CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 12 september 2006 [1]

I — Inleiding

1. Voorwerp van dit verzoek van de Korkein hallinto-oikeus (hoogste administratieve rechter, Finland) om een prejudiciële beslissing zijn de voorschriften van de konserniavutuksesta verotuksessa annettu laki (wet betreffende de belastingregeling voor overdrachten binnen groepen). Volgens die voorschriften zijn groepsoverdrachten overdrachten binnen een groep van vennootschappen, hetzij van de moeder- aan de dochtermaatschappij, hetzij van de dochter- aan de moedermaatschappij. Overdrachten binnen een groep worden afgetrokken van de belastbare inkomsten uit bedrijfsactiviteit van de overdragende vennootschap en tellen als belastbare inkomsten uit bedrijfsactiviteit van de vennootschap die de overdracht heeft ontvangen. Als aftrekbaar gelden echter alleen groepsoverdrachten tussen twee binnenlandse vennootschappen op aandelen.

2. Deze Finse regeling berust op de gedachte dat een groep bestaande uit moeder- en dochtermaatschappijen gelijk moet worden gesteld met een onderneming met meerdere vaste inrichtingen. Met het oog hierop moet een groepsoverdracht, die tussen de vennootschappen van de groep plaatsvindt, slechts één keer worden belast, doordat deze bij de overdragende vennootschap van de belastbare inkomsten wordt afgetrokken en bij de ontvangende vennootschap tot de belastbare inkomsten wordt gerekend.

3. Door deze fiscale behandeling van groepsoverdrachten kan met name de op zich belastbare winst van een vennootschap van de groep worden gebruikt om het verlies van een andere vennootschap van de groep te dekken, zodat een belasting van de winst wordt vermeden.

4. De feiten van de onderhavige zaak zijn dus vergelijkbaar met die welke aan de zaak Marks & Spencer [2] ten grondslag lagen. In die zaak kon op grond van de voorschriften van het Verenigd Koninkrijk binnen een groep het verlies van een vennootschap naar de winst van een andere vennootschap

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

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

worden „overgebracht", teneinde de belasting op die winst te verminderen. In casu gaat het om het omgekeerde, namelijk om de winst van een vennootschap naar het verlies van een andere vennootschap „over te brengen".

5. In beide gevallen bestaat het gemeenschapsrechtelijke probleem erin dat grensoverschrijdende vennootschapsgroepen van dit belastingvoordeel zijn uitgesloten. In de zaak Marks & Spencer zag het Hof hierin een beperking van de vrijheid van vestiging, die echter — met uitzondering van het bijzondere geval dat een in het buitenland geleden verlies op geen enkele andere wijze fiscaal in aanmerking kan worden genomen — gerechtvaardigd was. Het baseerde die rechtvaardiging op een beschouwing van drie gezichtspunten in hun onderling verband: de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten, het vermijden van een dubbele verrekening van het verlies en het verhinderen van belastingontwijking.

6. In deze zaak moet daarom worden uitgemaakt in hoeverre de beginselen die het Hof in de zaak Marks & Spencer heeft ontwikkeld, kunnen worden toegepast op de onderhavige situatie. Daarbij rijst ook de vraag, welk belang het beginsel van de samenhang van het belastingstelsel heeft, een vraag waarop het Hof in het arrest Marks & Spencer niet is ingegaan.

II — Toepasselijke wetgeving

A — *Gemeenschapsrecht*

7. Artikel 4, lid 1, van richtlijn 90/435/EEG [3] luidt:

„Wanneer een moedermaatschappij of haar vaste inrichting, op grond van de deelgerechtigdheid van de moedermaatschappij in haar dochteronderneming, uitgekeerde winst ontvangt, anders dan bij de liquidatie van de dochteronderneming, moeten de lidstaat van de moedermaatschappij en de lidstaat van haar vaste inrichting:

— ofwel zich onthouden van het belasten van deze winst;

— ofwel de winst belasten, maar in dat geval de moedermaatschappij en de vaste inrichting toestaan van de verschuldigde belasting af te trekken het gedeelte van de belasting dat betrekking heeft op die winst en betaald is door de dochteronderneming en enigerlei kleindochteronderneming, op voorwaarde dat bij iedere schakel een vennootschap en haar kleindochteronderneming aan

3 — 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 255, blz. 6), zoals gewijzigd bij richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003 tot wijziging van richtlijn 90/435/EEG (PB 2004, L 7, blz. 41).

de in de artikelen 2 en 3 gestelde eisen voldoen, tot het bedrag van de overeenstemmende verschuldigde belasting."

B — *Nationaal recht*

8. In de §§ 1 tot en met 5 van de konserniavutuksesta verotuksessa annettu laki (825/1986) (wet betreffende de belastingregeling voor overdrachten binnen groepen; hierna: „wet") wordt bepaald:

„§ 1. Deze wet regelt de aftrekbaarheid van overdrachten binnen een groep voor de verrichter van de overdracht en de gelijkstelling van die overdracht met belastbare inkomsten van de ontvanger.

