ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

12 september 2006 *

In zaak C-196/04,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de Special Commissioners of Income Tax, London (Verenigd Koninkrijk), bij beslissing van 29 april 2004, ingekomen bij het Hof op 3 mei 2004, in de procedure

Cadbury Schweppes plc,

Cadbury Schweppes Overseas Ltd

tegen

Commissioners of Inland Revenue,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, P. Jann en A. Rosas, kamerpresidenten, J. N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, K. Lenaerts (rapporteur), E. Juhász, G. Arestis en A. Borg Barthet, rechters,

* Procestaal: Engels.

advocaat-generaal: P. Léger,
griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 13 december 2005,

gelet op de opmerkingen van:

— Cadbury Schweppes plc en Cadbury Schweppes Overseas Ltd, vertegenwoordigd door J. Ghosh, barrister, en J. Henderson, adviser,

— de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door R. Caudwell als gemachtigde, bijgestaan door D. Anderson, QC, alsmede door M. Lester en D. Ewart, barristers,

— de Belgische regering, vertegenwoordigd door E. Dominkovits als gemachtigde,

— de Deense regering, vertegenwoordigd door J. Molde als gemachtigde,

— de Duitse regering, vertegenwoordigd door A. Tiemann en U. Forsthoff als gemachtigden,

— de Spaanse regering, vertegenwoordigd door L. Fraguas Gadea en M. Muñoz Pérez als gemachtigden,

— de Franse regering, vertegenwoordigd door G. de Bergues en C. Mercier als gemachtigden,

— Ierland, vertegenwoordigd door D. O'Hagan als gemachtigde, bijgestaan door R. L. Nesbitt en A. Collins, SC, alsmede door P. McGarry, BL,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door I. M. Braguglia als gemachtigde, bijgestaan door A. Cingolo, avvocato dello Stato,

— de Cypriotische regering, vertegenwoordigd door A. Pantazi als gemachtigde,

— de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Fernandes en J. de Menezes Leitão als gemachtigden,

— de Finse regering, vertegenwoordigd door A. Guimaraes-Purokoski als gemachtigde,

— de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Kruse en I. Willfors als gemachtigden,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal als gemachtigde,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 2 mei 2006,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 43 EG, 49 EG en 56 EG.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Cadbury Schweppes plc (hierna: „CS") en Cadbury Schweppes Overseas Ltd (hierna: „CSO"), enerzijds, en de Commissioners of Inland Revenue, anderzijds, inzake door CSO verschuldigde belasting over de winst die in 1996 werd gemaakt door Cadbury Schweppes Treasury International (hierna: „CSTI"), een dochteronderneming van de in het International Financial Services Centre (internationaal financieel dienstencentrum) te Dublin (Ierland) (hierna: „IFSC") gevestigde groep Cadbury Schweppes.

Nationale wettelijke regeling

3 Volgens de belastingwetgeving van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland is een in deze lidstaat gevestigde vennootschap in de zin van deze wetgeving (hierna: „binnenlandse vennootschap"), in deze staat vennootschapsbelasting verschuldigd over haar wereldwijde winst. Hiertoe worden gerekend de winsten van filialen of van agentschappen, via welke de binnenlandse vennootschap haar activiteiten buiten het Verenigd Koninkrijk uitoefent.

4 De binnenlandse vennootschap wordt daarentegen in beginsel niet belast over de winsten van haar dochterondernemingen op het ogenblik dat deze worden gemaakt. Zij wordt evenmin belast over de dividenden die door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochteronderneming worden uitgekeerd. De dividenden die door een in het buitenland gevestigde dochteronderneming aan de binnenlandse vennootschap worden uitgekeerd, worden echter wel belast bij die vennootschap. Ter voorkoming van dubbele belasting voorziet de belastingwetgeving van het Verenigd Koninkrijk echter in een belastingkrediet voor de binnenlandse vennootschap ten belope van de belasting die de buitenlandse dochtervennootschap heeft betaald op het ogenblik dat de winst werd gemaakt.

5 De wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op de gecontroleerde buitenlandse vennootschappen (hierna: „GBV") bevat een uitzondering op de algemene regel dat een binnenlandse vennootschap niet wordt belast over de winsten van een dochteronderneming op het ogenblik dat deze worden gemaakt.

6 Deze wetgeving, die vervat ligt in de Sections 747 tot en met 756 van en in de Schedules 24 tot en met 26 bij de Income and Corporation Taxes Act 1988 (wet van 1988 inzake de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting) bepaalt dat de winsten van een GBV — te weten volgens de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding toepasselijke versie van die wetgeving (hierna: „wetgeving op de GBV") een buitenlandse vennootschap die voor meer dan 50 % in handen is van de binnenlandse vennootschap — aan de binnenlandse vennootschap worden toegerekend en bij deze vennootschap worden belast, waarbij een belastingkrediet wordt toegekend voor de belasting die de GBV reeds heeft betaald in de staat waar zij is gevestigd. Wanneer deze winst vervolgens aan de binnenlandse vennootschap wordt uitgekeerd in de vorm van een dividend, wordt de door deze laatste in het Verenigd Koninkrijk betaalde belasting over de winst van de GBV aangezien als een aanvullende, door deze GBV in het buitenland betaalde belasting die recht geeft op een belastingkrediet dat kan worden verrekend met de door de binnenlandse vennootschap over deze dividenden verschuldigde belasting.

