CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 19 november 2009 [1]

I — Inleiding

1. Het Nederlandse belastingrecht biedt ingezeten vennootschappen de mogelijkheid om met hun binnenlandse dochterondernemingen een fiscale eenheid te vormen. Dit heeft met name tot gevolg dat de winsten en verliezen van de in de fiscale eenheid opgenomen vennootschappen bij de moedervennootschap worden geconsolideerd en dat intragroepstransacties fiscaal neutraal blijven. Dochterondernemingen met zetel in een andere lidstaat kunnen niet in een fiscale eenheid worden opgenomen.

2. De Hoge Raad betwijfelt of dit verschil in behandeling tussen binnenlandse en buitenlandse dochterondernemingen gerechtvaardigd is in het licht van het arrest Marks & Spencer [2] en de daaropvolgende arresten [3], in het bijzonder uit hoofde van de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.

3. Volgens de aan de procedure deelnemende lidstaten is de Nederlandse regeling inzake de fiscale eenheid verenigbaar met de vrijheid van vestiging. X Holding BV (hierna: „X Holding") en de Commissie zijn de tegenovergestelde mening toegedaan. Zij wijzen erop dat volgens de Nederlandse regeling buitenlandse vaste inrichtingen van een Nederlandse vennootschap wel in een fiscale eenheid kunnen worden opgenomen. Bijgevolg moet dit ook mogelijk zijn voor dochterondernemingen met zetel in een andere lidstaat.

II — Rechtskader

4. De Overeenkomst tussen Nederland en België tot het vermijden van dubbele belasting van 5 juni 2001 [4] (hierna: „DBV") bepaalt

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

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

3 — Zie met name arresten van 7 september 2006, N (C-470/04, Jurispr. blz. I-7409); 18 juli 2007, Oy AA (C-231/05, Jurispr. blz. I-6373), en 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Jurispr. blz. I-3601).

4 — Trb. 2001, 136.

overeenkomstig het OESO-Modelverdrag in artikel 7, lid 1:

„Winst van een onderneming van een verdragsluitende Staat is slechts in die Staat belastbaar, tenzij de onderneming in de andere verdragsluitende Staat haar bedrijf uitoefent met behulp van een aldaar gevestigde vaste inrichting. Indien de onderneming aldus haar bedrijf uitoefent, mag de winst van de onderneming in de andere Staat worden belast, maar slechts in zoverre als zij aan die vaste inrichting kan worden toegerekend."

5. Wanneer een in Nederland gevestigde belastingplichtige inkomsten krijgt die overeenkomstig artikel 7 DBV in België belastbaar zijn, worden deze inkomsten op grond van artikel 23, lid 2, DBV in Nederland vrijgesteld doordat een vermindering van zijn belasting wordt toegestaan overeenkomstig de Nederlandse voorschriften tot het vermijden van dubbele belasting. [5]

6. Artikel 15, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, zoals van toepassing in 2003 (hierna: „Wet VPB"), regelt de fiscale eenheid als volgt:

„Ingeval een belastingplichtige (moedermaatschappij) de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95 percent van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een andere belastingplichtige (dochtermaatschappij) wordt op verzoek van beide belastingplichtigen de belasting van hen geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. De belasting wordt geheven bij de moedermaatschappij. De belastingplichtigen tezamen worden in dat geval aangemerkt als fiscale eenheid. Van een fiscale eenheid kan meer dan één dochtermaatschappij deel uitmaken."

7. Ingevolge artikel 15, lid 3, sub c, Wet VPB kunnen alleen in Nederland gevestigde belastingplichtigen een fiscale eenheid vormen. In artikel 15, lid 4, Wet VPB wordt op deze regel een uitzondering gemaakt voor in de Europese Unie gevestigde vennootschappen, voor zover zij over een vaste inrichting in Nederland beschikken, waarvan de inkomsten op grond van een dubbelbelastingverdrag in Nederland belastbaar zijn.

8. Volgens de verklaring van de verwijzende rechter heeft de regeling inzake de fiscale eenheid tot gevolg dat de winsten en verliezen van de verschillende, in de fiscale eenheid

5 — Zie de bepalingen van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (waarnaar verwijzing in de punten 10 en 11 van deze conclusie).

opgenomen vennootschappen in hetzelfde belastingjaar fiscaal kunnen worden verrekend. De overbrenging van vermogensbestanddelen tussen twee tot de fiscale eenheid behorende vennootschappen en de binnen de eenheid verrichte diensten blijven bovendien fiscaal neutraal.

9. Wanneer een dochteronderneming niet in een fiscale eenheid is opgenomen, kunnen de verliezen van deze vennootschap niet worden verrekend met de winst van de moedervennootschap. De aandelen in deze dochteronderneming vormen voor de moedervennootschap een deelneming. Op grond van artikel 13, lid 1, Wet VPB blijven (positieve of negatieve) resultaten uit hoofde van een deelneming voor de winstbepaling buiten aanmerking. Een verlies op een deelneming (afwaarderingsverlies) kan daardoor in beginsel niet op de belastbare winst van de moedervennootschap in mindering worden gebracht. Toch is het op grond van artikel 13d Wet VPB onder bepaalde voorwaarden mogelijk een bij liquidatie van een deelneming gerealiseerd verlies in mindering op de winst te brengen.

10. Met betrekking tot de fiscale behandeling van de inkomsten van buitenlandse vaste inrichtingen bepaalt artikel 33 van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 dat deze inkomsten worden opgenomen in de belastinggrondslag van de hoofdvennootschap in Nederland. Tegelijk worden zij van belasting vrijgesteld doordat een vermindering op de belastingschuld wordt toegestaan voor het bedrag dat gelijk is aan het evenredige aandeel van binnenlandse vennootschapsbelasting op deze inkomsten.

11. Indien het verlies van een buitenlandse vaste inrichting in mindering is gekomen op de Nederlandse belastinggrondslag, geldt ingevolge artikel 35 van dit besluit dat toekomstige positieve resultaten van de vaste inrichting pas worden vrijgesteld voor zover zij de eerder afgetrokken verliezen overschrijden (inhaalregeling).

