽⁶⁾ in een derde land is gevestigd. Bij de bespreking kan echter blijken dat die vraag per slot van rekening niet beslissend is voor de beoordeling in casu of de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk in overeenstemming is met het Unierecht.

5. Voorts hangt of er sprake is van een vraag van Unierecht ten dele af van de feitelijke vooronderstelling met betrekking tot het bestaan van een gebruikelijke praktijk in het Verenigd Koninkrijk om doorgaans een vergoeding te betalen bij de overdracht van verliezen tussen vennootschappen. In casu wordt immers uitgegaan van de veronderstelling dat een overdragende vennootschap schade lijdt indien zij de verliezen niet tegen betaling kan overdragen aan verzoekende vennootschappen. Een dergelijk economisch nadeel doet zich alleen voor indien de overdragende vennootschap een cashflownadeel ondervindt omdat het haar onmogelijk is de verliezen onmiddellijk financieel te benutten zonder dat zij daartoe tot een volgend boekjaar moet wachten. Indien een verlies echter zonder enige vergoeding zou worden overgedragen, zou alleen op groepsniveau en niet op het niveau van de overdragende vennootschap een nadeel uit de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk ontstaan.

II – Nationaal recht, feiten, procesverloop en prejudiciële vragen

A – Wetgeving van het Verenigd Koninkrijk

6. De in het hoofdgeding toegepaste nationale bepalingen zijn vervat in de Income and Corporation Taxes Act 1988 (wet inkomsten- en vennootschapsbelasting; hierna: „ICTA”).

7. „Vennootschapsgroep” wordt in section 413(3) ICTA gedefinieerd als volgt: twee vennootschappen worden geacht lid van een vennootschapsgroep te zijn indien de ene een 75 %?dochteronderneming van de andere is of beide 75 %?dochterondernemingen van een derde vennootschap zijn.

8. De ICTA voorziet in twee soorten groepsaftrek: groepsverzoeken om groepsaftrek (die in de zaak Marks & Spencer aan de orde waren) en consortiumverzoeken om groepsaftrek („belastingvermindering voor consortia”) (die in de zaken ICI en Philips Electronics UK aan de orde waren en in deze zaak aan de orde zijn).

9. Volgens section 402 ICTA kan de aftrek voor bedrijfsverliezen en andere in de vennootschapsbelasting aftrekbare bedragen door een vennootschap („overdragende vennootschap”) worden overgedragen en op verzoek van een andere vennootschap („verzoekende vennootschap”) worden toegekend aan de verzoekende vennootschap in de vorm van een vermindering van de vennootschapsbelasting, de zogenaamde „groepsaftrek”. Subsection 3 van die bepaling schrijft voor dat bij de indiening van een zogenoemd „consortiumverzoek” groepsaftrek eveneens mogelijk is in het geval van een overdragende vennootschap en een verzoekende vennootschap, onder andere wanneer een van hen lid is van een vennootschapsgroep en de andere in handen is van een consortium, en een andere vennootschap lid is van zowel de groep als het consortium.

10. Volgens subsection 3A van section 402 ICTA is groepsaftrek slechts mogelijk indien de overdragende vennootschap en de verzoekende vennootschap beide voldoen aan de in Subsection 3B gestelde voorwaarde, namelijk dat de vennootschap in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd of in het Verenigd Koninkrijk handel drijft door middel van een vaste inrichting.

11. Section 406(1) ICTA bevat drie definities. Een „schakelvennootschap” is een vennootschap die lid is van een consortium en tevens lid is van een vennootschapsgroep. Een „consortiumvennootschap”, in verhouding tot een schakelvennootschap, is een vennootschap die eigendom is van het consortium waarvan de schakelvennootschap lid is. Een „groepslid”, in verhouding tot een schakelvennootschap, is een vennootschap die lid is van de groep waarvan de schakelvennootschap ook lid is, maar niet zelf lid is van het consortium waarvan de schakelvennootschap lid is.

12. Volgens section 406(2) ICTA „kan, wanneer de schakelvennootschap [...] een consortiumverzoek zou kunnen indienen voor het verlies of andere bedragen waarvoor recht op aftrek bestaat voor een relevante boekhoudperiode van een consortiumvennootschap, een lid van de groep ieder consortiumverzoek indienen dat de schakelvennootschap zou kunnen indienen” voor hetzelfde deel van de overgedragen verliezen alsof de schakelvennootschap de verzoekende vennootschap was.

13. Het gecombineerde effect van section 402(3A) en (3B) en section 406(2) ICTA is dat de schakelvennootschap voor een belastingvermindering voor consortia in het Verenigd Koninkrijk moet zijn gevestigd of in het Verenigd Koninkrijk handel moet drijven door middel van een vaste inrichting. Met andere woorden, zowel de schakelvennootschap als de overdragende en de verzoekende vennootschap moeten aan de vennootschapsbelasting van het Verenigd Koninkrijk onderworpen zijn.

B – *De vennootschapsgroep en het consortium*

14. In casu zijn Felixstowe Dock and Railway Company Ltd e.a. de „verzoekende vennootschappen”.(7) Zij zijn allemaal lid van de Hutchison Whampoa Group, waarvan de uiteindelijke moedermaatschappij Hutchison Whampoa Ltd is, een in Hongkong opgerichte en gevestigde vennootschap die indirect alle aandelen van de verzoekende vennootschappen bezit.(8)

15. Hutchison 3G UK Ltd is de „overdragende vennootschap” en was volledig in handen van Hutchison 3G UK Holdings Ltd.

16. Hutchison 3G UK Holdings Ltd was de *consortiumvennootschap*. In de betrokken periode was Hutchison 3G UK Holdings Ltd in handen van een consortium bestaande uit Hutchison 3G UK Investments Sàrl, een in Luxemburg opgerichte en gevestigde vennootschap van de Hutchison

Whampoa Group (50,1 %), drie andere op de Britse Maagdeneilanden opgerichte en gevestigde vennootschappen van de Hutchison Whampoa Group (in totaal 14,9 %), en twee andere vennootschappen die geen banden hadden met de Hutchison Whampoa Group (20 % respectievelijk 15 %).

17. Hutchison 3G UK Investments Sàrl was de *schakelvennootschap*, en vormde een schakel tussen de groep en het consortium. Zij was volledig in handen van Hutchison Europe Telecommunications Sàrl, een in Luxemburg opgerichte en gevestigde vennootschap.(9) Beide vennootschappen zijn indirecte 100 %-dochterondernemingen van Hutchison Whampoa Ltd. Andere banden tussen de schakelvennootschap en Hutchison Whampoa Ltd lopen via verschillende in Luxemburg en buiten de EU/EER (Hongkong, de Britse Maagdeneilanden en de Kaaimaneilanden) opgerichte tussenholdings.