7 De wetgeving op de GBV is van toepassing wanneer de GBV in de staat waar zij is gevestigd, een „lager belastingtarief" geniet, wat volgens deze wetgeving het geval is voor elk belastingjaar waarin de door de GBV betaalde belasting minder bedraagt dan driekwart van het bedrag dat in het Verenigd Koninkrijk zou zijn betaald aan belasting over de belastbare winst, zoals die in deze lidstaat voor de belastingheffing wordt berekend.

8 De wetgeving op de GBV voorziet in een aantal uitzonderingen op de toepassing van deze belasting. In de versie van deze wetgeving die van kracht was ten tijde van de feiten van het hoofdgeding, werd de belasting niet geheven in volgende gevallen:

— wanneer de GBV een „aanvaardbaar uitkeringsbeleid" voert, wat inhoudt dat een bepaald percentage (90 % in 1996) van de winst binnen 18 maanden wordt uitgekeerd en belast bij een binnenlandse vennootschap;

— wanneer de GBV „vrijgestelde activiteiten" in de zin van de genoemde wetgeving uitoefent, zoals bepaalde handelsactiviteiten verricht in een handelsvestiging;

— wanneer de GBV voldoet aan de voorwaarde van openbare notering, wat inhoudt dat 35 % van het stemrecht in handen is van het publiek, dat de dochteronderneming beursgenoteerd is en dat haar aandelen op een erkende aandelenbeurs worden verhandeld, en

— wanneer de belastbare winst van de GBV 50 000 GBP niet overschrijdt (exceptie de minimis).

9 De belastingheffing waarin de wetgeving op de GBV voorziet, is eveneens uitgesloten wanneer is voldaan aan de zogenaamde „motive test". Deze bevat twee cumulatieve voorwaarden.

10 Enerzijds moet de binnenlandse vennootschap, wanneer de activiteiten van de GBV die voor het betrokken belastingjaar winst hebben opgeleverd, leiden tot een vermindering van belasting in het Verenigd Koninkrijk in vergelijking met de belasting die verschuldigd zou zijn geweest indien de betrokken activiteiten niet hadden plaatsgehad, en het bedrag van deze vermindering een bepaalde drempel overschrijdt, bewijzen dat een dergelijke vermindering het hoofddoel noch één van de hoofddoelen van deze activiteiten was.

11 Anderzijds moet de binnenlandse vennootschap bewijzen dat in het betrokken belastingjaar het verkrijgen van een belastingvermindering in het Verenigd Koninkrijk door middel van winstverschuiving de hoofdreden noch één van de hoofdredenen voor het bestaan van de GBV was. Volgens deze wetgeving is er sprake van winstverschuiving als redelijkerwijze kan worden aangenomen dat, indien de GBV of een andere buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde verbonden vennootschap, niet had bestaan, de inkomsten naar een in het Verenigd Koninkrijk gevestigd persoon zouden zijn gegaan en daar zouden zijn belast.

12 In de verwijzingsbeslissing wordt ook gepreciseerd dat de belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk in 1996 een lijst van staten heeft gepubliceerd waar, onder bepaalde voorwaarden, een GBV kan worden opgericht en haar activiteiten kan uitoefenen en daarbij wordt geacht te voldoen aan de voorwaarden voor vrijstelling van de belasting waarin de wetgeving op de GBV voorziet.

Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vraag

13 CS, een binnenlandse vennootschap, is de moedervennootschap van de Cadbury Schweppes-groep, die bestaat uit vennootschappen, gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, in andere lidstaten en in derde staten. Deze groep heeft met name twee dochterondernemingen in Ierland: Cadbury Schweppes Treasury Services (hierna: „CSTS") en CSTI, die indirect door CS worden gecontroleerd via een aantal dochterondernemingen met aan het hoofd CSO.

14 CSTS en CSTI, die in de IFSC zijn gevestigd, werden ten tijde van de feiten van het hoofdgeding belast tegen een tarief van 10 %.

15 De activiteiten van CSTS en CSTI bestaan uit het aantrekken van middelen en het ter beschikking stellen van deze middelen aan de dochterondernemingen van de Cadbury Schweppes-groep.

16 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat CSTS in de plaats is gekomen van een soortgelijke constructie op Jersey. Zij werd opgericht met een drieledig doel. In de eerste plaats moest een belastingprobleem van Canadese belastingplichtigen met preferente aandelen van CS worden verholpen, in de tweede plaats wilde men vermijden aan de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk toestemming te moeten vragen voor leningen in het buitenland en in de derde plaats wilde men de bronbelasting op binnen de groep uitgekeerde dividenden onder de regeling van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB L 225, blz. 6) verminderen. Volgens de verwijzingsbeslissing konden deze drie doelstellingen worden bereikt als CSTS was opgericht naar het recht van het Verenigd Koninkrijk en in deze lidstaat was gevestigd.