§ 2. Onder overdracht binnen een groep wordt verstaan een overdracht, anders dan een investering in kapitaal, door een actieve aandelenvennootschap naar een andere aandelenvennootschap ten behoeve van haar activiteit, die niet aftrekbaar is krachtens de elinkeinotulon verottamisesta annettu laki (306/1968) (wet betreffende de belasting van inkomsten uit bedrijfsactiviteit).

§ 3. Wanneer een binnenlandse aandelenvennootschap (moedervennootschap) ten minste negen tienden bezit van het kapitaal van een andere aandelenvennootschap (dochtervennootschap), mag de moedervennootschap een overdracht die zij rechtstreeks heeft verricht ten behoeve van haar dochtervennootschap aftrekken van haar belastbare inkomsten uit bedrijfsactiviteit. Het desbetreffende bedrag wordt gelijkgesteld met belastbare inkomsten uit bedrijfsactiviteit van de dochtervennootschap.

Een aandelenvennootschap waarvan ten minste negen tienden van de aandelen in handen zijn van een moedervennootschap en een of meer van haar dochtervennootschappen, wordt ook als een dochtervennootschap beschouwd.

Het bepaalde in de eerste alinea is eveneens van toepassing op overdrachten van een dochtervennootschap naar de moedervennootschap of naar een andere dochtervennootschap van de moedervennootschap.

§ 4. Een overdracht binnen een groep wordt bij de belastingheffing van de verrichter ervan beschouwd als uitgave, en bij de belastingheffing van de ontvanger ervan als inkomsten in het belastingjaar waarin de overdracht is verricht.

§ 5. Een belastingplichtige mag een door hem verrichte overdracht slechts aftrekken als uitgave indien de desbetreffende uitgaven en inkomsten zijn opgenomen in de boekhouding van de verrichter en van de ontvanger van de overdrachten."

III — Feiten en procesverloop

9. De in Finland gevestigde onderneming Oy AA maakt deel uit van de AA-groep, waarvan de moedermaatschappij, de in Engeland gevestigde AA Ltd., indirect via twee in Nederland gevestigde tussenvennootschappen 100 % van de aandelen in Oy AA houdt. [4]

10. In tegenstelling tot AA Ltd. heeft Oy AA in de laatste jaren winst behaald. Daar de bedrijfsactiviteit van AA Ltd. ook voor Oy AA van belang is, werd overwogen de activiteit van AA Ltd. door middel van een overdracht van Oy AA te ondersteunen. Oy AA heeft de keskusverolautakunta (centrale belastingcommissie) derhalve om een prealabele uitspraak gevraagd over de vraag of deze overdracht een overdracht binnen een groep vormt in de zin van § 3 van de wet.

11. De keskusverolautakunta heeft in zijn prealabele uitspraak voor de belastingjaren 2004 en 2005 vastgesteld dat een overdracht van Oy AA aan AA Ltd. geen overdracht binnen een groep in de zin van de wet vormt en dus evenmin een aftrekbare uitgave in het kader van de aanslag inkomstenbelasting van Oy AA, aangezien AA Ltd. een buitenlandse vennootschap is.

4 — De namen van de vennootschappen blijven op hun verzoek anoniem.

12. De Korkein hallinto-oikeus, waarbij Oy AA is opgekomen tegen de prealabele uitspraak, heeft bij beslissing van 23 mei 2005 de behandeling van de zaak geschorst en het Hof krachtens artikel 234 EG de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moeten de artikelen 43 EG en 56 EG, rekening houdend met artikel 58 EG en richtlijn 90/435/EEG van de Raad betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een regeling als de Finse regeling betreffende overdrachten binnen een groep, die voor de fiscale aftrekbaarheid van overdrachten binnen een groep als voorwaarde stelt dat de verrichter en de ontvanger van de overdracht in Finland gevestigde vennootschappen zijn?"

IV — Juridische beoordeling

13. Vooraf zij vastgesteld dat richtlijn 90/435 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten voor de onderhavige zaak niet van doorslaggevend belang is. Die richtlijn regelt de fiscale behandeling van winstuitkeringen van een in een andere lidstaat gevestigde dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij.

14. In casu gaat het echter niet om winstuitkeringen van een dochtermaatschappij aan een direct in haar deelnemende moedermaatschappij, maar om uitkeringen van een vennootschap uit haar onbelast vermogen aan een moedervennootschap van de groep die slechts een indirecte deelneming in haar heeft. Bovendien regelt de richtlijn alleen de fiscale behandeling van de uitkering bij de moedermaatschappij, maar niet de fiscale gevolgen van die uitkering voor de dochtermaatschappij.