III — Feiten, prejudiciële vragen en procesverloop

12. X Holding BV is een kapitaalvennootschap met zetel in Nederland. Zij bezit alle aandelen in de in België gevestigde vennootschap F NV. F heeft in Nederland geen vaste inrichting en is overigens daar ook niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen.

13. In 2003 hebben X Holding en F verzocht om als fiscale eenheid te worden aangemerkt. De belastingdienst heeft dit verzoek afgewezen, omdat F haar zetel niet in Nederland heeft. Nadat X Holding deze afwijzing in eerste aanleg tevergeefs had aangevochten, heeft zij cassatieberoep bij de Hoge Raad ingesteld op grond van schending van de in de artikelen 43 EG en 48 EG gewaarborgde vrijheid van vestiging.

14. De Hoge Raad heeft het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 43 EG in verbinding met artikel 48 EG aldus worden uitgelegd dat dit artikel eraan in de weg staat dat een nationale regeling van een lidstaat […] volgens welke regeling een moedervennootschap en haar dochtervennootschap ervoor kunnen kiezen dat de belasting van hen wordt geheven bij de in die lidstaat gevestigde moedervennootschap alsof er één belastingplichtige is, die keuzemogelijkheid voorbehoudt aan vennootschappen die voor de belasting van hun winst zijn onderworpen aan de fiscale jurisdictie van de betrokken lidstaat?"

15. In de procedure voor het Hof zijn opmerkingen ingediend door X Holding, de Nederlandse, de Spaanse, de Franse, de Portugese en de Zweedse regering en door de regering van het Verenigd Koninkrijk, alsmede door de Commissie van de Europese Gemeenschappen.

IV — Juridische beoordeling

16. De verwijzende rechter verzoekt om uitlegging van artikel 43 EG juncto artikel 48 EG, met betrekking tot een eventuele onverenigbaarheid van de Nederlandse regeling inzake de fiscale eenheid met de vrijheid van vestiging.

17. Onder de vrijheid van vestiging vallen nationale bepalingen die enkel van toepassing zijn op participaties op basis waarvan een vaststaande invloed op de beslissingen van de vennootschap kan worden uitgeoefend en de activiteiten van deze vennootschap kunnen worden bepaald. [6] Aldus hebben rechtsvoorschriften die alleen de relaties binnen een groep van vennootschappen regelen, hoofdzakelijk betrekking op de deze fundamentele vrijheid. [7]

18. Bij de vorming van een fiscale eenheid overeenkomstig de in het hoofdgeding toepasselijke regeling wordt verondersteld dat een belastingplichtige (de moedervennootschap) de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95 % van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een andere belastingplichtige (de dochteronderneming).

19. Bijgevolg regelen de Nederlandse voorschriften inzake de fiscale eenheid alleen feitelijke situaties waarin een participatie een dominerende invloed geeft. Dus vallen deze voorschriften onder de vrijheid van vestiging.

20. Het is niet gerechtvaardigd deze regeling daarnaast afzonderlijk te toetsen aan de

6 — Zie arrest van 13 april 2000, Baars (C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 21); arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 3, punt 20); arresten van 2 oktober 2008, Heinrich Bauer Verlag (C-360/06, Jurispr. blz. I-7333, punt 27), en 22 december 2008, Truck Center (C-282/07, Jurispr. blz. I-10767, punt 25).

7 — Zie in die zin arrest van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punt 118), en arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 3, punt 23).

bepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal, ook al kunnen de betrokken verrichtingen in principe ook als de uitoefening van deze vrijheid worden beschouwd. [8]

A — *Beperking van de vrijheid van vestiging*

21. Voor vennootschappen die conform het recht van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Gemeenschap hebben, brengt de vrijheid van vestiging het recht met zich om in andere lidstaten hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap. [9]

22. Hoewel de bepalingen van het Verdrag betreffende de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan het recht op behandeling als eigen onderdaan of onderneming beogen te garanderen, verbieden zij eveneens dat de lidstaat van oorsprong de vestiging van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap in een andere lidstaat belemmert of minder aantrekkelijk maakt. [10]

23. Volgens de Nederlandse regeling kunnen alleen binnenlandse dochterondernemingen in een fiscale eenheid worden opgenomen. Nederlandse vennootschappen en hun dochterondernemingen met zetel in een andere lidstaat moeten zodoende onafhankelijk van elkaar worden belast. De afzonderlijke belasting van de verschillende vennootschappen van een groep van ondernemingen heeft volgens X Holding evenwel vier nadelen in vergelijking met de behandeling als fiscale eenheid:

— Alle vennootschappen moeten apart aangifte doen, hetgeen hogere kosten met zich brengt dan wanneer één gezamenlijke belastingaangifte voor de gehele groep wordt ingediend.

— De winsten en verliezen van de vennootschappen kunnen niet direct worden verrekend.

8 — Zie in die zin arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 33); arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 3, punt 24), en arrest van 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, Jurispr. blz. I-5145, punt 35).

9 — Arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35); arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 30) en Aberdeen Property Fininvest Alpha (aangehaald in voetnoot 7, punt 37).

10 — Zie arrest van 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 21); arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 31), en arrest van 27 november 2008, Papillon (C-418/07, Jurispr. blz. I-8947, punt 16).

— Reorganisaties binnen de ondernemingsgroep (zoals een overbrenging van vermogensbestanddelen) zijn niet mogelijk zonder dat dit fiscale gevolgen heeft.

— Transacties tussen de vennootschappen zijn fiscaal niet neutraal. Dit verhoogt de administratieve lastendruk, daar bijvoorbeeld de verrekenprijzen binnen de groep moeten worden gedocumenteerd.

24. Zoals ook de verwijzende rechter bevestigt, is het dus voordelig om een fiscale eenheid te vormen. Bij een fiscale eenheid wordt de organisatievorm van een concern dat bestaat uit verschillende vennootschappen, voor belastingdoeleinden gelijkgesteld met een geïntegreerde onderneming met verschillende vaste inrichtingen. Eventuele nadelen van de samenvoeging tot één fiscale eenheid, zoals het feit dat het lage tarief voor winsten tot 22 689 EUR slechts eenmaal van toepassing is, vallen daarbij in het niet.