17 CSTI is een dochteronderneming van CSTS. Volgens de verwijzende rechter werd zij in Ierland opgericht om niet onder toepassing van bepaalde deviezenregels uit het belastingrecht van het Verenigd Koninkrijk te vallen.

18 Volgens de verwijzingsbeslissing staat vast dat CSTS en CSTI te Dublin zijn gevestigd met als enig doel, de winsten uit de interne financiering van de Cadbury Schweppes-groep onder de belastingregeling voor het IFSC te laten vallen.

19 Gelet op het belastingtarief dat wordt toegepast op vennootschappen die in dit centrum zijn gevestigd, werd de winst van CSTS en CSTI „minder zwaar belast" in de zin van de wetgeving op de GBV. Voor het belastingjaar 1996 heeft de belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk geoordeeld dat niet was voldaan aan de voorwaarden om deze dochterondernemingen te kunnen vrijstellen van de belastingheffing waarin deze wetgeving voorziet.

20 Bijgevolg hebben de Commissioners of Inland Revenue bij beschikking van 18 augustus 2000 krachtens de wet op de GBV van CSO een bedrag van 8 638 633,54 GBP gevorderd als vennootschapsbelasting over de winsten van CSTI in het op 28 december 1996 afgesloten belastingjaar. De aanslag betreft alleen de winsten van deze laatste vennootschap, aangezien CSTS in hetzelfde belastingjaar verlies heeft geleden.

21 Op 21 augustus 2000 hebben CS en CSO tegen deze belastingaanslag beroep ingesteld bij de Special Commissioners of Income Tax, London. Zij voeren voor deze rechterlijke instantie aan dat de wetgeving op de GBV in strijd is met de artikelen 43 EG, 49 EG en 56 EG.

22 De verwijzende rechter merkt op dat in de bij hem aanhangige zaak, een aantal twijfels bestaan inzake de toepassing van het gemeenschapsrecht.

23 In de eerste plaats vraagt hij zich af of CS, door in andere lidstaten vennootschappen op te richten en van kapitaal te voorzien met als enig doel, in aanmerking te komen

voor een gunstiger belastingregeling dan de in het Verenigd Koninkrijk geldende regeling, geen misbruik heeft gemaakt van de door het EG-Verdrag ingevoerde vrijheden.

24 Gesteld dat CS slechts daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt van de genoemde vrijheden, vraagt de verwijzende rechter zich in de tweede plaats af, of in de omstandigheden van de onderhavige zaak de wetgeving op de GBV moet worden beschouwd als een beperking van deze vrijheden of als een discriminerende regeling.

25 Voor het geval dat genoemde wetgeving als een beperking van de in het Verdrag neergelegde vrijheden moet worden beschouwd, vraagt de verwijzende rechter zich in de derde plaats af, of ingeval CS geen hogere belasting betaalt dan CSTS en CSTI zouden hebben betaald indien zij in het Verenigd Koninkrijk waren gevestigd, dit het bestaan van een dergelijke beperking uitsluit. Hij heeft ook vragen in verband met de relevantie van, enerzijds, de verschillen die er op sommige punten bestaan tussen de regels voor de berekening van de belasting over de inkomsten van CSTS en CSTI, en de regels die normaliter van toepassing zijn op de dochterondernemingen van CS in genoemde lidstaat, en anderzijds het feit dat de verliezen van een GBV niet kunnen worden afgetrokken van de winsten van een andere GBV, of van de winsten van CS en haar dochterondernemingen in het Verenigd Koninkrijk, terwijl een dergelijke aftrek zou zijn toegestaan indien CSTS en CSTI in deze lidstaat waren gevestigd.

26 Voor het geval dat de wetgeving op de GBV als discriminerend moet worden beschouwd, vraagt hij zich in de vierde plaats af, of er een parallel moet worden gemaakt tussen de feiten van het hoofdgeding en het geval dat CS dochterondernemingen zou hebben opgericht in het Verenigd Koninkrijk dan wel dochterondernemingen zou hebben gevestigd in een lidstaat waar geen lager belastingtarief in de zin van deze wetgeving van toepassing is.

27 Voor het geval dat de wetgeving op de GBV als discriminerend of als een beperking van de vrijheid van vestiging zou worden aangemerkt, vraagt hij zich in de vijfde plaats af, of deze wetgeving kan worden gerechtvaardigd door de strijd tegen belastingontwijking, aangezien zij vermindering of verschuiving van in het Verenigd Koninkrijk belastbare winst beoogt te beletten, en of zij in voorkomend geval kan worden beschouwd als een evenredige maatregel gelet op het doel ervan en op de vrijstelling waarvan vennootschappen kunnen genieten die, anders dan CS, in het kader van de „motive test" kunnen aantonen dat zij geen belastingontwijking nastreven.