C – Hoofdgeding en prejudiciële vragen

18. De overdragende vennootschap was actief als operator van mobiele telefonie. Bij het opzetten van haar netwerk deed zij aanzienlijke uitgaven en in de eerste jaren waarin zij actief was, leed zij derhalve aanzienlijke verliezen. In de betrokken periode was de overdragende vennootschap in de zin van section 406(1)(b) ICTA zoals hierboven uiteengezet in handen van de consortiumvennootschap.

19. De verzoekende vennootschappen, die in dezelfde periode bedrijfswinst hadden gemaakt, wensten de verliezen van de overdragende vennootschap te benutten. Volgens de verwijzingsbeslissing had de overdragende vennootschap overeenkomstig een afspraak binnen de Hutchison Whampoa Group recht op 30 pence per 1 GBP aan overgedragen verlies. De verzoekende vennootschappen waren „groepsleden” in de zin van section 406(1)(c) ICTA, aangezien zij indirecte dochterondernemingen van Hutchison Whampoa Ltd waren, waarin de laatstgenoemde vennootschap een belang van minstens 75 % had.(10)

20. De verzoekende vennootschappen dienden verzoeken om belastingvermindering voor consortia in krachtens de sections 402(3) en 406 ICTA. Hun verzoeken zijn afgewezen op grond dat de schakelvennootschap (die helemaal niet rechtstreeks bij deze procedure was betrokken) niet in het Verenigd Koninkrijk maar in Luxemburg was gevestigd. Zij kon een recht op indiening van een verzoek om belastingvermindering voor consortia niet overdragen aan een ander groepslid in de zin van section 406(1) ICTA, omdat zij op grond van de uitsluiting in section 402(3B) zelf niet het recht had om een dergelijk verzoek in te dienen.

21. Na verwijzing van de zaak naar het First-Tier Tribunal (Tax Chamber) heeft deze rechterlijke instantie de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Verzetten in omstandigheden waarin:

a) de voorschriften van een lidstaat (zoals het Verenigd Koninkrijk) bepalen dat een vennootschap („verzoekende vennootschap”) aanspraak kan maken op groepsaftrek voor de verliezen van een vennootschap die eigendom is van een consortium („consortiumvennootschap”), mits een vennootschap die tot dezelfde vennootschapsgroep als de verzoekende vennootschap behoort, eveneens lid is van het consortium („schakelvennootschap”), en

b) de moedermaatschappij van de vennootschapsgroep (die niet zelf de verzoekende vennootschap, de consortiumvennootschap of de schakelvennootschap is) geen vennootschap naar het recht van het Verenigd Koninkrijk of van een andere lidstaat is,

de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU [voorheen de artikelen 43 EG en 48 EG] zich tegen het vereiste dat de ‚schakelvennootschap‘ ofwel in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd ofwel in het Verenigd Koninkrijk handel drijft door middel van een vaste inrichting aldaar?

2) Zo de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, dient het Verenigd Koninkrijk de verzoekende vennootschap redres te verlenen (bijvoorbeeld door die vennootschap aftrek voor de verliezen van de consortiumvennootschap toe te staan) in omstandigheden waarin:

a) de ‚schakelvennootschap‘ gebruik heeft gemaakt van haar vrijheid van vestiging, maar de consortiumvennootschap en de verzoekende vennootschappen geen van de naar Europees recht beschermde vrijheden hebben uitgeoefend,

b) de schakel(s) tussen de overdragende vennootschap en de verzoekende vennootschap bestaat (bestaan) uit vennootschappen die niet alle in de EU/[Europese Economische Ruimte (EER)] gevestigd zijn?”

22. Felixstowe Dock and Railway Company e.a., de Duitse, de Franse en de Nederlandse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk, alsook de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 3 september 2013 heeft elke partij, behalve de Franse regering, pleidooi gehouden.

III – Analyse

A – *Opmerkingen vooraf*

23. De twee prejudiciële vragen van de verwijzende rechter hebben betrekking op de vrijheid van vestiging. Ik zal mijn analyse baseren op de artikelen 43 EG en 48 EG, aangezien de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU *ratione temporis* niet van toepassing zijn op de situatie in het hoofdgeding.

24. Voor die analyse zal ik de twee vragen samen behandelen. In de eerste plaats wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of in de situatie in het hoofdgeding de artikelen 43 EG en 48 EG zich verzetten tegen het vereiste dat, voor de toepassing van de regeling inzake belastingvermindering voor consortia, de schakelvennootschap ofwel in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd ofwel in het Verenigd Koninkrijk handel drijft door middel van een vaste inrichting. In de tweede plaats wenst hij te vernemen of die artikelen een lidstaat verbieden te eisen dat de laagste gemeenschappelijke moedermaatschappij binnen een vennootschapsgroep waartoe de schakelvennootschap en de vennootschappen waaraan de fiscale verliezen worden overgedragen behoren, in een lidstaat of een EER-staat is gevestigd of dat de banden tussen de schakelvennootschap en de vennootschappen waaraan de fiscale verliezen worden overgedragen alleen uit dergelijke vennootschappen bestaan. Ten slotte vraagt hij of aan de verzoekende vennootschappen redres zoals belastingvermindering voor consortia moet worden verleend indien de regeling van het Verenigd Koninkrijk in strijd is met de vrijheid van vestiging.

25. Vooraf moet duidelijk worden gemaakt dat het in casu niet gaat om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, hoewel, zoals uit de opmerkingen van de Duitse en de Franse regering blijkt, er wordt gevreesd dat de uitkomst van deze zaak afbreuk zou kunnen doen aan hun bevoegdheid om internationale vennootschapsgroepen te belasten die onder zeggenschap van een in een derde land gevestigde moedermaatschappij staan.

26. In casu gaat het immers om de overdracht van verliezen van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die aan de vennootschapsbelasting van het Verenigd Koninkrijk is onderworpen, met het oog op verrekening met de winst van een andere in het Verenigd Koninkrijk

gevestigde vennootschap die in die lidstaat ook aan de vennootschapsbelasting van het Verenigd Koninkrijk is onderworpen. Er is derhalve geen sprake van grensoverschrijdende overdracht van verliezen tussen in verschillende lidstaten gevestigde vennootschappen, die de vraag zou doen rijzen naar de verdeling van de heffingsbevoegdheid, zoals het geval was in de zaken *National Grid Indus*(11) en *Philips Electronics UK*.(12) In het onderhavige geval gaat het alleen om de vraag of de overdracht van verliezen van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap aan een ander consortiumlid voor de belastingvermindering voor consortia afhankelijk mag worden gesteld van de voorwaarde dat de *schakelvennootschap* een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap is of in het Verenigd Koninkrijk een vaste inrichting heeft.