25. In Nederland gevestigde moedervennootschappen kunnen deze fiscaal voordelige organisatievorm echter alleen gebruiken voor hun binnenlandse dochterondernemingen. Dit verschil in behandeling naargelang van de zetel van de dochteronderneming kan de oprichting, de verkrijging of het behoud van aanmerkelijke participaties in vennootschappen in een andere lidstaat belemmeren of minder aantrekkelijk maken, hetgeen bijgevolg een beperking van de vrijheid van vestiging oplevert.

26. De Nederlandse, de Duitse en de Portugese regering brengen echter daartegen in dat de situatie van een binnenlandse dochteronderneming niet vergelijkbaar is met die van een dochteronderneming met zetel in een andere lidstaat, daar laatstgenoemde vennootschap niet onder de fiscale jurisdictie van de staat van vestiging van de moedervennootschap valt. Een buitenlandse dochteronderneming kan daarom niet worden opgenomen in een fiscale eenheid waarvan de totale inkomsten in de staat van vestiging van de moedervennootschap worden belast. Het verschil in behandeling tussen deze feitelijke situaties vormt bijgevolg geen verboden discriminatie en — volgens de Nederlandse regering — evenmin een beperking van de vrijheid van vestiging.

27. Volgens vaste rechtspraak dient de zetel van een vennootschap in de zin van artikel 48 EG, naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen, ter bepaling van haar binding aan de rechtsorde van een lidstaat. Weliswaar kan de zetel van een vennootschap in het belastingrecht een rechtvaardigingsgrond zijn voor nationale regels waarbij ingezeten belastingplichtigen en niet-ingezeten belastingplichtigen verschillend worden behandeld. Toch is de zetel niet altijd een gerechtvaardigde onderscheidende factor. Indien de lidstaat van vestiging vrijelijk

een andere behandeling zou mogen toepassen alleen omdat de zetel van de vennootschap in een andere lidstaat is gevestigd, zou daarmee immers aan artikel 43 EG elke inhoud worden ontnomen. [11]

28. Dienovereenkomstig impliceert ook de fiscale jurisdictie met de zetel als aanknopingspunt niet dat zuiver binnenlandse situaties en grensoverschrijdende situaties a priori niet vergelijkbaar zijn.

29. Veeleer dient in elke concrete situatie te worden nagegaan of er voor het feit dat een fiscaal voordeel alleen aan ingezeten belastingplichtigen wordt toegekend, objectieve, ter zake dienende gronden bestaan die het verschil in behandeling kunnen rechtvaardigen. [12] Daarbij kan in het kader van de beoordeling van de rechtvaardigingsgrond op genuanceerde wijze rekening worden gehouden met de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. [13]

B — *Rechtvaardiging*

30. Een beperking van de vrijheid van vestiging is slechts toelaatbaar wanneer zij gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Bovendien moet in een dergelijk geval de beperking geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en mag zij niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. [14]

31. In het arrest Marks & Spencer heeft het Hof zoals bekend de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten erkend als dwingende reden van algemeen belang die een beperking van de fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen. [15] Aanvankelijk heeft het in deze context het vermijden van dubbele verliescompensatie en de bestrijding van belastingontduiking/belastingontwijking [16] als daarmee verbonden elementen in overweging genomen. [17]

11 — Zie in die zin arresten van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk (270/83, Jurispr. blz. 273, punt 18); 13 juli 1993, Commerzbank (C-330/91, Jurispr. blz. I-4017, punt 13), en 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punt 42); arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 37), Oy AA (aangehaald in voetnoot 3, punt 30) en Papillon (aangehaald in voetnoot 9, punt 26).

12 — Arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 38).

13 — Zie mijn conclusie van 12 september 2006 in de zaak Oy AA (arrest aangehaald in voetnoot 3, punt 27).

14 — Zie arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 35), Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 3, punt 27) en Aberdeen Property Fininvest Alpha (aangehaald in voetnoot 7, punt 57).

15 — Zie arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 45).

16 — In de Franse versie van de desbetreffende arresten, te weten de taalversie waarin de beraadslaging over deze arresten heeft plaatsgevonden, wordt steevast het begrip „évasion fiscale" gebruikt. Aldus lijken belastingontduiking en belastingontwijking louter verschillende vertalingen te zijn van hetzelfde Franse begrip, en betekenen zij dus ook hetzelfde. Derhalve zal ik hierna enkel het begrip belastingontwijking gebruiken.

17 — Zie arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punten 47, 49 en 51).

Nadien heeft het Hof de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid ook als rechtvaardigingsgrond erkend wanneer deze bijkomende elementen niet beide aanwezig waren. [18]

32. Met de erkenning van deze rechtvaardigingsgrond houdt het Hof rekening ermee dat de heffing van directe belastingen in wezen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort. [19] Bij gebreke van harmonisatie in het gemeenschaprecht staat het tevens aan de lidstaten, de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid vast te stellen door dubbelbelastingverdragen te sluiten of door eenzijdige maatregelen te nemen. [20] Zoals het Hof eveneens heeft verklaard, is het in dit verband niet onredelijk dat de lidstaten zich door de internationale praktijk en de door de OESO opgestelde modelverdragen laten leiden. [21]

33. Terwijl het in de zaken Marks & Spencer, Oy AA en Lidl telkens ging om de overdracht van winst of verlies tussen binnenlandse en buitenlandse vennootschappen of vaste inrichtingen, heeft de regeling inzake de fiscale eenheid verderstrekkende gevolgen. Zo maakt X Holding gewag van in het totaal vier voordelen die aan de vorming van een fiscale eenheid zijn verbonden en die haar voor buitenlandse dochterondernemingen worden geweigerd (zie supra punt 23).

34. Voor zover X Holding zich beroept op de mogelijkheid om één belastingaangifte voor de gehele fiscale eenheid te doen, zij nu al erop gewezen dat een dergelijke vereenvoudiging in grensoverschrijdende gevallen kennelijk uitgesloten is. Opdat in verschillende lidstaten gevestigde vennootschappen overeenkomstig de verdeling van de heffingsbevoegdheid in hun staat van vestiging volgens de daar geldende voorschriften kunnen worden belast, moeten zij bij de bevoegde belastingdiensten afzonderlijk aangifte doen. Het is alleen denkbaar dat de resultaten van de buitenlandse dochteronderneming van een Nederlandse vennootschap bij de vorming van een grensoverschrijdende fiscale eenheid *additioneel* in de belastingaangifte van de moedervennootschap worden opgenomen. Voor de dochteronderneming worden de zaken er aldus nauwelijks eenvoudiger op, aangezien zij daarnaast een eigen belastingaangifte in haar staat van vestiging moet indienen.