15. Voorts zij herinnerd aan de vaste rechtspraak van het Hof dat de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, doch deze niettemin verplicht zijn, die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen. [5]

16. Ten slotte moet voor ogen worden gehouden dat de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer, die beide het voorwerp van de prejudiciële vraag vormen, in beginsel naast elkaar toepassing kunnen vinden. [6] Zoals ik in mijn conclusie in de zaak Bouanich heb uiteengezet [7], delft noch de ene noch de andere fundamentele vrijheid het onderspit. Nochtans heeft het Hof feitelijke situaties die binnen de werkingssfeer van beide fundamentele vrijheden vielen, deels eerst aan het criterium van het vrije kapitaalverkeer getoetst [8] en deels eerst aan dat van de vrijheid van vestiging. [9]

17. Zo zette het Hof in het arrest X en Y uiteen dat het vrije kapitaalverkeer geen zelfstandige betekenis heeft, voor zover een regeling reeds binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging valt, aangezien het om de verkrijging van een deelneming met beslissende invloed op de besluiten van de betrokken onderneming gaat. [10]

5 — Arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 2, punt 29, alsmede arresten van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punt 37); 7 september 2004, Manninen (C-319/02, Jurispr. blz. I-7477, punt 19), en 7 september 2006, N (C-470/04, Jurispr. blz. I-7409, punt 33).

6 — Arrest van 1 juni 1999, Konle (C-302/97, Jurispr. blz. I-3099, punt 22).

7 — Conclusie van 14 juli 2005 in de zaak Bouanich (C-265/04, Jurispr. 2006, blz. I-923, punt 71). Zie eveneens de conclusie van advocaat-generaal Alber van 14 oktober 1999 in de zaak Baars (C-251/98, Jurispr. 2000, blz. I-2787, punten 12 e.v. met verdere verwijzingen), en de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 29 juni 2006 in de zaak Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 35).

8 — Zie bijvoorbeeld de zogenoemde golden shares-arresten van 4 juni 2002, Commissie/Portugal (C-367/98, Jurispr. blz. I-4731); Commissie/Frankrijk (C-483/99, Jurispr. blz. I-4781), en Commissie/België (C-503/99, Jurispr. blz. I-4809), alsmede arresten van 13 mei 2003, Commissie/Spanje (C-463/00, Jurispr. blz. I-4581), en Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-98/01, Jurispr. blz. I-4641). Zie eveneens de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro van 6 april 2006 in de zaak Commissie/Nederland (C-282/04 en C-283/04, Jurispr. blz. I-9141, punt 41).

9 — Zie arresten van 13 april 2000, Baars (C-251/98, Jurispr. blz. I-2787); 21 november 2002, X en Y (C-436/00, Jurispr. blz. I-10829), en 23 februari 2006, Keller Holding (C-471/04, Jurispr. blz. I-2107).

10 — Arrest X en Y, aangehaald in voetnoot 9, punten 37 en 66. Zo ook advocaat-generaal Léger in zijn conclusie van 2 mei 2006 in de zaak Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 32).

18. Het lijkt mij zinvol eerst de fundamentele vrijheid te onderzoeken waar het, gezien het doel van de relevante nationale regeling en de feiten van het hoofdgeding, vooral om gaat. [11]

19. In het hoofdgeding gaat het om de toepassing van de wet betreffende overdrachten binnen een groep op een geldoverdracht van een vennootschap aan een andere vennootschap, die indirect 100 % van de aandelen in eerstgenoemde vennootschap bezit. De geldoverdracht diende weliswaar niet ter verkrijging van een kapitaaldeelneming, maar het ging om een uitkering van een dochter- aan de haar controlerende moedermaatschappij, zodat er een verband bestaat met de uitoefening van de vrijheid van vestiging door die moedermaatschappij.

20. Zin en doel van de groepsoverdracht zijn namelijk de verrekening van winsten en verliezen binnen de uit meerdere vennootschappen bestaande groep. De groepsstructuur, die zich over meerdere lidstaten uitstrekt, is ontstaan door de uitoefening van de vrijheid van vestiging. Bijgevolg gaat het met name om de vrijheid van vestiging, en niet om het vrije kapitaalverkeer, ook al heeft de handeling de uiterlijke vorm van een grensoverschrijdende kapitaalstroom.

11 — Evenzo advocaat-generaal Alber in zijn conclusie in de zaak Baars, aangehaald in voetnoot 7, punten 32 tot en met 34, die onderscheid wil maken naargelang de vraag welke fundamentele vrijheid direct en welke indirect wordt geraakt. Advocaat-generaal Geelhoed stemt in zijn conclusie in de zaak Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, aangehaald in voetnoot 7, punt 35, daarmee in.

A — *Beperking van de vrijheid van vestiging*

21. De in artikel 43 EG gegarandeerde vrijheid van vestiging geeft de gemeenschapsonderdanen in andere lidstaten het recht op toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en op de uitoefening daarvan, alsmede het recht om ondernemingen op te richten en te beheren, onder dezelfde voorwaarden als voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld. Ingevolge artikel 48 EG brengt de vrijheid van vestiging 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 dochtermaatschappij, een filiaal of een agentschap. [12]

22. Volgens vaste rechtspraak staat artikel 43 EG ook in de weg aan een nationale regeling die, zelfs wanneer zij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, toch de uitoefening van de in het EG-Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden door gemeenschapsonderdanen, met inbegrip van de onderdanen van de lidstaat die de regeling heeft getroffen, kan verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken. [13]

12 — Zie arresten van 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 20), en 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35), Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 2, punt 30, en Keller Holding, aangehaald in voetnoot 9, punt 29.