27. In dit verband is het nuttig te verwijzen naar de drie ontwikkelingsstadia van de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk inzake groepsaftrek. Tot 1 april 2000 (dat wil zeggen vóór de in casu relevante periode) was een verzoek om groepsaftrek tussen twee zustervenootschappen niet toegestaan indien hun moedermaatschappij niet in het Verenigd Koninkrijk was gevestigd. Sinds 1 april 2000 (de in casu relevante periode) kunnen vennootschappen van dezelfde groep echter onderling verliezen overdragen ongeacht waar hun moedermaatschappij is gevestigd. Indien de Hutchison Whampoa Group in de betrokken periode (indirect) ten minste 75 % van de overdragende vennootschap in handen had gehad, in plaats van de 65 % die zij werkelijk in handen had, zou derhalve niets eraan in de weg hebben gestaan dat de verzoekende vennootschappen de verliezen van de overdragende vennootschap benutten, aangezien zij een groepslid in de zin van section 402(1) en (2) ICTA zou zijn geweest. In 2010, na het tijdvak waarop het hoofdgeding betrekking heeft, is de regeling van het Verenigd Koninkrijk inzake groepsaftrek bij de Corporation Tax Act 2010 in die zin gewijzigd dat een in de EU/EER gevestigde vennootschap de rol van schakelvennootschap kan vervullen. De nieuwe regeling vereist echter dat de schakelvennootschap en de verzoekende vennootschappen lid zijn van dezelfde groep, zonder tussenkomst van een niet in de EU/EER gevestigde vennootschap.

28. Indien het Hof zou oordelen dat er sprake is van een verboden beperking van fundamentele vrijheden, kan de betrokken wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk bijgevolg niet worden gerechtvaardigd door te verwijzen naar de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. Evenmin kan de samenhang van het belastingstelsel worden aangevoerd als rechtvaardigingsgrond voor de hierboven beschreven ontwikkeling van de wetgeving, die groepsaftrek mogelijk heeft gemaakt ongeacht de nationaliteit van de moedermaatschappij of de andere vennootschappen van de groep dan de overdragende vennootschap en de verzoekende vennootschap. In feite voert het Verenigd Koninkrijk geen argumenten aan ter rechtvaardiging van de gewijzigde nationale regeling, omdat het van mening is dat de situatie in het hoofdgeding niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt.(13)

29. Voorts zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de lidstaten, ook al behoren de directe belastingen tot hun bevoegdheid, die bevoegdheid niet in strijd met het Unierecht, meer in het bijzonder met de in de Verdragen gegarandeerde fundamentele vrijheden, mogen uitoefenen. Zoals advocaat-generaal Kokott heeft opgemerkt, zijn de lidstaten volgens het Unierecht in principe niet verplicht in hun wetgeving inzake de vennootschapsbelasting te voorzien in een groepsaftrek van verliezen, omdat de inrichting van het belastingstelsel een zaak is van iedere lidstaat afzonderlijk. Voor zover in een dergelijk recht is voorzien, moet dit echter in overeenstemming zijn met de fundamentele vrijheden van het Unierecht, in het bijzonder met de vrijheid van vestiging.(14)

B – Werking van de regeling inzake groepsaftrek

30. Uit economisch oogpunt biedt de soort groepsaftrek die van toepassing is in het Verenigd Koninkrijk, de overdragende vennootschap de mogelijkheid om haar verliezen over te dragen aan

de verzoekende vennootschap, die ze van haar belastbare winst kan aftrekken. Dat brengt met zich mee dat de overdragende vennootschap de mogelijkheid verliest om die verliezen fiscaal te benutten, meer in het bijzonder door de verliezen over te dragen naar latere boekjaren.(15)

31. Het lijkt in het Verenigd Koninkrijk een gebruikelijke praktijk te zijn dat verliezen worden overgedragen tegen een vergoeding(16), die vaak overeenstemt met de waarde van de door het verlies uitgespaarde vennootschapsbelasting, ook al is betaling van een vergoeding niet bij wet vereist, behalve misschien voor zover uit de fiduciaire verplichtingen van het bestuur van de overdragende vennootschap volgens het vennootschapsrecht een dergelijke eis zou voortvloeien. In casu hebben de verzoekende vennootschappen zich bijvoorbeeld ertoe verbonden om 30 pence per 1 GBP aan overgedragen verlies te betalen.

32. Aangezien de regeling van het Verenigd Koninkrijk inzake groepsaftrek niet op de fiscale consolidatie van winst en verlies op het niveau van de vennootschapsgroep is gebaseerd, is het duidelijk dat een overdragende vennootschap, als een zelfstandige rechtspersoon met een winsttoogmerk, normaliter niet ermee akkoord kan gaan om zonder vergoeding verliezen over te dragen die zij later zou kunnen benutten om haar eigen toekomstige belastingen te minimaliseren. Door de verliezen over te dragen tegen een vergoeding die het toepasselijke vennootschapsbelastingtarief weerspiegelt, maakt de overdragende vennootschap haar verliezen vroeger (en met meer zekerheid) te gelde, en behaalt zij daardoor een cashflowvoordeel.

33. Indien de bestaande praktijk in het Verenigd Koninkrijk niet was zoals hierboven beschreven, valt niet goed in te zien hoe een overdragende vennootschap reële schade zou kunnen lijden ten gevolge van een wettelijke regeling die haar verhindert om haar verliezen aan een andere vennootschap over te dragen, met andere woorden om activa met een potentieel economische waarde als tegenvordering voor toekomstige belastingsschulden over te dragen aan een buitenstaander tegen een vergoeding die niet hun waarde in handen van de overdragende vennootschap weerspiegelt. Net zo moeilijk zou kunnen worden beweerd dat een wettelijke regeling die een vennootschap met winsttoogmerk verhindert om haar activa zonder een gepaste vergoeding over te dragen, een beperking van de vrijheid van vestiging vormt. Zonder die feitelijke achtergrond zouden de uit de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk voortvloeiende nadelen derhalve niet op het niveau van de overdragende vennootschap worden ondervonden, maar alleen door de vennootschappen die zich op een hoger niveau binnen de groep en het consortium bevinden dan de overdragende vennootschap en de verzoekende vennootschappen, dat wil zeggen op groepsniveau als een hogere belastingdruk voor de groep als geheel.