35. Evenwel dient te worden nagegaan of het gerechtvaardigd is dat de overige voordelen van de fiscale eenheid, in het bijzonder de consolidatie van de resultaten vóór belasting van de moedervennootschap en de dochteronderneming, niet worden toegekend bij grensoverschrijdende participaties.

18 — Zie arresten Oy AA (aangehaald in voetnoot 3, punt 60) en Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 3, punt 40).

19 — Zie arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 29), Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 7, punt 40) en Aberdeen Property Fininvest Alpha (aangehaald in voetnoot 7, punt 24).

20 — Zie arresten van 12 mei 1998, Gilly (C-336/96, Jurispr. blz. I-2793, punten 24 en 30), en 23 februari 2006, Van Hilten-Van der Heijden (C-513/03, Jurispr. blz. I-1957, punt 47), en arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 3, punt 52).

21 — Zie arresten Gilly (aangehaald in voetnoot 19, punt 31), Van Hilten-Van der Heijden (aangehaald in voetnoot 19, punt 48) en Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 3, punt 22).

1. Geen mogelijkheid van winst- en verliesconsolidatie

36. De aan de procedure deelnemende lidstaten zijn van mening dat de beperking van de regeling inzake de fiscale eenheid tot binnenlandse vennootschappen gerechtvaardigd is uit hoofde van de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.

— Handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid

37. De lidstaten benadrukken dat Nederland op grond van het DBV niet het recht heeft de winst van een in België gevestigde vennootschap te belasten. Overeenkomstig deze op het territorialiteitsbeginsel gebaseerde verdeling van de heffingsbevoegdheid komt het recht om de inkomsten van F te belasten toe aan België, zijnde de staat van vestiging van deze vennootschap. Daarom kan F niet in een fiscale eenheid met X Holding (die in Nederland belastingplichtig is) worden opgenomen.

38. X Holding en de Commissie betwisten niet dat de winst van een buitenlandse dochteronderneming niet aan de belasting in Nederland onderworpen is. Ze wijzen er evenwel op dat de vorming van een fiscale eenheid in het binnenland ertoe leidt dat dochterondernemingen fiscaal worden gelijkgesteld met vaste inrichtingen. In lijn daarmee eisen zij dat buitenlandse dochterondernemingen bij een grensoverschrijdende fiscale eenheid zoals buitenlandse vaste inrichtingen worden behandeld. X Holding betoogt dat dit in de praktijk vroeger het geval was en dat de Hoge Raad dit nog in een arrest van 2002 [22] heeft goedgekeurd.

39. De verliezen van een buitenlandse vaste inrichting konden in hetzelfde belastbare tijdvak worden verrekend met de winst van de hoofdvennootschap. Op grond van de zogeheten inhaalregeling werd de winst van de vaste inrichting in Nederland in de daaropvolgende jaren niet van de belasting vrijgesteld totdat de overgedragen verliezen weer waren aangezuiverd. Aldus werd geen afbreuk gedaan aan de verdeling van de heffingsbevoegdheid, doch werd alleen het cashflownadeel vermeden dat zou ontstaan wanneer de verliezen van de vaste inrichting pas in een later belastbaar tijdvak konden worden verrekend met de eigen winst in haar staat van vestiging.

40. Bovendien zij vastgesteld dat de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten het noodzakelijk kan maken, op de bedrijfsactiviteiten van de in een van deze staten gevestigde vennootschappen zowel ter zake van winst als ter zake

22 — Arrest van 24 mei 2002 (nr. 37 220, BNB 2002/320).

van verlies uitsluitend de fiscale regels van die lidstaat toe te passen. [23] Dit is een vereiste van het beginsel van symmetrische fiscale behandeling van winst en verlies. [24]

41. Het door X Holding en de Commissie voorgestelde alternatief om de regeling inzake de fiscale eenheid integraal toe te passen leidt er echter juist toe dat met de verliezen afzonderlijk rekening wordt gehouden op de plaats van de zetel van de moedervennootschap.

42. Volgens de rechtspraak zou de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten echter groot gevaar lopen wanneer vennootschappen de mogelijkheid wordt geboden te opteren voor verrekening van hun verliezen in hun lidstaat van vestiging dan wel in een andere lidstaat, aangezien de belastinggrondslag in de eerste staat zou worden vermeerderd en in de tweede zou worden verminderd met het bedrag van de overgedragen verliezen. [25]

23 — Zie arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 45), Oy AA (aangehaald in voetnoot 3, punt 54) en Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 3, punt 31).

24 — Zie arrest Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 3, punt 33) en arrest van 23 oktober 2008, Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, Jurispr. blz. I-8061, punten 42 en 44).

25 — Zie arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 46) en Oy AA (aangehaald in voetnoot 3, punt 55).

43. In dit verband voert de Commissie aan dat, anders dan bij een zuivere verliesoverdracht binnen een vennootschapsgroep (group relief) zoals die welke in de zaak Marks & Spencer diende te worden onderzocht, het niet mogelijk is, wanneer buitenlandse dochterondernemingen in een fiscale eenheid worden opgenomen, de verliezen naar believen van de ene naar de andere lidstaat te verschuiven. De fiscale eenheid, waaraan als enige de verliezen kunnen worden toegerekend, is immers belastingplichtig op de plaats van de zetel van de moedervennootschap.

44. Deze door de Commissie aangevoerde omstandigheid neemt evenwel niet weg dat afbreuk dreigt te worden gedaan aan de verdeling van de heffingsbevoegdheid wanneer een grensoverschrijdende fiscale eenheid wordt toegelaten zoals X Holding dat wenst.