13 — Arresten van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37); 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, Jurispr. blz. I-1163, punt 32), en 21 april 2005, Commissie/Griekenland (C-140/03, Jurispr. blz. I-3177, punt 27).

23. Volgens de wet zijn alleen overdrachten van binnenlandse vennootschappen aan eveneens in het binnenland gevestigde moedermaatschappijen aftrekbaar van de belasting; overdrachten van binnenlandse vennootschappen aan in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappijen zijn daarentegen niet aftrekbaar.

24. Transnationale vennootschapsgroepen worden dus benadeeld ten opzichte van binnenlandse vennootschapsgroepen. Vanuit de moedermaatschappij bezien is dit een discriminatie op grond van haar zetel, hetgeen bij rechtspersonen gelijkstaat aan een discriminatie op grond van nationaliteit. Ook vanuit het oogpunt van de adressaat van de bestreden nationale regeling, Oy AA, is er sprake van schending. De door haar aan AA Ltd. verrichte overdracht wordt anders behandeld dan overdrachten van binnenlandse vennootschappen aan binnenlandse ondernemingen van de groep. Vanuit Oy AA bezien vormt dit een verschil in behandeling van de grensoverschrijdende transactie.

25. Dit verschil in fiscale behandeling is geschikt om buitenlandse moedermaatschappijen te belemmeren in de uitoefening van hun vrijheid van vestiging, aangezien zij ervan kunnen worden weerhouden, in Finland dochtermaatschappijen op te richten. De verschillende fiscale behandeling van groepsoverdrachten aan binnenlandse moedermaatschappijen en aan in andere lidstaten gevestigde moedermaatschappijen beperkt dus de vrijheid van vestiging in de zin van de artikelen 43 EG en 48 EG.

26. Een aantal bij de procedure voor het Hof betrokken lidstaten stelt dat de situatie van dochtermaatschappijen van binnenlandse moedermaatschappijen en die van dochtermaatschappijen van buitenlandse moedermaatschappijen van meet af aan niet vergelijkbaar zijn. Buitenlandse moedermaatschappijen zijn immers niet uitsluitend onderworpen aan de heffingsbevoegdheid van de Finse staat; deze kan dus niet verantwoordelijk zijn voor het verschil in belastingheffing dat het gevolg is van de parallelle uitoefening van meerdere fiscale bevoegdheden. Met dit argument beogen de lidstaten een belasting van grensoverschrijdende vennootschapsgroepen die in overeenstemming is met het internationale belastingrecht uit te sluiten van de werkingssfeer van de fundamentele vrijheden.

27. Deze benadering kan niet worden gevolgd, daar zij in strijd is met de fundamentele aard van de vrijheid van vestiging als verbod van beperkingen en discriminatie. Als zodanig vereist de vrijheid van vestiging juist dat een louter interne situatie wordt vergeleken met een grensoverschrijdende situatie en verlangt zij een rechtvaardiging, wanneer een verschil in behandeling wordt vastgesteld. Daarmee is het binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging uitgesloten dat de grensoverschrijding als zodanig reeds als een aspect wordt beschouwd dat de vergelijkbaarheid van situaties uitsluit. Bijgevolg kan de met het

grensoverschrijdend karakter noodzakelijkerwijs gepaard gaande omstandigheid dat een situatie onder meer dan één soeverein gezag valt, evenmin tot de veronderstelling leiden dat voor het verschil in behandeling überhaupt geen rechtvaardiging behoeft te worden aangevoerd.

28. Dienovereenkomstig heeft het Hof in de zaak Marks & Spencer uiteengezet dat „de woonplaats van de belastingplichtigen in het fiscale recht een rechtvaardigingsgrond kan zijn voor nationale regels waarbij ingezeten belastingplichtigen en niet-ingezeten belastingplichtigen verschillend worden behandeld. Toch is de woonplaats 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." [14]

29. De regering van het Verenigd Koninkrijk onderbouwt deze stelling van het ontbreken van vergelijkbaarheid van nationale en grensoverschrijdende vennootschapsgroepen bovendien met een verwijzing naar het arrest Schempp. [15] Die zaak betrof de fiscale aftrekbaarheid van alimentatiebetalingen van Schempp aan zijn voormalige echtgenote. Volgens de relevante Duitse regeling kon de alimentatieplichtige echtgenoot die betalingen aftrekken, wanneer zij bij de alimentatiegerechtigde echtgenoot aan belasting onderworpen waren, hetgeen in Duitsland het geval zou zijn geweest. In Oostenrijk, waar de voormalige echtgenote van Schempp woonde, waren die betalingen echter niet aan belasting onderworpen.