28 Gelet op al deze vragen hebben de Special Commissioners of Income Tax, London, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Verzetten de artikelen 43 EG, 49 EG en 56 EG zich tegen een nationale belastingwetgeving, zoals aan de orde in het hoofdgeding, die onder welbepaalde omstandigheden een in die lidstaat gevestigde vennootschap belast over de winst van een dochteronderneming die is gevestigd in een andere lidstaat die een lager belastingtarief hanteert?"

De prejudiciële vraag

29 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 43 EG, 49 EG en 56 EG zich verzetten tegen een nationale belastingwetgeving zoals aan de orde in het hoofdgeding, die onder bepaalde voorwaarden de moedervennootschap belast over de door een GBV gemaakte winst.

30 Deze vraag moet aldus worden begrepen dat zij eveneens betrekking heeft op artikel 48 EG, dat voor de toepassing van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, gelijkstelt met de in artikel 43 EG bedoelde natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.

31 Volgens vaste rechtspraak vallen nationale bepalingen die van toepassing zijn op de deelneming door een onderdaan van de betrokken lidstaat in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, die hem een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, binnen de materiële werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging (zie in die zin arresten van 13 april 2000, Baars, C-251/98, Jurispr. blz I-2787, punt 22, en 21 november 2002, X en Y, C-436/00, Jurispr. blz. I-10829, punt 37).

32 In casu betreft de wetgeving op de GBV de belasting, onder bepaalde voorwaarden, van de winst van buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochterondernemingen waarin een binnenlandse vennootschap een deelneming heeft die haar de controle over deze dochteronderneming verleent. Deze wetgeving moet bijgevolg worden onderzocht tegen de achtergrond van de artikelen 43 EG en 48 EG.

33 In de veronderstelling dat, zoals verzoeksters in het hoofdgeding en Ierland stellen, deze wetgeving het vrij verrichten van diensten en het vrije verkeer van kapitaal beperkt, zijn deze beperkingen een onvermijdelijk gevolg van een eventuele belemmering van de vrijheid van vestiging en rechtvaardigen zij in geen geval dat genoemde wetgeving afzonderlijk wordt getoetst aan de artikelen 49 EG en 56 EG (zie in die zin arrest van 14 oktober 2004, Omega, C-36/02, Jurispr. blz. I-9609, punt 27).

34 Alvorens de wetgeving op de GBV te toetsen aan de artikelen 43 EG en 48 EG moet worden geantwoord op de voorafgaande vraag van de verwijzende rechter die erop is gericht te vernemen of het feit dat een in een lidstaat gevestigde vennootschap in een andere lidstaat vennootschappen opricht en van kapitaal voorziet met als enig doel, in aanmerking te komen voor een gunstiger belastingregeling dan de in de laatstgenoemde staat geldende regeling, misbruik van de vrijheid van vestiging oplevert.

35 Onderdanen van een lidstaat mogen de krachtens het Verdrag geschapen mogelijkheden inderdaad niet misbruiken om zich te onttrekken aan de werkingssfeer van hun nationale wetgeving. Zij kunnen zich niet met het oog op misbruik of bedrog beroepen op het gemeenschapsrecht (arresten van 7 februari 1979, Knoors, 115/78, Jurispr. blz. 399, punt 25; 3 oktober 1990, Bouchoucha, C-61/89, Jurispr. blz. I-3551, punt 14, en 9 maart 1999, Centros, C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punt 24).

36 Een onderdaan van de Gemeenschap, zij het een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, kan echter niet de mogelijkheid worden ontnomen om zich op de bepalingen van het Verdrag te beroepen op de enkele grond dat hij profiteert van fiscale voordelen die gelden in een andere lidstaat dan die waar hij woont of is gevestigd (zie in die zin arrest van 11 december 2003, Barbier, C-364/01, Jurispr. blz. I-15013, punt 71).

37 Inzake de vrijheid van vestiging heeft het Hof reeds geoordeeld dat de omstandigheid dat de vennootschap in een lidstaat is opgericht met het doel gebruik te maken van een gunstiger wettelijke regeling, op zich geen misbruik van deze vrijheid oplevert (zie in deze zin arrest Centros, reeds aangehaald, punt 27, en arrest van 30 september 2003, Inspire Art, C-167/01, Jurispr. blz. I-10155, punt 96).

38 Bijgevolg levert, zoals verzoeksters in het hoofdgeding en de Belgische regering, alsmede, ter terechtzitting, de Cypriotische regering hebben beklemtoond, de omstandigheid dat CS in casu heeft beslist om CSTS en CSTI in het IFSC te vestigen met de openlijke bedoeling te genieten van de gunstiger fiscale regeling die een dergelijke vestiging biedt, op zich geen misbruik op. Deze omstandigheid sluit dus niet uit dat CS de artikelen 43 EG en 48 EG kan inroepen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Centros, punt 18, en Inspire Art, punt 98).