45. Daar een belastingplichtige vrijelijk ervoor kan opteren deel uit te maken van een fiscale eenheid of deze weer op te heffen, kan het concern vrij kiezen welke belastingregeling van toepassing is op het verlies van de dochteronderneming en waar met het verlies rekening wordt gehouden. Indien F geen deel uitmaakt van de fiscale eenheid, worden haar verliezen uitsluitend op de plaats van haar zetel in België in aanmerking genomen. Indien X Holding en F daarentegen een fiscale eenheid in de hierboven omschreven zin vormen, dan komen de verliezen van F in mindering op de in Nederland belastbare winst van X Holding.

46. Dat de overdracht van verliezen volgens het door X Holding en de Commissie verdedigde model als het ware in slechts één

richting mogelijk is, namelijk uitsluitend van de buitenlandse dochteronderneming naar de moedervennootschap met zetel in Nederland, wijzigt niets aan het feit dat, zoals hierboven beschreven, afbreuk wordt gedaan aan de verdeling van de heffingsbevoegdheid. In de zaak Lidl diende het Hof zich eveneens uitsluitend over de behandeling van verliezen van een buitenlandse vaste inrichting in het kader van de belasting van de binnenlandse hoofdvennootschap uit te spreken. Zoals bekend, achtte het Hof het niet noodzakelijk dat op grond van de verdeling van de heffingsbevoegdheid rekening werd gehouden met de verliezen. [26]

47. Evenwel dient te worden onderzocht of het feit dat dochterondernemingen met zetel in een andere lidstaat volledig worden uitgesloten van de regeling inzake consolidatie van de resultaten bij een fiscale eenheid, onevenredig is, doordat met deze uitsluiting verder wordt gegaan dan noodzakelijk is om de verdeling van de heffingsbevoegdheid te handhaven.

48. In dit verband dient voor ogen te worden gehouden dat de voorschriften inzake de verliesverrekening van buitenlandse vaste inrichtingen op grond van de inhaalregeling slechts tijdelijke gevolgen sorteren. Toepassing van deze voorschriften op buitenlandse dochterondernemingen kan daarom een minder ingrijpende maatregel dan volledige uitsluiting van verliesoverdracht vormen. Dit is het geval wanneer dergelijke voorschriften in mindere mate afbreuk doen aan de vrijheid van vestiging, doch op passende wijze rekening houden met de verdeling van de heffingsbevoegdheid.

26 — Zie arrest Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 3, punten 31-34).

49. Het Hof heeft het in het arrest Lidl — anders dan advocaat-generaal Sharpston in haar conclusie had voorgesteld [27] — echter niet noodzakelijk geacht dat ter vermijding van een cashflownadeel toepassing wordt gegeven aan een regeling van tijdelijke verliesoverdracht in samenhang met een naheffingsregeling.

50. Uiteraard staat het de lidstaten vrij, een overeenkomstige gunstige regeling voor vaste inrichtingen met zetel in een andere lidstaat toe te passen. [28] Maar zij zijn daartoe niet verplicht op grond van de vrijheid van vestiging. Doordat een lidstaat de tijdelijke verrekening van verliezen van een buitenlandse vaste inrichting met de winst van een binnenlandse onderneming aanvaardt, ziet hij immers af van onmiddellijke belasting van deze winst. Door rekening te houden met de buitenlandse verliezen ondergaat deze lidstaat dus een cashflownadeel, terwijl hij de positieve inkomsten van de vaste inrichting op grond van het DBV van belasting moet vrijstellen. [29] Tot op het tijdstip waarop de

27 — Zie conclusie van 14 februari 2008 in de zaak Lidl (arrest aangehaald in voetnoot 3, punten 23 e.v.).

28 — Het Hof heeft een overeenkomstige regeling dan ook als coherent beschouwd in het arrest Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (aangehaald in voetnoot 23, punt 43).

29 — Hier dient te worden benadrukt dat de feitelijke situatie in casu niet vergelijkbaar is met de situatie in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 29 maart 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, Jurispr. blz. I-2647). In deze zaak heeft het Hof bezwaar gemaakt tegen een cashflownadeel dat ontstond door een verschil in afschrijvingsmethode voor de waarde van binnenlandse en buitenlandse participaties. Het ging dus telkens om eigen verliezen van de moedervennootschap waarmee in haar staat van vestiging rekening diende te worden gehouden (zie punt 48 van het arrest Rewe). In casu moet daarentegen op de plaats van vestiging van de moedervennootschap rekening worden gehouden met verliezen van een in een andere lidstaat belastingplichtige dochteronderneming.

winst naderhand op grond van de inhaalregeling wordt belast, is de symmetrische belasting van winst en verlies dientengevolge niet gewaarborgd. [30]

51. Wanneer een lidstaat toestaat dat verliezen van een buitenlandse vaste inrichting tijdelijk worden verrekend op de plaats van de hoofdzetel van de onderneming, impliceert deze beslissing niet dat hij dit voordeel ook tot buitenlandse dochterondernemingen moet uitbreiden. Vaste inrichtingen en dochterondernemingen in een andere lidstaat bevinden zich immers niet in een vergelijkbare situatie wat de verdeling van de heffingsbevoegdheid betreft.

52. Daarbij dient voor ogen te worden gehouden dat de heffingsbevoegdheid in de regel gebaseerd is op twee aanknopingsfactoren: de zetel van een onderneming en de plaats van haar economische activiteiten. Een vennootschap is in haar staat van vestiging onbeperkt belastingplichtig over haar wereldwijd inkomen. Tegelijk is zij in staten waarin zij een economische activiteit ontwikkelt zonder daar haar zetel te hebben, beperkt belastingplichtig over de daar verkregen inkomsten.

53. Een dochteronderneming, als zelfstandige rechtspersoon, is in haar staat van vestiging onbeperkt belastingplichtig. De staat van vestiging van de moedervennootschap heeft niet het recht belasting te heffen over de niet uitgekeerde winst van haar buiten zijn grondgebied gelegen dochteronderneming. Een vaste inrichting is daarentegen geen zelfstandige rechtspersoon. Haar inkomsten worden beschouwd als inkomsten van de vennootschap waarmee zij verbonden is, en zijn op de plaats van de hoofdzetel van deze vennootschap onbeperkt aan de belasting onderworpen. Tegelijk heeft de staat waarin de vaste inrichting is gelegen, met betrekking tot deze inkomsten een beperkt heffingsrecht.