34. Dat cashflowvoordeel, of de mogelijkheid om een dergelijk voordeel te krijgen, kan de waarde van de overdragende vennootschap, en dienovereenkomstig van een deelneming erin, doen stijgen. Dit betekent dat de mogelijkheid van groepsaftrek voordelig is voor de eigenaren van de overdragende vennootschap, ongeacht of zij directe of indirecte moedermaatschappijen, dan wel consortiumleden met minderheidsbelangen zijn.(17)

35. Voor een verzoekende vennootschap is die oplossing financieel neutraal: zij betaalt de overdragende vennootschap een bedrag dat overeenstemt met de belasting die zij door de overdracht vermijdt in plaats van datzelfde bedrag aan de schatkist te storten. Aangezien de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk ook in de context van belastingvermindering voor consortia vereist dat de verzoekende vennootschap en de schakelvennootschap tot dezelfde groep behoren, verklaart het voordeel dat de groep uit de groepsaftrek behaalt, echter de overeenkomsten die bestaan tussen de verzoekende vennootschappen en de overdragende vennootschappen, aangezien de belastingdruk op groepsniveau vermindert.(18)

C – *Welke fundamentele vrijheid is ratione materiae relevant?*

36. Gelet op de in de rechtspraak van het Hof vastgelegde criteria kan worden betwijfeld of de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk betrekking heeft op de vrijheid van vestiging. Voor de toepassing van de vrijheid van vestiging heeft het Hof belang gehecht aan de mate van zeggenschap over een bepaalde vennootschap. In casu kan de naar nationaal recht vereiste mate van zeggenschap uiteenlopen van 5 %, wat nauwelijks „zeggenschap” geeft, tot 74,99 %. Zoals ik hierna zal uiteenzetten, lijkt dat probleem echter van de baan te zijn gelet op de feiten van de zaak, en de vrijheid van vestiging is ook de context waarin de verwijzende rechter de vragen heeft geplaatst.

37. Aangezien in casu wegens de ingewikkelde vennootschapsstructuur van de Hutchison Whampoa Group een link met derde landen bestaat, rijst de vraag of de relevante wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk moet worden getoetst aan de vrijheid van vestiging, die niet voor derde landen geldt, en/of aan het vrije verkeer van kapitaal, dat ook voor derde landen geldt.

38. Met betrekking tot de vraag of een nationale wettelijke regeling onder de ene of de andere vrijheid van verkeer valt, heeft het Hof in het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11) geoordeeld dat uit vaste rechtspraak volgt dat met het voorwerp van de betrokken wettelijke regeling rekening moet worden gehouden. Een nationale wettelijke regeling die alleen van toepassing is op deelnemingen die de houder in staat stellen een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap uit te oefenen dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, valt binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging. Een nationale regeling die van toepassing is op deelnemingen die zijn verworven met het uitsluitende doel te beleggen, zonder dat de houder invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming wenst uit te oefenen, moet daarentegen uitsluitend aan het vrije verkeer van kapitaal worden getoetst.(19)

39. In situaties waarin het voorwerp van de nationale wettelijke regeling het niet mogelijk maakt uit te maken of zij overwegend onder artikel 49 VWEU dan wel onder artikel 63 VWEU valt, houdt het Hof rekening met de *feitelijke gegevens van het concrete geval* om uit te maken of de *situatie waarop het hoofdgeding betrekking heeft*, onder de ene of de andere van deze bepalingen valt (cursivering van mij).(20)

40. Hier moet een onderscheid worden gemaakt tussen de twee soorten groepsaftrek waarin naar het recht van het Verenigd Koninkrijk is voorzien. De regeling van het Verenigd Koninkrijk *inzake groepsverzoeken om groepsaftrek* heeft, gelet op het voorwerp ervan, duidelijk betrekking op deelnemingen die de houder in staat stellen een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap uit te oefenen dat hij de activiteiten ervan kan bepalen. Zij geldt voor vennootschappen die ten minste 75 % dochterondernemingen zijn. Deze regeling valt derhalve onder de vrijheid van vestiging.

41. Voor de regeling van *consortiumverzoeken om groepsaftrek* is de situatie minder duidelijk. De regeling inzake belastingvermindering voor consortia geldt in situaties waarin ten minste 75 % van het kapitaal van de consortiumvennootschap in handen is van consortiumleden die elk ten minste 5 % maar minder dan 75 % in handen hebben.(21) Dit omvat situaties waarin sprake is van één dominante eigenaar, maar ook situaties waarin sprake is van veel onderling onafhankelijke aandeelhouders. In theorie kan er sprake zijn van een consortiumvennootschap met 20 aandeelhouders die elk een aandeel van 5 % hebben. Dit kan leiden tot een situatie waarin sprake is van 20 schakelvennootschappen en de consortiumvennootschap haar verliezen in fracties van 5 % aan 20 verschillende vennootschapsgroepen kan overdragen.

42. Naar mijn mening is de regeling van het Verenigd Koninkrijk inzake belastingvermindering voor consortia *niet alleen* van toepassing op deelnemingen die de houder in staat stellen een zekere invloed op de besluiten van de vennootschap uit te oefenen. Zoals de vertegenwoordiger

van de verzoekende vennootschappen ter terechtzitting heeft aangevoerd, vereist de belastingwetgeving van het Verenigd Koninkrijk niet dat een wettelijk omschreven gezamenlijke zeggenschap over de consortiumvennootschap door de consortiumleden wordt uitgeoefend.(22) Ik ben derhalve van mening dat holdings die in aanmerking komen voor belastingvermindering voor consortia, kunnen worden aangemerkt als directe investeringen en eventuele beperkingen ervan als beperkingen van het vrije verkeer van kapitaal.(23)

43. De regeling van het Verenigd Koninkrijk staat echter ook situaties toe waarin de consortiumvennootschap onder zeggenschap van één enkele vennootschapsgroep staat. Dat is in casu de situatie van de overdragende vennootschap: 65 % van die vennootschap is indirect in handen van de Hutchison Whampoa Group (50,1 % via de schakelvennootschap en 14,9 % via drie op de Britse Maagdeneilanden gevestigde vennootschappen van de groep). Bijgevolg kan de betrokken regeling in beginsel de vrijheid van vestiging beperken en moet de situatie in het hoofdgeding worden geacht onder die fundamentele vrijheid te vallen.

44. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat de feiten van de zaak onder artikel 43 EG vallen, hetgeen rechtvaardigt dat de regeling van het Verenigd Koninkrijk inzake belastingvermindering voor consortia voornamelijk aan het beginsel van vrijheid van vestiging wordt getoetst.

D – Bestaan van een beperking van de vrijheid van vestiging

45. De vrijheid van vestiging, die in artikel 43 EG aan de EU?staatsburgers wordt toegekend en die voor hen de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen omvat overeenkomstig de bepalingen die door de wetgeving van de lidstaat van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld, brengt overeenkomstig artikel 48 EG voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Unie hebben, het recht mee om hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap. Artikel 43, eerste alinea, tweede volzin, EG biedt de marktdeelnemers uitdrukkelijk de mogelijkheid om vrijelijk de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat past, zodat deze vrije keuze niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen.(24)

46. De wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk vereist dat de schakelvennootschap in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd of in het Verenigd Koninkrijk handel drijft door middel van een vaste inrichting. Die regeling vormt duidelijk een beperking van de vrijheid van vestiging van de schakelvennootschap, die in Luxemburg is gevestigd, en haar directe moedermaatschappij, die ook in Luxemburg is gevestigd.