30. Het Hof oordeelde dat het geen discriminerende behandeling in strijd met artikel 12 oplevert, wanneer Schempp geen aftrek krijgt voor de betalingen aan zijn echtgenote in Oostenrijk. De aangevoerde ongunstige behandeling is in feite het gevolg van de omstandigheid dat de fiscale regeling inzake alimentatie van de woonstaat van zijn voormalige echtgenote verschilt van die van zijn eigen woonstaat. [16]

31. De litigieuze Finse voorschriften betreffende overdrachten binnen een groep knopen daarentegen niet aan bij de fiscale behandeling van uitkeringen in de staat waarin de ontvangende vennootschap is gevestigd. Van meet af aan gelden alleen overdrachten die aan binnenlandse vennootschappen van de groep worden verricht, als aftrekbaar van de belasting. De vraag hoe een nationale regeling zou moeten worden beoordeeld die niet bij de zetel van de ontvangende vennootschap aanknoopt, maar bij de onderwerping aan de belasting van overeenkomstige uitkeringen in het land waar de zetel van die vennootschap is gevestigd, vormt niet het voorwerp van deze procedure.

14 — Arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 2, punt 37, met verwijzing naar het arrest van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk (270/83, Jurispr. blz. 273, punt 18) — „avoir fiscal".

15 — Arrest van 12 juli 2005, Schempp (C-403/03, Jurispr. blz. I-6421).

16 — Arrest Schempp, aangehaald in voetnoot 15, punt 32.

B — *Rechtvaardiging van de beperking*

32. Een beperking van de vrijheid van vestiging is slechts toelaatbaar wanneer er een rechtmatig doel mee wordt nagestreefd dat zich met het EG-Verdrag verdraagt, en wanneer ze gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Daarenboven moet in een dergelijk geval de beperking geschikt zijn om het aldus nagestreefde doel te verwezenlijken en mag ze niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. [17] Voorts moet zij evenredig zijn in strikte zin.

33. De betrokken regeringen en de Commissie voeren een reeks rechtvaardigingsgronden aan. Ondanks de hier en daar verschillende terminologie en juridische kwalificatie kunnen hieruit in wezen de volgende argumenten worden afgeleid tegen de uitbreiding van de aftrek van groepsoverdrachten tot in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen:

— Het is in overeenstemming met het beginsel van fiscale samenhang respectievelijk symmetrie dat de aftrek in Finland alleen wordt toegekend, wanneer de Finse belastingdienst tegelijkertijd het recht heeft, de inkomsten bij de ontvangende vennootschap te belasten.

— De ondernemingen zouden vrij kunnen kiezen in welke staat hun inkomsten worden belast, hetgeen zou betekenen dat de verdeling van de heffingsbevoegdheid onder de lidstaten in gevaar werd gebracht.

— Aangezien niet zeker is dat de betalingen bij de ontvangende vennootschap in het buitenland daadwerkelijk worden belast, zou het mogelijk zijn dat de inkomsten in het geheel niet worden belast (dubbele niet-belasting of zogenoemde „witte inkomsten").

1. Samenhang van het belastingstelsel

34. Het Hof heeft in beginsel erkend dat de noodzaak om de samenhang van een belastingstelsel te waarborgen een beperking van de uitoefening van de door het Verdrag gegarandeerde fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen. [18] Een argument op basis van een dergelijke rechtvaardiging kan echter alleen worden aanvaard indien wordt bewe-

17 — Arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 2, punt 35, arresten van 15 mei 1997, Futura Participations en Singer (C-250/95, Jurispr. blz. I-2471, punt 26); 11 maart 2004, De Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Jurispr. blz. I-2409, punt 49), en N, aangehaald in voetnoot 5, punt 40.

18 — Arresten van 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punt 28), en Commissie/België (C-300/90, Jurispr. blz. I-305, punt 21). Zie eveneens arresten Manninen, aangehaald in voetnoot 5, punt 42, en Keller Holding, aangehaald in voetnoot 9, punt 40.

zen dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken fiscale voordeel en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde heffing. [19] De andere voorwaarde, namelijk dat de belasting en de vermindering bij een en dezelfde belastingplichtige moeten samenvallen [20], lijkt het Hof in het arrest Manninen te hebben opgegeven. [21]

35. In de praktijk heeft het Hof de rechtvaardiging van een nationaal belastingstelsel dat alleen op nationale situaties wordt toegepast, afhankelijk gesteld van de vraag of deze beperking nodig is voor het behoud van de samenhang en of binnenlandse en buitenlandse situaties niet zonder grond verschillend worden behandeld. [22] Zoals advocaat-generaal Poiares Maduro in zijn conclusie in de zaak Marks & Spencer namelijk terecht heeft uiteengezet, dient de eerbiediging van de samenhang van het nationale stelsel ertoe, de integriteit van deze stelsels, voor de inrichting waarvan de lidstaten bevoegd zijn, te beschermen, voor zover zij de interne markt niet onevenredig raken. [23]

36. Bevinden belastingplichtigen die van hun fundamentele rechten gebruik hebben gemaakt zich in een situatie die vergelijkbaar is met die van belastingplichtigen die door het nationale belastingstelsel begunstigd worden, dan moet de nationale regeling ook op gevallen met een grensoverschrijdende factor worden toegepast, wanneer de samenhang van het nationale stelsel daardoor niet in gevaar komt. Dit verlangt het uit de vrijheid van vestiging voortvloeiende gebod van gelijke behandeling. [24]

37. Uitgangspunt voor het onderzoek van het beginsel van gelijke behandeling is daarbij het met de nationale regeling beoogde doel. [25] Een maatregel is niet gerechtvaardigd wanneer het met de regeling beoogde doel ook kan worden bereikt zonder nationale en transnationale situaties verschillend te behandelen, of wanneer een minder sterk verschil in behandeling ook tot het doel voert.