54. In lijn daarmee wordt de heffingsbevoegdheid in artikel 7, lid 1, DBV verdeeld. Ter vermijding van dubbele belasting over de inkomsten van een vaste inrichting is de staat van de hoofdzetel van de vennootschap op grond van artikel 23, lid 2, DBV verplicht deze inkomsten van belasting vrij te stellen. Ook al ziet deze lidstaat ter vermijding van dubbele belasting aldus af van haar heffingsbevoegdheid met betrekking tot deze bedrijfsinkomsten, deze bevoegdheid blijft toch latent aanwezig. Dit wordt vooral duidelijk wanneer ter vermijding van dubbele belasting in plaats van de vrijstellingsmethode wordt gekozen voor de verrekeningsmethode.

55. Door een buitenlandse dochteronderneming op te richten verlaat de moedervennootschap dus als het ware de fiscale jurisdictie van

30 — Dit erkent ook advocaat-generaal Sharpston, maar zij geeft evenwel uiteindelijk de vrijheid van vestiging voorrang boven een tijdelijke afbreuk aan de verdeling van de heffingsbevoegdheid [conclusie bij arrest Lidl (aangehaald in voetnoot 27, punten 24 en 25)].

haar staat van vestiging en onderwerpt zij de dochteronderneming aan de onbeperkte belastingplicht in de lidstaat van ontvangst. Door een vaste inrichting op te richten komt de onderneming weliswaar ook binnen de fiscale jurisdictie van de staat van ontvangst, doch *zonder* dit deel van de onderneming volledig te onttrekken aan de heffingsbevoegdheid van de staat van oorsprong.

56. Toepassing, mutatis mutandis, van de regeling inzake de fiscale behandeling van buitenlandse vaste inrichtingen op buitenlandse dochterondernemingen zal daarom leiden tot een uitbreiding van de fiscale jurisdictie van de staat van vestiging van de moedervennootschap. [31]

57. Daartegen brengt X Holding in dat deze uitbreiding van de fiscale jurisdictie niet ten koste van de staat van vestiging van de dochteronderneming gaat wanneer deze uitbreiding beperkt blijft tot een tijdelijke verrekening van de verliezen van de dochteronderneming met de winst van de moedervennootschap. Een tegenargument is dat de afzonderlijke verrekening van de verliezen van de buitenlandse dochteronderneming afbreuk doet aan het recht van de staat van vestiging van de moedervennootschap om haar winst te belasten en indruist tegen het beginsel van symmetrische belasting van winst en verlies.

58. Artikel 43, eerste alinea, tweede volzin, EG biedt de economische subjecten weliswaar uitdrukkelijk de mogelijkheid om vrijelijk de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat past. Deze vrije keuze mag niet worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen. [32]

59. Met betrekking tot de verplichtingen van de lidstaat van oorsprong heeft het Hof evenwel vastgesteld dat de fiscale autonomie die de lidstaten bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht genieten, inhoudt dat zij vrij zijn om te bepalen onder welke voorwaarden en op welk niveau de verschillende vestigingsvormen van nationale vennootschappen die in het buitenland opereren, zullen worden belast, mits deze vestigingsvormen daardoor niet worden gediscrimineerd ten opzichte van vergelijkbare nationale vestigingen. [33]

60. Het Hof neemt derhalve als vergelijkingsmaatstaf voor de fiscale behandeling van de buitenlandse activiteiten van een binnenlandse onderneming uitsluitend de regeling voor de overeenkomstige vestigingsvorm in het binnenland. Binnenlandse vaste inrichtingen zijn vergelijkbaar met buitenlandse vaste inrichtingen en binnenlandse dochter-

31 — Een dergelijke uitbreiding van de heffingsbevoegdheid van de staat van vestiging van een vennootschap tot de winst van haar buitenlandse dochteronderneming is gemeenschapsrechtelijk niet volledig uitgesloten. In strikt omlijnde gevallen kan deze uitbreiding als antimisbruikmaatregel gerechtvaardigd zijn [zie arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 7, punt 59)]. In casu is er echter geen sprake van een dergelijke uitzonderingssituatie.

32 — Zie arrest Commissie/Frankrijk (aangehaald in voetnoot 10, punt 22); arrest van 23 februari 2006, CLT-UFA (C-253/03, Jurispr. blz. I-1831, punt 14); arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 3, punt 40), en beschikking van 4 juni 2009, KBC Bank (C-439/07 en C-499/07, Jurispr. blz. I-4409, punt 77).

33 — Arrest van 6 december 2007, Columbus Container Services (C-298/05, Jurispr. blz. I-10451, punten 51 en 53), en beschikking KBC Bank (aangehaald in voetnoot 30, punt 80).

ondernemingen zijn vergelijkbaar met buitenlandse dochterondernemingen. Het gemeenschapsrecht belet echter niet dat de lidstaat van oorsprong op buitenlandse vaste inrichtingen een andere belastingregeling toepast dan op buitenlandse dochterondernemingen.

61. Deze vaststellingen betreffende de verplichtingen van de lidstaat van ontvangst enerzijds en van de lidstaat van oorsprong anderzijds zijn niet in strijd, doch in overeenstemming met de verschillende reikwijdte van de heffingsbevoegdheden.

62. Aangezien de lidstaat van ontvangst in de regel belasting heft over elke op zijn grondgebied uitgeoefende economische activiteit, hetzij via een dochteronderneming (ingezeten belastingplichtige), hetzij via een vaste inrichting van een vennootschap met (hoofd)zetel in een andere lidstaat (niet-ingezeten belastingplichtige), mag hij deze vestigingsvormen bij de heffing van belasting niet verschillend behandelen. Aan de lidstaat van oorsprong komt daarentegen alleen het recht toe een buitenlandse vaste inrichting te belasten, doch niet het recht een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming te belasten. Bijgevolg is de lidstaat van oorsprong ook niet verplicht bij de heffing van belasting deze beide vestigingsvormen in het buitenland gelijk te behandelen.

63. Als tussenconclusie kan dus worden vastgesteld dat de beperking van de vrijheid van vestiging die ontstaat doordat een dochteronderneming met zetel in een andere lidstaat met oog op de consolidatie van de resultaten niet kan worden opgenomen in een fiscale eenheid naar Nederlands recht, gerechtvaardigd is uit hoofde van de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.