47. Het Hof heeft in het arrest Marks & Spencer geoordeeld dat een „groepsaftrek als die in het hoofdgeding [...] voor de betrokken vennootschappen een fiscaal voordeel [vormt]. Doordat het verlies van de verliesgevende vennootschappen sneller wordt aangezuiverd wanneer het onmiddellijk wordt verrekend met winst van andere vennootschappen van de groep, is dit voor de vennootschapsgroep een cashflowvoordeel.”(25) Betekent dit dat het nadeel alleen op groepsniveau of door de uiteindelijke moedermaatschappij wordt ondervonden, die in casu een in een derde land gevestigde onderneming is? Volgens mij niet.

48. Feit is dat, zoals reeds is uiteengezet, overeenkomstig de regeling van het Verenigd Koninkrijk inzake groepsaftrek winst en verlies binnen een groep en/of een consortium niet worden verrekend door middel van een geconsolideerde fiscale boekhouding of de overdracht van belastbare winst als groepsbijdrage, maar op basis van overeenkomsten waarbij verliezen tegen

een vergoeding worden overgedragen, zodat een cashflowvoordeel voor de overdragende vennootschap ontstaat. Indien de overdracht van verliezen en derhalve de belastingvermindering voor consortia niet zijn toegestaan wegens de nationaliteit van de schakelvennootschap, ondervindt in de eerste plaats de overdragende vennootschap een financieel nadeel in de vorm van een verlies van een cashflowvoordeel. In de rechtspraak van het Hof is een dergelijk cashflownadeel aangemerkt als een ongunstige behandeling die neerkomt op een beperking.(26) Het door een vennootschap ondervonden nadeel vanwege het feit dat haar moedermaatschappij een ingezeten vennootschap is, is in het arrest Metallgesellschaft e.a. aangemerkt als voldoende om de vrijheid van vestiging te schenden.(27)

49. Dat nadeel wordt ook door de eigenaren van de overdragende vennootschap ondervonden als een vermindering van de waarde van hun deelnemingen, ongeacht of het gaat om zeggenschapsdeelnemingen, duurzame minderheidsbelangen of portefeuillebeleggingen. Uiteraard zijn alleen zeggenschapsdeelnemingen relevant uit het oogpunt van de vrijheid van vestiging.

50. Derhalve bevindt de Luxemburgse schakelvennootschap die indirect 50,1 % van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde overdragende vennootschap in handen heeft, zich in casu in een minder gunstige positie dan een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap in een vergelijkbare situatie wat haar mogelijkheid betreft om een schakel te vormen tussen twee in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen die aan de vennootschapsbelasting van het Verenigd Koninkrijk zijn onderworpen. Dat het nadeel verder wordt weerspiegeld in de waarde van de Luxemburgse schakelvennootschap en derhalve wordt ondervonden door de eigenaren ervan, die deels in een derde land gevestigde vennootschappen zijn, en ten slotte door de in een derde land gevestigde uiteindelijke moedermaatschappij die de ingewikkelde vennootschapsstructuur controleert, verandert daar niets aan.

51. Derhalve is er sprake van directe discriminatie op grond van de nationaliteit van de schakelvennootschap. De regeling van het Verenigd Koninkrijk maakt het voor de moedermaatschappij van de schakelvennootschap voordeliger om haar dochteronderneming in het Verenigd Koninkrijk te vestigen dan elders.

52. Zoals hierboven is uiteengezet, heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk geen redenen aangevoerd die de door de nationale wettelijke regeling opgelegde beperking zouden kunnen rechtvaardigen. Bijgevolg kan ik die kwestie hier niet behandelen.

53. Thans moet ook worden nagegaan of de verzoekende vennootschappen zich in feite op de vrijheid van vestiging mogen beroepen. Blijkens het arrest Philips Electronics UK(28) kunnen vennootschappen zich voor belastingdoeleinden beroepen op de beperking van de vrijheid van vestiging van een andere vennootschap waarmee zij verbonden zijn, voor zover die beperking invloed heeft op de belastingen die zij zelf moeten betalen. Dat de overdragende vennootschap noch de verzoekende vennootschappen zelf van de vrijheid van vestiging gebruik hebben gemaakt, is dus in dit verband niet relevant.

54. Derhalve mogen de verzoekende vennootschappen zich voor hun eigen belastingdoeleinden beroepen op de beperking van de vrijheid van vestiging van de schakelvennootschap voor zover de regeling van het Verenigd Koninkrijk, zoals uitgelegd door de nationale rechter, niet verenigbaar is met de artikelen 43 EG en 48 EG.

55. Mijn tussenconclusie is dat het vereiste dat, voor een consortiumverzoek om groepsaftrek, de schakelvennootschap in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd of er een vaste inrichting heeft, een ongerechtvaardigde beperking van de vrijheid van vestiging vormt, en de artikelen 43 EG en 48 EG zich bijgevolg ertegen verzetten.

E – Derde landen en vrijheid van vestiging

56. Hoe de vrijheid van vestiging zich tot derde landen verhoudt, is in casu belangrijk aangezien de verwijzende rechter met zijn tweede vraag wenst te vernemen of het Verenigd Koninkrijk de verzoekende vennootschap redres moet verlenen, bijvoorbeeld door die vennootschap aftrek voor de verliezen van de consortiumvennootschap toe te staan, in omstandigheden waarin de schakelvennootschap gebruik heeft gemaakt van de vrijheid van vestiging, maar de consortiumvennootschap en de verzoekende vennootschappen geen van de naar Europees recht beschermde vrijheden hebben uitgeoefend, en de schakel(s) tussen de overdragende vennootschap en de verzoekende vennootschap bestaat (bestaan) uit vennootschappen die niet alle in de EU/EER zijn gevestigd.

57. Deze kwestie moet volgens mij worden onderzocht in de context van de eerste vraag, omdat zij in wezen de materiële inhoud van de vrijheid van vestiging betreft, en niet een mogelijk redres in welke procedurele betekenis van het begrip dan ook.⁽²⁹⁾ Met andere woorden, zou het nog steeds toegestaan zijn te eisen dat de schakelvennootschap een in de EU/EER gevestigde vennootschap is of dat de keten tussen de overdragende vennootschap en de verzoekende vennootschappen geen in een derde land gevestigde vennootschappen bevat, ook al verzette het Verdrag zich tegen het vereiste dat de schakelvennootschap een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap is of daar een vaste inrichting heeft?

58. Anders dan het vrije verkeer van kapitaal geldt de vrijheid van vestiging niet voor derde landen. Betekent dit dat EU?vennootschappen die in feite worden gecontroleerd door vennootschappen of natuurlijke personen uit derde landen, zijn uitgesloten van de vrijheid van vestiging? Met andere woorden, wordt afbreuk gedaan aan de vrijheid van vestiging van de Luxemburgse schakelvennootschap doordat zij wordt gecontroleerd door een in een derde land gevestigde moedermaatschappij?

59. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat artikel 48 EG vennootschappen die in overeenstemming met de wettelijke regeling van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging in de Europese Unie hebben, voor de vrijheid van vestiging gelijkstelt met staatsburgers van de lidstaten. Zoals het Hof in het arrest ICI⁽³⁰⁾ heeft geoordeeld, dient de zetel van de vennootschap in de zin van artikel 48 EG, naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen, ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een bepaalde staat.

60. Uit de Verdragen of de rechtspraak van het Hof kan niet worden afgeleid dat de door het Unierecht aan de in artikel 48 EG bedoelde vennootschappen verleende vrijheid van vestiging wordt beperkt of dat er afbreuk aan wordt gedaan doordat die vennootschappen worden gecontroleerd door rechtspersonen of natuurlijke personen uit derde landen. De hoedanigheid van EU?vennootschap is gebaseerd op de plaats van de zetel van de vennootschap en de rechtsorde waarin de vennootschap is opgericht, en niet op de nationaliteit van de aandeelhouders ervan. Indien die EU?vennootschappen niet onder die vrijheid vielen, zouden veel in de Europese Unie gevestigde rechtspersonen van de vrijheid van vestiging worden uitgesloten, en lidstaten zouden hen anders ook, niet alleen fiscaal, discrimineren.

61. In het arrest Halliburton Services⁽³¹⁾ is aangetoond dat aan de rechten van in lidstaten

gevestigde vennootschappen uit hoofde van het Unierecht geen afbreuk werd gedaan doordat hun moedermaatschappij, Halliburton Inc., in de Verenigde Staten van Amerika was gevestigd. Uit dat arrest kunnen echter geen verdergaande conclusies worden getrokken met betrekking tot situaties waarin EU?vennootschappen zonder gemeenschappelijke EU?moedermaatschappij tot een niet in de Europese Unie gevestigde vennootschapsgroep behoren. In het arrest Halliburton Services had de nationale rechter reeds bevestigd dat volgens het bilaterale belastingverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten van Amerika, de Nederlandse dochteronderneming die de Nederlandse vaste inrichting van de Duitse dochteronderneming had gekocht, niet mocht worden gediscrimineerd op grond van het feit dat de moedermaatschappij van de groep in de Verenigde Staten was opgericht.(32)

62. In casu genieten de schakelvennootschap, die in Luxemburg is geregistreerd, en haar directe moedermaatschappij, die ook in Luxemburg is geregistreerd, derhalve de vrijheid van vestiging, ongeacht of zij uiteindelijk door de in Hongkong gevestigde moedermaatschappij worden gecontroleerd.

F – Toegestane beperkingen

63. Betekent dit dat het Verenigd Koninkrijk geen ononderbroken keten binnen de EU/EER tussen de overdragende vennootschap en de verzoekende vennootschappen kan eisen? De Commissie stelt in haar opmerkingen dat het Verenigd Koninkrijk een dergelijk vereiste kan stellen, maar dit niet deed voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde periode.

64. Volgens mij maakt die situatie dat aspect van de vragen van de verwijzende rechter niet hypothetisch, noch maakt zij de kwestie van derde landen niet-relevant in die zin dat zij niet hoeft te worden onderzocht door het Hof. In een situatie waarin een nationale regeling „buitenlandse” rechtspersonen of natuurlijke personen discrimineert en derhalve in strijd is met het Unierecht, is het in feite niet ondenkbaar dat een nationale rechter dit kan verhelpen door een uitlegging op grond waarvan die discriminatie van EU/EER?ingezetenen of ?vennootschappen wordt opgeheven zonder de voordelen van integratie uit te breiden tot rechtspersonen of natuurlijke personen uit derde landen. Of dit wettelijk mogelijk is, wordt bepaald door het nationale recht. Het Unierecht vereist niet dat andere fundamentele vrijheden dan het vrije verkeer van kapitaal worden uitgebreid tot personen uit derde landen.(33)

65. In het arrest *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*(34) heeft het Hof situaties waarin de moedermaatschappij die in de Europese Unie gevestigde kredietgevers en -nemers controleerde niet in een lidstaat was gevestigd, uitgesloten van de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging. Het Hof oordeelde dat de behandeling van rente die door de kredietnemer werd betaald als winstuitkering afbreuk deed aan de vrijheid van vestiging, maar uitsluitend aan die van de in een derde land gevestigde moedermaatschappij die een zodanige zeggenschap uitoefende op de twee andere vennootschappen dat zij de keuze van financiering van die vennootschappen kon beïnvloeden. In een dergelijke situatie waren de artikelen 43 EG en 48 EG niet van toepassing.

66. Aangezien de vrijheid van vestiging niet voor derde landen geldt, verzet het Unierecht zich niet ertegen dat de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk vereist dat de schakelvennootschap in de EU/EER is gevestigd. Met andere woorden, indien in de context van belastingvermindering voor consortia een overdragende vennootschap geen verliezen kan overdragen indien de desbetreffende schakelvennootschap een in een derde land gevestigde vennootschap is, valt de situatie buiten de werkingssfeer van artikel 43 EG. Indien in het hoofdgeding de schakelvennootschap, die lid van zowel het consortium als de groep is, bijvoorbeeld op de Britse Maagdeneilanden in plaats van in Luxemburg was opgericht, zou geen beroep kunnen worden gedaan op haar vrijheid van vestiging om een verzoek om

belastingvermindering voor consortia in te dienen. Dit zou zelfs het geval zijn indien de moedermaatschappij van de op de Britse Maagdeneilanden gevestigde vennootschappen opnieuw een in de EU/EER gevestigde vennootschap was.

67. Ik heb hierboven een uitlegging voorgesteld volgens welke de vrijheid van vestiging wordt geschonden wanneer verliezen niet kunnen worden overgedragen indien de schakelvennootschap een in de EU/EER gevestigde vennootschap is, maar geen sprake is van schending wanneer de schakelvennootschap een in een derde land gevestigde vennootschap is. Daar heb ik de regeling inzake belastingvermindering voor consortia benaderd *vanuit het standpunt van de overdragende vennootschap* en het nadeel dat zij kan ondervinden, dat afbreuk doet aan de vrijheid van vestiging van de eigenaren ervan. Het probleem moet ook *vanuit het standpunt van de verzoekende vennootschappen* worden onderzocht.