38. De wet heeft tot doel, een vennootschapsgroep als een economische eenheid te beschouwen, dat wil zeggen een uit moeder- en dochtervennootschappen bestaande groep gelijk te stellen met een onderneming met meerdere vaste inrichtingen. De regeling

19 — Arresten van 14 november 1995, Svensson en Gustavsson (C-484/93, Jurispr. blz. I-3955, punt 18); ICI, aangehaald in voetnoot 12, punt 29; Manninen, aangehaald in voetnoot 5, punt 42, en Keller Holding, aangehaald in voetnoot 9, punt 40.

20 — Zie voor kritiek op de vroegere rechtspraak mijn conclusie van 18 maart 2004 in de zaak Manninen, aangehaald in voetnoot 5, punten 53 e.v.

21 — In zijn conclusie in de zaak Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, aangehaald in voetnoot 7, punt 88, is advocaat-generaal Geelhoed het hiermee eens.

22 — Zie in die zin arresten Manninen, aangehaald in voetnoot 5, punten 45 en 46, en Keller Holding, aangehaald in voetnoot 9, punten 41 tot en met 43.

23 — Conclusie van 7 april 2005 in de zaak Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 2, punt 66.

24 — Terecht beklemtoont advocaat-generaal Geelhoed in zijn conclusie in de zaak Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (aangehaald in voetnoot 7, punt 89) dat het Hof bij de toetsing van de samenhang de fundamentele beginselen van non-discriminatie tot uitdrukking heeft gebracht.

25 — Arresten De Lasteyrie du Saillant, aangehaald in voetnoot 17, punt 67, en Manninen, aangehaald in voetnoot 5, punt 43, alsmede de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 2, punt 72.

biedt de mogelijkheid om, evenals de in de zaak Marks & Spencer aan de orde zijnde groepsaftrek (group relief), winsten en verliezen ook dan met elkaar te verrekenen wanneer zij bij verschillende rechtspersonen ontstaan.

39. Kan het verlies van een vennootschap niet rechtstreeks worden verrekend met de winst die haar door een andere vennootschap is overgedragen, dan zou over die winst belasting moeten worden betaald. Het verlies van de andere vennootschap uit de groep zou alleen naar een volgend belastingjaar kunnen worden overgedragen om zo met de eigen winst te worden verrekend. Door de groepsaftrek krijgen vennootschapgroepen dus het cashflowvoordeel dat een onderneming met vaste inrichtingen ook zou hebben.

40. Met het oog hierop moet een groepsoverdracht die vennootschappen van een groep onder elkaar verrichten slechts één keer worden belast, doordat deze bij de overdragende vennootschap van het belastbare inkomen wordt afgetrokken en bij de ontvangende vennootschap tot het belastbare inkomen wordt gerekend.

41. Grensoverschrijdende vennootschapsgroepen bevinden zich met betrekking tot het belang bij een verrekening van winsten en verliezen van verschillende vennootschappen van de groep in beginsel in een situatie die vergelijkbaar is met die van vennootschapsgroepen die alleen uit binnenlandse vennootschappen bestaan. Bijgevolg zou een groepsoverdracht in beginsel ook dan aftrekbaar moeten zijn, wanneer deze wordt verricht aan gelieerde vennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd.

42. Dit zou echter alleen in overeenstemming zijn met het systeem, indien de belasting van de overdracht bij de ontvangende vennootschap is gewaarborgd. Anders zou er sprake zijn van een belastingvoordeel zonder overeenkomstige compensatie door een belasting die daarmee rechtstreeks verband houdt.

43. De betrokken regeringen beklemtonen in dit verband dat de lidstaat waarin de overdragende vennootschap is gevestigd geen invloed heeft op de belastingheffing van de ontvangende vennootschap in haar staat van vestiging. Dit belet eerstgenoemde lidstaat echter niet, de belastingaftrek van de overdracht afhankelijk te stellen van het bewijs dat de overdracht bij de ontvangende vennootschap daadwerkelijk wordt belast. De bestreden Finse regeling maakt die bewijslevering niet mogelijk, maar sluit de aftrekbaarheid van overdrachten aan buitenlandse vennootschappen in elk geval uit. Zij gaat daarmee verder dan voor het behoud van de samenhang van het nationale belastingstelsel nodig is.