— Gevaar voor dubbele verliesverrekening

64. Het Hof heeft voorts erkend dat de lidstaten het gevaar voor dubbele verliesverrekening moeten kunnen verhinderen. [34]

65. Volgens de verwijzende rechter en de aan de procedure deelnemende regeringen bestaat dit gevaar wanneer de verliezen van F in een model als dat van de fiscale eenheid in Nederland met de winst van X Holding kunnen worden verrekend. Het is mogelijk dat de verliezen van F tegelijk in België worden verrekend, bijvoorbeeld wanneer F daar in een fiscale eenheid is opgenomen, via overdracht aan een derde of via een voorwaartse of achterwaartse verrekening in andere belastingjaren.

34 — Zie arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 47), Rewe Zentralfinanz (aangehaald in voetnoot 28, punt 47) en Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 3, punt 35).

66. X Holding voert dienaangaande aan dat het ingevolge de inhaalregeling uitgesloten is dat verliezen die in het kader van een fiscale eenheid in Nederland zijn verrekend, via een voorwaartse verrekening door F meermaals kunnen worden benut. Bovendien is geen van de andere door de Hoge Raad genoemde methoden voor verliescompensatie naar Belgisch recht mogelijk. De Commissie voegt daaraan toe dat de verliesverrekening in Nederland kan worden gekoppeld aan het bewijs dat het verlies niet reeds op een andere wijze in mindering is gebracht op de plaats van de zetel van de dochteronderneming.

67. In feite kunnen onder de door de verwijzende rechter en de aan de procedure deelnemende regeringen beschreven voorwaarden verliezen eventueel in hetzelfde belastbare tijdvak zowel op de plaats van de zetel van de moedervennootschap als op de plaats van de zetel van de dochteronderneming worden verrekend. [35]

68. Een maatregel waarbij buitenlandse dochterondernemingen worden uitgesloten van de vorming van een Nederlandse fiscale eenheid, is geschikt om dit gevaar voor dubbele verliesverrekening af te wenden, doch kan verder gaan dat hetgeen daartoe noodzakelijk is.

69. Volgens de nationale regeling kan een buitenlandse dochteronderneming immers ook dan niet in een fiscale eenheid worden opgenomen wanneer de onderneming aantoont dat dubbele verliesverrekening op grond van de organisatie van het belastingrecht in de staat van vestiging van de dochteronderneming uitgesloten is. Zoals de Commissie voorstelt, zou een minder ingrijpende maatregel erin bestaan buitenlandse verliezen te verrekenen wanneer de belastingplichtige kan bewijzen dat de verliezen op de plaats van de zetel van de dochteronderneming daadwerkelijk niet op een andere wijze zijn benut. [36] In elk geval moet de staat van vestiging van de moedervennootschap ook in de mogelijkheid zijn, bijvoorbeeld met toepassing van richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen en heffingen op verzekeringspremies [37], om deze gegevens te controleren. [38]

70. Toch is het niet nodig in deze kwestie een concludent standpunt in te nemen, aangezien het in elk geval uit hoofde van de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid gerechtvaardigd is, de vorming van een grensoverschrijdende fiscale eenheid met het oog op verliescompensatie uit te sluiten. Deze

35 — Zie in verband met het gevaar voor dubbele verliesverrekening bij grensoverschrijdende ondernemingsgroepen, arrest Papillon (aangehaald in voetnoot 9, punten 46 e.v.).

36 — Zie in die zin arrest Papillon (aangehaald in voetnoot 9, punten 55 e.v.).

37 — PB L 336, blz. 15, laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 2006/98/EG van de Raad van 20 november 2006 (PB L 363, blz. 129).

38 — Deze richtlijn geldt niet voor derde landen, waaronder de staten van de Europese Economische Ruimte. In voorkomend geval kunnen de clausules inzake het verstrekken van inlichtingen in dubbelbelastingverdragen waarborgen dat de voor controle vereiste informatie-uitwisseling plaatsvindt [zie mijn conclusie van 16 juli 2009, Commissie/Italië (C-540/07, Jurispr. blz. I-10983, punten 75 e.v.)].

rechtvaardigingsgrond geldt ook onverkort wanneer niet tegelijk het gevaar voor dubbele verrekening bestaat of wanneer dit gevaar op een ander wijze kan worden afgewend. [39]

— Gevaar voor belastingontwijking

71. Wat ten slotte de derde rechtvaardigingsgrond van het arrest Marks & Spencer betreft, het gevaar voor belastingontwijking [40], heb ik in mijn conclusie in de zaak Oy AA reeds erop gewezen dat ik deze grond in combinatie met de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid niet beschouw als een zelfstandige rechtvaardigingsgrond wanneer het erom gaat grensoverschrijdende winstoverdrachten uit te sluiten. [41] Dit geldt eveneens in het geval van compensatie van verliezen van een buitenlandse dochteronderneming bij de belasting van de binnenlandse moedervennootschap.

72. Wordt onder belastingontwijking verstaan dat een onderneming de verdeling van de heffingsbevoegdheid kan doorkruisen doordat zij vrij kan kiezen in welke staat zij haar inkomsten aan de belasting onderwerpt, dan geldt deze rechtvaardigingsgrond ook in casu. Indien een concern de mogelijkheid zou hebben buitenlandse dochterondernemingen in een fiscale eenheid op te nemen of weer uit de geconsolideerde groep te halen, dan zouden vennootschappen immers de verliescompensatie naar hun hand kunnen zetten en de belastbare grondslag op de plaats van de zetel van de fiscale eenheid kunnen beïnvloeden. [42]

2. Fiscaal neutrale reorganisatie en overbrenging van vermogensbestanddelen

73. X Holding voert voorts aan dat afgezien van de verliesverrekening ook een fiscaal neutrale reorganisatie van de vennootschappen uitgesloten is wanneer zij geen fiscale eenheid kunnen vormen. Met name is de overbrenging van vermogensbestanddelen tussen een Nederlandse moedervennootschap en haar dochteronderneming met zetel in een andere lidstaat niet zonder fiscale gevolgen mogelijk.