68. De wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk vereist dat verzoekende vennootschappen tot dezelfde groep behoren als de schakelvennootschap. Met andere woorden, de verzoekende vennootschap moet een 75 %-dochteronderneming van de schakelvennootschap zijn of omgekeerd, of beide moeten 75 %-dochterondernemingen van een derde vennootschap zijn. In casu zijn de schakelvennootschap en de verzoekende vennootschappen volledige dochterondernemingen van Hutchison International Limited, een in Hongkong gevestigde vennootschap die zelf een volledige dochteronderneming van de uiteindelijke moedermaatschappij van de groep is, Hutchison Whampoa Ltd. De keten van de schakelvennootschap en de verzoekende vennootschappen tot hun gemeenschappelijke moedermaatschappij loopt zowel via in de EU/EER als via in derde landen gevestigde vennootschappen; zij hebben geen in de EU/EER gevestigde gemeenschappelijke moedermaatschappij.

69. In een stelsel zoals de regeling van het Verenigd Koninkrijk inzake belastingvermindering voor consortia, kan een nationale regeling inzake de band die moet bestaan tussen de schakelvennootschap en de verzoekende vennootschap afbreuk doen aan de vrijheid van vestiging van hun laagste gemeenschappelijke moedermaatschappij, die het financiële voordeel geniet dat voortvloeit uit de mogelijkheid om de verliezen van een vennootschap te verrekenen met de belastbare winst van een andere vennootschap, wat leidt tot een lagere gezamenlijke belastingschuld van de (sub)groep aan het hoofd waarvan zij staat. Indien die laagste gemeenschappelijke moedermaatschappij een in de EU/EER gevestigde vennootschap is, kan die nationale regeling inzake de band een verboden beperking van de vrijheid van vestiging vormen. Indien die laagste gemeenschappelijke moedermaatschappij een in een derde land gevestigde onderneming is, valt de situatie volgens de redenering in het arrest *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* buiten de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging.

70. Indien de keten tussen de laagste in de EU/EER gevestigde gemeenschappelijke moedermaatschappij en de schakelvennootschap en/of de verzoekende vennootschappen via derde landen loopt, valt de situatie voorts buiten de werkingssfeer van de artikelen 43 EG en 48 EG. De vrijheid van vestiging breidt het recht om dochterondernemingen of filialen in lidstaten op te richten niet uit tot in derde landen gevestigde rechtspersonen. De nationaliteit van aandeelhouders met zeggenschap is net zo min relevant voor het bestaan van de vrijheid van vestiging in het geval van in de EU/EER gevestigde vennootschappen als voor het *niet-bestaan* ervan in het geval van in een derde land gevestigde ondernemingen.

G – *Vrij verkeer van kapitaal*

71. Zoals ik reeds heb uiteengezet, is het mogelijk dat de desbetreffende regeling van het Verenigd Koninkrijk inzake belastingvermindering voor consortia kan of moet worden geacht het vrije verkeer van kapitaal, meer in het bijzonder directe investeringen in het kapitaal van de schakelvennootschap, te beperken. Voor wat betrekkingen binnen de EU/EER betreft, zou dat

volgens mij de uitkomst van de bovenstaande analyse niet veranderen, omdat de onmogelijkheid om verliezen over te dragen ook een nadeel voor de aandeelhouders van de schakelvennootschap oplevert, ongeacht of zij een zeggenschapsdeelneming dan wel een kleinere deelneming hebben.

72. Indien afbreuk wordt gedaan aan het vrije verkeer van kapitaal, moet de werkingssfeer van de belastingvermindering van het Verenigd Koninkrijk voor consortia worden uitgebreid tot in een derde land gevestigde vennootschappen. Aangezien de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk tot en met 31 december 1993 ook in derde landen gevestigde schakelvennootschappen van de werkingssfeer van belastingvermindering voor consortia uitsloot, vallen de desbetreffende bepalingen op grond van de standstillclausule van artikel 57, lid 1, EG (thans artikel 64, lid 1, VWEU) echter niet onder het verbod op beperkingen van het vrije verkeer van kapitaal.⁽³⁵⁾

H – Voorgestelde antwoorden

73. Ik geef het Hof derhalve in overweging op de eerste vraag te antwoorden dat in omstandigheden als die van het hoofdgeding de artikelen 43 EG en 48 EG zich verzetten tegen het vereiste dat, voor de toepassing van een regeling inzake belastingvermindering voor consortia, de schakelvennootschap in de betrokken lidstaat is gevestigd of in die lidstaat handel drijft door middel van een vaste inrichting aldaar. Die artikelen *verbieden* een lidstaat echter *niet* om te eisen dat de laagste gemeenschappelijke moedermaatschappij binnen de vennootschapsgroep waartoe de schakelvennootschap en de vennootschappen waaraan de fiscale verliezen worden overgedragen behoren, een in de EU/EER gevestigde vennootschap is en dat de banden tussen de schakelvennootschap en de vennootschappen waaraan de fiscale verliezen worden overgedragen, alleen uit in de EU/EER gevestigde vennootschappen bestaan. Het volstaat om de tweede vraag op dezelfde wijze te beantwoorden als de vierde vraag in het arrest Philips Electronics UK.

IV – Conclusie

74. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het First-Tier Tribunal (Tax Chamber) te beantwoorden als volgt:

„1) In omstandigheden als die van het hoofdgeding verzetten de artikelen 43 EG en 48 EG (thans de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU) zich tegen het vereiste dat, voor de toepassing van een regeling inzake belastingvermindering voor consortia, de schakelvennootschap in de betrokken lidstaat is gevestigd of in die lidstaat handel drijft door middel van een vaste inrichting aldaar. Die artikelen verzetten zich er echter niet tegen dat een nationale wettelijke regeling vereist dat de laagste gemeenschappelijke moedermaatschappij binnen de vennootschapsgroep waartoe de schakelvennootschap en de vennootschappen waaraan de fiscale verliezen worden overgedragen behoren, is gevestigd in een van de lidstaten of in een land van de Europese Economische Ruimte, en dat de banden tussen de schakelvennootschap en de vennootschappen waaraan de fiscale verliezen worden overgedragen, alleen uit dergelijke vennootschappen bestaan.

2) De nationale rechter moet met de artikelen 43 EG en 48 EG strijdige bepalingen van de nationale wettelijke regeling buiten toepassing laten.”

1 – Oorspronkelijke taal: Engels.

2 – In de onderhavige context wordt onder een vennootschapsgroep verstaan een groep moedermaatschappijen en dochterondernemingen die als een economische eenheid onder gezamenlijke zeggenschap handelen.

3 – In algemene bewoordingen kan een consortium worden aangemerkt als een vereniging van twee of meer vennootschappen met het doel aan een gemeenschappelijke activiteit deel te nemen of hun middelen te bundelen om een gemeenschappelijk doel te verwezenlijken. Naar het belastingrecht van het Verenigd Koninkrijk is er echter slechts sprake van een consortium indien een bepaalde mate van eigendom is bereikt, zonder dat een gemeenschappelijk doel is vereist.

4 – Zie conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro van 7 april 2005 in de zaak Marks & Spencer (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 17).