39 Bijgevolg moet worden onderzocht of de artikelen 43 EG en 48 EG zich verzetten tegen een wetgeving als deze op de GBV.

40 Volgens vaste rechtspraak behoren de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten, doch zijn deze verplicht, die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen (arresten van 29 april 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97, Jurispr. blz. I-2651, punt 19; 7 september 2004, Manninen, C-319/02, Jurispr. blz. I-7477, punt 19, en 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 29).

41 De vrijheid van vestiging die in artikel 43 EG aan de gemeenschapsonderdanen wordt toegekend, en die voor hen de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst alsmede de oprichting en het bestuur van ondernemingen onder dezelfde voorwaarden als in de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld, omvat, brengt overeenkomstig artikel 48 EG voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, het recht mee om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap (zie met name arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35; arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 30, en arrest van 23 februari 2006, Keller Holding, C-471/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 29).

42 Hoewel de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan het voordeel van de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst beogen te garanderen, verbieden zij de lidstaat van oorsprong ook de vestiging in een andere lidstaat van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap te bemoeilijken (zie met name arrest van 16 juli 1998, ICI, C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 21, en arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 31).

43 In casu staat vast dat de wetgeving op de GBV voorziet in een verschillende behandeling van binnenlandse vennootschappen naar gelang van het belastingtarief waaraan de vennootschap waarin zij een deelneming hebben die hun de controle over die vennootschap verleent, onderworpen is.

44 Wanneer een binnenlandse vennootschap een GBV heeft opgericht in een lidstaat waar deze in de zin van de wetgeving op de GBV aan een lager belastingtarief is onderworpen, worden de winsten van een dergelijke gecontroleerde vennootschap krachtens deze wetgeving toegerekend aan de binnenlandse vennootschap, die over deze winst wordt belast. Wanneer de gecontroleerde vennootschap daarentegen is opgericht en wordt belast in het Verenigd Koninkrijk of in een staat waarin zij niet tegen een lager tarief in de zin van genoemde wetgeving wordt belast, is deze wetgeving niet van toepassing en wordt de binnenlandse vennootschap overeenkomstig de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk inzake de vennootschapsbelasting, in dergelijke omstandigheden niet belast over de winsten van de gecontroleerde vennootschap.

45 Dit verschil in behandeling levert een fiscaal nadeel op voor de binnenlandse vennootschap waarop de wetgeving op de GBV van toepassing is. Immers, zelfs wanneer rekening wordt gehouden — zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk

en de Deense, de Duitse, de Franse, de Portugese en de Zweedse regering suggereren — met de door de verwijzende rechter genoemde mogelijkheid dat de binnenlandse vennootschap over de winst van een binnen de werkingssfeer van de genoemde wetgeving vallende GBV geen hogere belasting betaalt dan die welke over die winst zou zijn geheven indien deze door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochteronderneming was behaald, neemt dit niet weg dat krachtens een dergelijke wetgeving deze binnenlandse vennootschap wordt belast over de winst van een andere rechtspersoon. Dit is evenwel niet het geval wanneer een binnenlandse vennootschap een dochteronderneming heeft die in het Verenigd Koninkrijk wordt belast of een buiten deze lidstaat gevestigde dochteronderneming heeft die niet tegen een lager tarief wordt belast.

46 Zoals verzoeksters in het hoofdgeding, Ierland en de Commissie van de Europese Gemeenschappen betogen, heeft het uit de wetgeving op de GBV voortvloeiende verschil in fiscale behandeling en het daaruit volgende nadeel voor de binnenlandse vennootschappen die een dochteronderneming hebben die in een andere lidstaat tegen een lager tarief wordt belast, tot gevolg dat de vrijheid van vestiging voor dergelijke vennootschappen wordt belemmerd, doordat zij ervan worden afgebracht om een dochteronderneming op te richten, te verwerven of te behouden in een lidstaat waar deze tegen een dergelijk tarief wordt belast. Bijgevolg vormen zij een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van de artikelen 43 EG en 48 EG.

47 Een dergelijke beperking is slechts toelaatbaar wanneer zij gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Daarenboven moet in een dergelijk geval de beperking geschikt zijn om het aldus nagestreefde doel te verwezenlijken en mag ze niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (arresten van 15 mei 1997, Futura Participations en Singer, C-250/95, Jurispr. blz. I-2471, punt 26, en 11 maart 2004, De Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Jurispr. blz. I-2409, punt 49, en arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 35).

48 De regering van het Verenigd Koninkrijk, ondersteund door de Deense, de Duitse, de Franse, de Portugese, de Finse en de Zweedse regering, betoogt dat de wetgeving op de GBV een specifieke vorm van belastingontwijking beoogt te bestrijden, die erin bestaat dat een binnenlandse vennootschap winsten kunstmatig overdraagt van de lidstaat waarin deze winsten werden gemaakt, naar een staat met een laag belastingniveau door daar een dochteronderneming op te richten en door transacties te sluiten die hoofdzakelijk bedoeld zijn om een dergelijke winstoverdracht naar deze dochteronderneming mogelijk te maken.