74. Uit bovenstaand onderzoek blijkt reeds dat de regeling inzake de fiscale eenheid in elk geval voor een substantieel deel niet tot grensoverschrijdende ondernemingsgroepen dient te worden uitgebreid om de vrijheid van vestiging te eerbiedigen. Weliswaar overweegt de verwijzende rechter slechts enkele deelaspecten van deze regeling in grensoverschrijdende gevallen toe te passen. Toch rijst de vraag of het mogelijk is reorganisaties uit te

39 — Zie supra, punt 32 van deze conclusie, met verdere verwijzingen. Het is veelzeggend dat in de zaak Lidl Belgium deze rechtvaardigingsgrond zelfs niet afzonderlijk werd aangevoerd.

40 — Zie arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 2, punt 49).

41 — Conclusie Oy AA (aangehaald in voetnoot 12, punten 62 en 63).

42 — Zie supra, punten 42 en 45 van deze conclusie.

voeren of vermogensbestanddelen fiscaal neutraal tussen ondernemingen over te brengen wanneer winst en verlies van deze ondernemingen niet tegelijk kunnen worden geconsolideerd.

75. Voor zover volgens de verwijzende rechter daarover niettemin twijfel kan ontstaan, zij allereerst erop gewezen dat de fiscale gevolgen van grensoverschrijdende reorganisaties zijn geharmoniseerd door richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten [43]. Eventuele hindernissen voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging in het kader van operaties die binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen, waarvan het bestaan in casu evenwel niet is aangevoerd, zouden derhalve in hoge mate moeten zijn weggenomen.

76. Daarentegen is op gemeenschapsrechtelijk niveau niet nader geregeld hoe bij een grensoverschrijdende overbrenging van vermogensbestanddelen of participaties die niet naar aanleiding van een onder richtlijn 90/434 vallende operatie plaatsvindt, stille reserves moeten worden behandeld. Voor zover een dergelijke overbrenging ongunstiger wordt behandeld dan een overbrenging tussen binnenlandse vennootschappen, bijvoorbeeld omdat de stille reserves op dat tijdstip aan het licht moeten worden gebracht en worden belast, terwijl dit bij een binnenlandse overbrenging niet het geval is, kan dit een beperking van de vrijheid van vestiging opleveren.

77. Een dergelijke beperking kan evenwel gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.

78. In dit opzicht zij opgemerkt dat de overbrenging van vermogensbestanddelen tussen twee binnenlandse ondernemingen de heffingsbevoegdheid van de betrokken staat niet aantast. Wanneer daarbij stille reserves overgaan, blijven zij onder de fiscale jurisdictie van deze staat. Bij latere realisatie kan de winst dan daar worden belast.

79. In de veronderstelling dat de latente meerwaarde van een vermogensbestanddeel in de regel aan belasting is onderworpen in de staat waarin die meerwaarde is ontstaan [44], kan

43 — PB L 225, blz. 1, laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 2006/98/EG van de Raad van 20 november 2006 tot aanpassing van een aantal richtlijnen op het gebied van belastingen in verband met de toetreding van Bulgarije en Roemenië (PB L 363, blz. 129).

44 — Zie in die zin arrest van 7 september 2006, N (C-470/04, Jurispr. blz. I-7409, punt 46), en punt 97 van mijn conclusie van 30 maart 2006 in deze zaak.

een grensoverschrijdende overbrenging van vermogensbestanddelen afbreuk doen aan de verdeling van de heffingsbevoegdheid. Wanneer daardoor stille reserves naar een andere lidstaat worden verschoven, kan de staat op wiens grondgebied zij tot stand zijn gekomen, naderhand niet langer zonder meer belasting heffen over de winst die wordt gerealiseerd bij het vrijkomen van de reserves.

80. Regelingen die een dergelijke afbreuk aan de verdeling van de heffingsbevoegdheid beogen tegen te gaan, moeten echter geschikt zijn om de verwezenlijking van dit doel te bereiken en mogen niet verder gaan dan wat noodzakelijk is voor de verwezenlijking van dit doel. [45]

81. Het is in voorkomend geval zaak van de verwijzende rechter te onderzoeken in hoeverre de nationale regeling inzake de overbrenging van vermogensbestanddelen en de fiscale behandeling van stille reserves, waarover het Hof geen informatie bezit, in overeenstemming zijn met deze beginselen.

45 — Zie supra punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

3. Neutralisering van transacties binnen een fiscale eenheid

82. Ten slotte wijst X Holding er nog op dat transacties tussen binnenlandse ondernemingen die tot een fiscale eenheid zijn samengevoegd, fiscaal neutraal blijven, terwijl vergelijkbare grensoverschrijdende transacties tussen verbonden ondernemingen die geen fiscale eenheid kunnen vormen, fiscaal in aanmerking worden genomen.

83. Om te vermijden dat bij grensoverschrijdende transacties belastbare materie van de ene naar de andere lidstaat wordt verschoven, is het vereist dat deze transacties onder normale commerciële voorwaarden worden afgehandeld en in de fiscale balans worden opgenomen. [46] De extra kosten die moeten worden gemaakt om de verrekenprijzen binnen de groep te documenteren, bemoeilijken weliswaar de transacties tussen verbonden ondernemingen met zetel in verschillende lidstaten. Toch zijn nationale regelingen inzake transfer pricing, voor zover zij een beperking van de vrijheid van vestiging vormen, gerechtvaardigd uit hoofde van de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid op voorwaarde dat zij in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel.

46 — Zie omtrent nationale regelingen die waarborgen dat het „at arm's length"-beginsel in acht wordt genomen, mijn conclusie van 10 september 2009, SGI (C-311/08, aanhangig bij het Hof).

V — Conclusie

84. Ik geef het Hof dan ook in overweging, de prejudiciële vraag van de Hoge Raad te beantwoorden als volgt:

„Artikel 43 EG juncto artikel 48 EG staat niet in de weg aan een wettelijke regeling van een lidstaat die een binnenlandse vennootschap en een of meer van haar dochterondernemingen met zetel in het binnenland de mogelijkheid biedt, een fiscale eenheid te vormen, met als gevolg dat de door hen verschuldigde belasting bij de moedervennootschap wordt geheven alsof er één belastingplichtige is, doch niet toelaat dat dochterondernemingen met zetel in een andere lidstaat in een fiscale eenheid worden opgenomen."