5 – Arrest van 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695); reeds aangehaald arrest Marks & Spencer, en arrest van 6 september 2012, Philips Electronics UK (C-18/11).

6 – In casu moet een onderscheid worden gemaakt tussen de begrippen „laagste gemeenschappelijke moedermaatschappij” en „uiteindelijke moedermaatschappij”. De laagste gemeenschappelijke moedermaatschappij kan worden gekenmerkt als volgt: vennootschap C is de *laagste gemeenschappelijke moedermaatschappij* van de vennootschappen A en B indien A en B haar directe of indirecte dochterondernemingen zijn en vennootschap C geen dochteronderneming D heeft, die een moedermaatschappij van zowel A als B zou zijn. De *uiteindelijke moedermaatschappij* van een vennootschapsgroep is een vennootschap die een directe of indirecte moedermaatschappij van alle vennootschappen van de groep is, maar zelf geen dochteronderneming van een andere vennootschap is.

7 – De verzoekende vennootschappen zijn Felixstowe Dock and Railway Company Ltd, Savers Health and Beauty Ltd, Walton Container Terminal Ltd, WPCS (UK) Finance Ltd, AS Watson Card Services (UK) Ltd, Hutchison Whampoa (Europe) Ltd, Kruidvat UK Ltd en Superdrug Stores plc.

8 – De relevante entiteiten tussen Hutchison Whampoa Ltd en de verzoekende vennootschappen waren verschillende buiten de EU/EER (Hongkong of de Britse Maagdeneilanden) en in de EU (het Verenigd Koninkrijk of Nederland) opgerichte tussenholdings.

9 – Een lid van de Hutchison Whampoa Group heeft later (op 23 juni 2005) die laatste twee vennootschappen verworven, zodat Hutchison 3G UK Holdings Ltd zelf lid van de groep werd zoals gedefinieerd in Section 413(3)(a) ICTA.

10 – Volgens Section 413(3) ICTA.

11 – Arrest van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, Jurispr. blz. I-12273, punt 45).

12 – Punt 23. Andere arresten waarin de vraag naar de verdeling van de heffingsbevoegdheid aan de orde was, zijn bijvoorbeeld het reeds aangehaalde arrest Marks & Spencer, punt 45; arresten van 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Jurispr. blz. I-3601, punt 31); 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, Jurispr. blz. I-1215, punt 28), en 21 februari 2013, A (C-123/11, punt 23).

13 – De Nederlandse regering is daarentegen van mening dat er sprake is van een gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van vestiging.

14 – Zie conclusie van advocaat-generaal Kokott van 19 april 2012 in de zaak Philips Electronics UK, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

- 15 – Zie conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak Marks & Spencer, punt 15.
- 16 – Zie conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Philips Electronics UK, punten 14 en 29.
- 17 – De aard van een cashflownadeel dat op groepsniveau als een beperking van de vrijheid van vestiging wordt ondervonden, is door advocaat-generaal Sharpston benadrukt in haar conclusie in de zaak Lidl Belgium, punten 29 en 30.
- 18 – Dat voordeel op groepsniveau is door het Hof erkend in het reeds aangehaalde arrest Marks & Spencer, punt 32 (hieronder aangehaald).
- 19 – Arrest van 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, punten 90-92).
- 20 – Reeds aangehaald arrest Test Claimants in the FII Group Litigation, punten 93 en 94.
- 21 – Zie de Sections 402(3), 406(1) en 413(6) ICTA.
- 22 – Dit is anders dan in het arrest van 24 mei 2007, Holböck (C-157/05, Jurispr. blz. I-4051), waarin sprake was van gezamenlijke zeggenschap over een vennootschap door aandeelhouders met een minderheidsbelang.
- 23 – Dienaangaande zij eraan herinnerd dat investeringen die zeggenschap verlenen altijd *directe investeringen* zijn, maar dat er ook investeringen zijn die geen zeggenschap verlenen maar evenmin louter *financieel*, dat wil zeggen *portefeuillebeleggingen*, zijn omdat hiermee een stabiele relatie met de doelvennootschap wordt nagestreefd. Met betrekking tot directe investeringen naar Unierecht heeft het Hof geoordeeld dat kapitaalbewegingen in verband met een vestiging of directe investeringen in beginsel onder artikel 63 VWEU, inzake het vrije verkeer van kapitaal, vallen. Directe investeringen zijn een vorm van participatie in een onderneming door aandeelhouderschap die de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over deze onderneming (zie arresten van 17 september 2009, Glaxo Wellcome, C-182/08, Jurispr. blz. I-8591, punt 40, en 21 oktober 2010, Idryma Typou, C-81/09, Jurispr. blz. I-10161, punt 48, en reeds aangehaald arrest Test Claimants in the FII Group Litigation, C-35/11, punt 102). Volgens de OESO-terminologie wordt met buitenlandse directe investeringen het doel nagestreefd een duurzaam belang te verwerven. Dit impliceert het bestaan van een duurzame relatie en een aanzienlijke mate van invloed op het beheer van de onderneming. 10 % of meer direct of indirect stemrechtenbezit wijst op een dergelijke relatie. Zie *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 4e editie, 2008, blz. 48, punt 117, en Modelverdrag inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, verkorte versie, 2010 (beschikbaar in het Engels op www.oecd.org). Zie ook Smit, D., *EU Freedoms, Non-EU Countries and Company Taxation*, Kluwer Law International, 2012, blz. 64 en 68.
- 24 – Reeds aangehaald arrest Philips Electronics UK, punten 12 en 13.
- 25 – Reeds aangehaald arrest Marks & Spencer, punt 32.
- 26 – Arrest van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punt 84).
- 27 – Arrest van 8 maart 2011, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punt 43).

28 – Punt 39.

29 – Zie conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Philips Electronics UK, punt 81.

30 – Punt 20.

31 – Arrest van 12 april 1994, Halliburton Services (C-1/93, Jurispr. blz. I-1137).

32 – Zie punt 6 van het arrest.

33 – Deze situatie verschilt van het geval van onwettig verleende staatssteun, die volgens de rechtspraak niet met terugwerkende kracht „wettig kan worden gemaakt”. Het gaat hier eerder om de grenzen van een Unierechtelijke verplichting van een lidstaat dan om de gevolgen van een niet-nakoming ervan. Zie arrest van 21 oktober 2003, Van Calster e.a. (C-261/01 en C-262/01, Jurispr. blz. I-12249).

34 – Arrest van 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Jurispr. blz. I-2107, punten 98-100).

35 – Opgemerkt zij dat aan Section 402(3A) en (3B) ICTA, die in 2000 is vastgesteld, een bepaling voorafging volgens welke onder „vennootschap” alleen in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen werden verstaan. Zie Section 258(7) ICTA 1970 (aangehaald in het arrest ICI, punt 6).