49 In dit verband volgt uit vaste rechtspraak dat het bestaan van een voordeel in de vorm van een lage belastingdruk voor een dochteronderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de moedervennootschap is opgericht, deze laatste lidstaat op zich niet het recht verleent om dit voordeel te compenseren door de moedervennootschap fiscaal minder gunstig te behandelen (zie in deze zin arrest van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk, 270/83, Jurispr. blz. 273, punt 21; zie eveneens, mutatis mutandis, arresten van 26 oktober 1999, Eurowings Luftverkehr, C-294/97, Jurispr. blz. I-7447, punt 44, en 26 juni 2003, Skandia en Ramstedt, C-422/01, Jurispr. blz. I-6817, punt 52). De noodzaak om lagere belastinginkomsten te voorkomen is niet een van de in artikel 46, lid 1, EG genoemde rechtvaardigingsgronden en evenmin een dwingende reden van algemeen belang die een beperking van een door het Verdrag ingevoerde vrijheid kunnen rechtvaardigen (zie in die zin arrest van 3 oktober 2002, Danner, C-136/00, Jurispr. blz. I-8147, punt 56, en arrest Skandia en Ramstedt, reeds aangehaald, punt 53).

50 Uit de rechtspraak volgt eveneens dat de omstandigheid alleen dat een binnenlandse vennootschap in een andere lidstaat een tweede vestiging, zoals een dochteronderneming, opricht, niet voldoende is om uit te gaan van een algemeen vermoeden van belastingfraude en geen rechtvaardigingsgrond kan zijn voor een maatregel die afbreuk doet aan de uitoefening van een bij het Verdrag beschermde fundamentele vrijheid (zie in die zin arrest ICI, reeds aangehaald, punt 26; arrest van 26 september 2000, Commissie/België, C-478/98, Jurispr. blz. I-7587, punt 45; arrest X en Y, reeds aangehaald, punt 62, en arrest van 4 maart 2004, Commissie/Frankrijk, C-334/02, Jurispr. blz. I-2229, punt 27).

51 Daarentegen kan een nationale maatregel die de vrijheid van vestiging beperkt, gerechtvaardigd zijn wanneer hij specifiek gericht is op volstrekt kunstmatige

constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken (zie in die zin arrest ICI, reeds aangehaald, punt 26; arrest van 12 december 2002, Lankhorst-Hohorst, C-324/00, Jurispr. blz. I-11779, punt 37; arresten De Lasteyrie du Saillant, reeds aangehaald, punt 50, en Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 57).

52 Bij de beoordeling van het gedrag van de belastingplichtige moet in het bijzonder rekening worden gehouden met het doel dat met de vrijheid van vestiging wordt beoogd (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Centros, punt 25, en X en Y, punt 42).

53 Dat doel bestaat erin, een onderdaan van een lidstaat in staat te stellen een tweede vestiging op te richten in een andere lidstaat om er zijn activiteiten uit te oefenen en zo de economische en sociale vervlechting in de Gemeenschap op het terrein van de niet in loondienst verrichte werkzaamheden te bevorderen (zie arrest van 21 juni 1974, Reyners, 2/74, Jurispr. blz. 631, punt 21). De vrijheid van vestiging houdt daartoe in dat een gemeenschapsonderdaan duurzaam kan deelnemen aan het economische leven van een andere lidstaat dan zijn staat van herkomst en daar voordeel uit kan halen (arrest van 30 november 1995, Gebhard, C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 25).

54 Gelet op dit doel om in de lidstaat van ontvangst te integreren, impliceert het begrip vestiging in de zin van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging, de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging in deze lidstaat (zie arresten van 25 juli 1991, Factortame e.a., C-221/89, Jurispr. blz. I-3905, punt 20, en 4 oktober 1991, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-246/89, Jurispr. blz. I-4585, punt 21). Dit veronderstelt bijgevolg dat de betrokken vennootschap werkelijk gevestigd is in de lidstaat van ontvangst en daar daadwerkelijk een economische activiteit uitoefent.

55 Bijgevolg kan een beperking van de vrijheid van vestiging slechts door de strijd tegen misbruiken worden gerechtvaardigd, wanneer zij specifiek tot doel heeft, gedragingen te verhinderen die erin bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.

56 Net als de in punt 49 van het reeds aangehaalde arrest Marks & Spencer bedoelde praktijken, die erin bestonden de verliesoverdracht binnen een vennootschapsgroep zo te organiseren dat het verlies wordt overgedragen aan vennootschappen die zijn gevestigd in lidstaten waar het belastingtarief het hoogst en de fiscale waarde van dit verlies dus het grootst is, kan het in het vorige punt beschreven soort gedragingen een aantasting opleveren van het recht van de lidstaten om hun belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op hun grondgebied plaatsvinden, en zo de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar brengen (zie arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 46).