44. Tegen deze conclusie kan niet worden ingebracht dat dergelijke groepsoverdrachten dan niet meer in Finland, maar in het buitenland worden belast. Volgens vaste rechtspraak kan een derving van belastinginkomsten niet worden aangemerkt als een

dwingende reden van algemeen belang die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een maatregel die in beginsel in strijd is met een fundamentele vrijheid. [26] Bijgevolg kan een nationale regeling niet alleen daarom als samenhangend worden aangemerkt, omdat zij de derving van belastinginkomsten uitsluit.

45. De beperking van de vrijheid van vestiging die voortvloeit uit het verschil in behandeling van uitkeringen tussen binnenlandse en buitenlandse vennootschapsgroepen enerzijds en van uitkeringen tussen binnenlandse vennootschappen anderzijds, wordt alles bij elkaar genomen dus niet gerechtvaardigd door gronden ontleend aan het behoud van de fiscale samenhang. Rest echter nog te onderzoeken of andere rechtvaardigingsgronden van toepassing zijn, met name de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.

2. Handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten

46. In het arrest Marks & Spencer heeft het Hof drie rechtvaardigingsgronden (éléments justificatifs) erkend en uit die rechtvaardigingsgronden „samen beschouwd (pris ensemble)" afgeleid „dat met een restrictieve regeling als die in het hoofdgeding, rechtmatige doelstellingen worden nagestreefd die zich met het Verdrag verdragen en gerechtvaardigd zijn uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang, en dat deze regeling daarenboven geschikt is om deze doelstellingen te verwezenlijken". [27]

47. Bij de drie erkende rechtvaardigingsgronden gaat het om:

— de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten,

— het gevaar dat het verlies tweemaal wordt verrekend,

— het gevaar van belastingontwijking.

48. Reeds uit de hierboven aangehaalde formulering blijkt dat alle drie elementen nauw met elkaar samenhangen en niet afzonderlijk kunnen worden beschouwd. De kern van deze elementen is de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid.

26 — Arresten Manninen, aangehaald in voetnoot 5, punt 49, en Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 2, punt 44.

27 — Arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 2, punt 51.

49. Zoals reeds vastgesteld, behoort de heffing van de directe belastingen bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht tot de bevoegdheid van de lidstaten. [28] Bij gebreke van harmonisatie door het gemeenschapsrecht behoort het eveneens tot de bevoegdheid van de lidstaten, door het sluiten van verdragen ter vermijding van dubbele belasting of door eenzijdige maatregelen de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid vast te leggen. [29]

50. Daarbij is het niet onredelijk dat de lidstaten zich met het oog op de verdeling van de fiscale bevoegdheid laten leiden door de internationale praktijk, met name de door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) opgestelde modelverdragen. [30]

51. Aangenomen moet worden dat de lidstaat van vestiging van de moedervennootschap, door de ingezeten vennootschappen over hun wereldwijde winst en de niet-ingezeten vennootschappen alleen over de winst uit hun bedrijvigheid in deze staat te belasten, in het bijzonder in overeenstemming handelt met het in het internationaal fiscaal recht vastgelegde en in het gemeenschapsrecht erkende territorialiteitsbeginsel. [31]

52. In het arrest Marks & Spencer stelde het Hof met de volgende woorden een aantasting van de verdeling van de heffingsbevoegdheid vast: „Indien een vennootschap de mogelijkheid zou worden geboden, te opteren voor verrekening van haar verlies in de lidstaat waar ze gevestigd is, dan wel in een andere lidstaat, zou een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten groot gevaar lopen, aangezien de belastinggrondslag in de eerste staat zou worden vermeerderd en in de tweede zou worden verminderd met het bedrag van het overgedragen verlies." [32]

53. Deze vaststelling geldt ook voor het geval dat de overdracht van winst zoals deze in de wet is voorzien, tot grensoverschrijdende overdrachten wordt uitgebreid. De verdeling van de heffingsbevoegdheid volgens het territorialiteitsbeginsel zou ook in gevaar komen, indien de belastingplichtigen vrij konden kiezen in welke lidstaat winsten worden belast, door de winst van een vennootschap buiten haar belastinggrondslag te houden en in de belastinggrondslag van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap van de groep op te nemen.

28 — Zie punt 15 hierboven.

29 — Zie arresten van 12 mei 1998, Gilly (C-336/96, Jurispr. blz. I-2793, punten 24 en 30); 12 december 2002, De Groot (C-385/00, Jurispr. blz. I-11819, punt 93); 5 juli 2005, D. (C-376/03, Jurispr. blz. I-5821, punten 50 en 51); 23 februari 2006, Van Hilten-Van der Heijden (C-513/03, Jurispr. blz. I-1957, punt 47), en arrest N, aangehaald in voetnoot 5, punten 43 en 44.

30 — Arresten Futura Participations en Singer, aangehaald in voetnoot 17, punt 22; Van Hilten-Van der Heijden, aangehaald in voetnoot 29, punt 48, en N, aangehaald in voetnoot 5, punt 45.

31 — Arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 2, punt 39. Zie voor de verdeling volgens het beginsel van het wereldinkomen en de bronstaat de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 23 februari 2006 in de zaak Test Claimants in the ACT Group Litigation (C-374/04, nog aanhangig bij het Hof,, punten 49 tot en met 51).