57 Gelet op deze overwegingen moet worden nagegaan of de uit de wetgeving op de GBV voortvloeiende beperking van de vrijheid van vestiging kan worden gerechtvaardigd door de strijd tegen volstrekt kunstmatige constructies, en in voorkomend geval of deze beperking in verhouding staat tot dit doel.

58 Deze wetgeving ziet op situaties waarin een binnenlandse vennootschap een GBV heeft opgericht, die in de lidstaat waar de GBV gevestigd is, wordt belast tegen een belastingtarief dat leidt tot een bedrag dat minder bedraagt dan driekwart van het bedrag dat in het Verenigd Koninkrijk aan belasting verschuldigd zou zijn indien de winst van deze GBV in deze lidstaat zou worden belast.

59 Door te bepalen dat de winst van een GBV die onder een zeer voordelig belastingregime valt, moet worden opgenomen in de belastinggrondslag van de

binnenlandse vennootschap, kan de wetgeving op de GBV praktijken tegenwerken die uitsluitend zijn bedoeld om de normaal over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied verschuldigde belasting te ontwijken. Zoals de Franse, de Finse en de Zweedse regering hebben beklemtoond, kan een dergelijke wetgeving dus het doel bereiken waarvoor ze is vastgesteld.

60 Dan moet nog worden nagegaan of deze wetgeving niet verder gaat dan nodig is om dit doel te bereiken.

61 De wetgeving op de GBV voorziet in een aantal uitzonderingsgevallen waarin de winst van de GBV niet wordt belast bij de binnenlandse vennootschap. Op grond van enkele van die uitzonderingen kan deze laatste worden vrijgesteld in situaties waarin het bestaan van een volstrekt kunstmatige constructie met een louter fiscaal doel uitgesloten lijkt. Zo wijst de uitkering door de GBV van nagenoeg de volledige winst aan een binnenlandse vennootschap op de afwezigheid van de bedoeling om aan belasting in het Verenigd Koninkrijk te ontsnappen. Het verrichten van handelsactiviteiten door de GBV sluit het bestaan van een kunstmatige constructie zonder wezenlijke economische band met de lidstaat van ontvangst uit.

62 Wanneer geen van deze uitzonderingen van toepassing is, kan de in de wetgeving op de GBV voorziene belasting buiten toepassing worden gelaten indien de vestiging en de activiteiten van de GBV voldoen aan de „motive test". Deze test eist in wezen dat de binnenlandse vennootschap enerzijds aantoont dat de aanzienlijke vermindering van belasting in het Verenigd Koninkrijk die volgt uit de transacties tussen deze vennootschap en de GBV, het hoofddoel noch één van de hoofddoelen van deze transacties was, en anderzijds dat het verkrijgen van een dergelijke belasting-vermindering de hoofdreden noch een van de hoofdredenen voor de oprichting van de GBV was.

63 Zoals verzoeksters in het hoofdgeding, de Belgische regering en de Commissie hebben opgemerkt, volstaan het feit dat geen enkele uitzondering waarin de wetgeving op de GBV voorziet, van toepassing is, en dat de wil om een belastingvoordeel te verkrijgen aan de bron lag van de oprichting van de GBV, en de transacties tussen deze laatste en de binnenlandse vennootschap niet, om te concluderen dat er een volstrekt kunstmatige constructie bestaat die alleen bedoeld is om deze belasting te ontwijken.

64 Voor de vaststelling van het bestaan van een dergelijke constructie is immers naast een subjectief element, namelijk de wil om een belastingvoordeel te verkrijgen, ook vereist dat uit een geheel van objectieve elementen blijkt dat, in weerwil van de formele vervulling van de door gemeenschapsregeling gestelde voorwaarden, het door de vrijheid van vestiging beoogde doel — zoals dat in de punten 54 en 55 van dit arrest is uiteengezet — niet werd bereikt (zie in die zin arresten van 14 december 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, Jurispr. blz. I-11569, punten 52 en 53, en 21 februari 2006, Halifax e.a., C-255/02, Jurispr. blz. I-1609, punten 74 en 75).

65 In deze omstandigheden is de wetgeving op de GBV slechts in overeenstemming met het gemeenschapsrecht indien de toepassing van de belasting waarin deze wetgeving voorziet, is uitgesloten wanneer, ondanks het bestaan van een fiscale beweegreden, de oprichting van een GBV verbonden is met een economische realiteit.

66 Deze oprichting moet verbonden zijn met een reële vestiging die daadwerkelijk een economische activiteit in de lidstaat van ontvangst uitoefent, zoals blijkt uit de in de punten 52 tot en met 54 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak.

67 Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie ter terechtzitting hebben opgemerkt, moet deze vaststelling berusten op objectieve en door derden

controleerbare elementen die onder meer verband houden met de mate van fysiek bestaan van de GBV in termen van lokalen, personeel en uitrusting.

68 Indien het onderzoek naar dergelijke elementen leidt tot de vaststelling dat de GBV een fictieve vestiging is die geen enkele daadwerkelijke economische activiteit verricht op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst, moet de oprichting van deze GBV als een volstrekt kunstmatige constructie worden beschouwd. Dit zou onder meer het geval kunnen zijn met een „brievenbusmaatschappij" of een „schijnvennootschap" (zie arrest van 2 mei 2006, Eurofood IFSC, C-341/04, Jurispr. blz. I-3813, punten 34 en 35).

69 Zoals de advocaat-generaal in punt 103 van zijn conclusie heeft vastgesteld, wettigt daarentegen de omstandigheid dat de activiteiten die de winst van de GBV hebben gegenereerd, even goed hadden kunnen worden uitgeoefend door een vennootschap die is gevestigd op het grondgebied van de lidstaat waar de binnenlandse vennootschap is gevestigd, niet de conclusie dat het gaat om een volstrekt kunstmatige constructie.

70 De binnenlandse vennootschap, die daartoe het best geplaatst is, moet in staat worden gesteld om het bewijs aan te dragen dat de GBV een reële vestiging is die daadwerkelijk activiteiten uitoefent.

71 Gelet op de door de binnenlandse vennootschap verstrekte inlichtingen kunnen de bevoegde nationale autoriteiten, om de nodige informatie over de reële situatie van de GBV te verkrijgen, beroep doen op de mechanismen van samenwerking en uitwisseling van informatie tussen de nationale belastingdiensten die in het leven zijn geroepen door juridische instrumenten zoals die welke door Ierland zijn genoemd in zijn schriftelijke opmerkingen, te weten richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde

autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen (PB L 336, blz. 15), en met betrekking tot de onderhavige zaak, de op 2 juni 1976 tussen het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en Ierland gesloten overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting naar het inkomen en naar vermogenswinsten.

72 In casu staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of, zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk betoogt, de „motive test", zoals gedefinieerd in de wetgeving op de GBV, aldus kan worden uitgelegd dat de toepassing van de belasting waarin deze wetgeving voorziet, kan worden beperkt tot volstrekt kunstmatige constructies dan wel of, integendeel, de criteria waarop deze test berust, betekenen dat, wanneer geen enkele van de uitzonderingen waarin deze wetgeving voorziet, van toepassing is, en de wens om een belastingvermindering in het Verenigd Koninkrijk te verkrijgen een van de hoofdredenen is om de GBV op te richten, de binnenlandse moedervennootschap binnen de werkingssfeer van die wetgeving valt ondanks het ontbreken van objectieve elementen die het bestaan van een dergelijke constructie aantonen.

73 In het eerste geval moet de wetgeving op de GBV als verenigbaar met de artikelen 43 EG en 48 EG worden aangemerkt.

74 In het tweede geval daarentegen moet, zoals verzoeksters in het hoofdgeding, de Commissie en, ter terechtzitting, de Cypriotische regering hebben betoogd, worden vastgesteld dat deze wetgeving in strijd is met de artikelen 43 EG en 48 EG.

75 Gelet op het voorgaande moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat de artikelen 43 EG en 48 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de opneming in de belastinggrondslag van een in een lidstaat gevestigde binnenlandse vennootschap van door een GBV in een andere lidstaat gemaakte winst wanneer deze winst daar lager wordt belast dan in eerstgenoemde lidstaat,

tenzij een dergelijke opneming gebeurt in geval van een volstrekt kunstmatige constructie, opgezet om de normaal verschuldigde nationale belasting te ontwijken. Een dergelijke belastingmaatregel moet bijgevolg buiten toepassing worden gelaten wanneer uit objectieve en door derden controleerbare elementen blijkt dat ondanks het bestaan van fiscale beweegredenen de betrokken GBV daadwerkelijk in de lidstaat van ontvangst is gevestigd en er daadwerkelijk economische activiteiten uitoefent.

Kosten

76 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Grote kamer) verklaart voor recht:

De artikelen 43 EG en 48 EG moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de opneming in de belastinggrondslag van een in een lidstaat gevestigde binnenlandse vennootschap van door een gecontroleerde buitenlandse vennootschap in een andere lidstaat gemaakte winst wanneer deze winst daar lager wordt belast dan in eerstgenoemde lidstaat, tenzij een dergelijke opneming gebeurt in geval van een volstrekt kunstmatige constructie, opgezet om de normaal verschuldigde nationale belasting te ontwijken. Een dergelijke belastingmaatregel moet bijgevolg buiten toepassing worden gelaten wanneer uit objectieve en door derden controleerbare elementen blijkt dat ondanks het bestaan van fiscale beweegredenen, de betrokken gecontroleerde buitenlandse vennootschap daadwerkelijk in de lidstaat van ontvangst is gevestigd en er daadwerkelijk economische activiteiten uitoefent.

ondertekeningen