32 — Arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 2, punt 46.

54. De tweede in het arrest Marks & Spencer erkende rechtvaardigingsgrond, het gevaar dat het verlies tweemaal wordt verrekend, houdt nauw verband met de verdeling van de heffingsbevoegdheid.

55. De verdeling van de heffingsbevoegdheid volgens criteria van territorialiteit (zetel van de onderneming of bron van inkomsten op het nationale grondgebied) dient ertoe, een staat het recht te geven om als eerste bepaalde inkomsten te belasten. Samen met de regels ter vermijding van dubbele belasting bestaat daarmee een internationaal bevoegdheidsstelsel voor de belasting. Dit — zij het ook op bepaalde punten niet waterdichte — systeem moet in beginsel waarborgen dat alle inkomsten precies één keer worden belast. [33]

56. Zouden verliezen meerdere keren met winsten kunnen worden verrekend, dan zouden winsten volledig onbelast blijven, ofschoon daartegenover in feite geen nog te verrekenen verliezen staan. Dit is in strijd met het beginsel van eenmalige belastingheffing dat aan de internationale verdeling van de heffingsbevoegdheid ten grondslag ligt.

57. Ook de erkenning van grensoverschrijdende groepsoverdrachten zou tot een (dubbele) niet-belasting van inkomsten kunnen leiden, wanneer de overdrachten konden worden afgetrokken van de belastbare inkomsten van de overdragende vennootschap, ofschoon zij in de lidstaat van de zetel van de ontvangende vennootschap niet aan belasting onderworpen zijn.

58. Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk is dit in het hoofdgeding zelfs het geval. Volgens het recht van het Verenigd Koninkrijk vallen groepsoverdrachten immers niet onder belastbare soorten inkomsten, zodat zij bij de ontvangende vennootschap AA Ltd. niet kunnen worden belast, hetgeen Oy AA evenwel betwist.

59. Ongeacht de concrete behandeling van groepsoverdrachten die Britse vennootschappen ten deel valt, moet worden vastgesteld dat een regeling op grond waarvan in de regel alleen groepsoverdrachten tussen binnenlandse vennootschappen fiscaal aftrekbaar zijn, abstract geschikt is om de dubbele niet-belasting uit te sluiten. Bij louter binnenlandse overdrachten kan een lidstaat immers in elk geval verzekeren dat de overdrachten aan belasting onderworpen zijn. De volgende vraag, namelijk of de maatregel in deze vorm niet verder gaat dan ter verwezenlijking van het doel noodzakelijk is, zal dadelijk worden behandeld. [34]

33 — Deze eenmalige belastingheffing kan — bijvoorbeeld bij de toepassing van de verrekeningsmethode — ook op een op elkaar afgestemde wijze door twee staten plaatsvinden.

34 — Zie punt 67 hieronder.

60. Ook de derde rechtvaardigingsgrond, het gevaar van belastingontwijking, staat in nauw verband met de twee andere rechtvaardigingsgronden. Er zou reeds sprake kunnen zijn van belastingontwijking bij groepsoverdrachten aan vennootschappen die gevestigd zijn in lidstaten waarin dergelijke uitkeringen niet belastbaar zijn. In zoverre valt deze rechtvaardigingsgrond samen met de tweede.

61. In het arrest Marks & Spencer heeft het Hof het bovendien als een geval van belastingontwijking aangemerkt, wanneer ondernemingen door de verschuiving van verliezen van landen met een lage belastingdruk naar landen met een hoge belastingdruk „vluchten" naar het land waar hun verliezen de hoogste waarde hebben en de belastingdruk dus het meest verminderen. Als belastingvlucht in deze zin zou eveneens de situatie moeten worden aangemerkt waarin inkomsten door groepsoverdrachten doelbewust aan vennootschappen worden betaald die in landen met een lage belastingdruk zijn gevestigd.

62. Strikt genomen gaat het ook bij de verhindering van een dergelijke „belastingvlucht" echter niet om een zelfstandige rechtvaardigingsgrond, die een beperking van een fundamentele vrijheid kan rechtvaardigen. Dat ondernemingen proberen te profiteren van de verschillen tussen de nationale belastingstelsels is een legitieme vorm van economisch handelen en iets wat niet te vermijden is in een interne markt waarin de belastingheffing van ondernemingen niet is geharmoniseerd. Zo mag een onderneming bijvoorbeeld niet zonder meer worden belet, haar zetel naar een andere lidstaat te verleggen waar de fiscale voorwaarden gunstiger zijn. [35]

63. Pas wanneer een dergelijke „belastingoptimalisatie" tegelijkertijd de verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten ondergraaft, kunnen beperkingen van de fundamentele vrijheden gerechtvaardigd zijn.

64. Dat de verdeling van de heffingsbevoegdheid volgens het criterium van het territorialiteitsbeginsel als rechtvaardigingsgrond wordt erkend, is evenmin strijdig met het beginsel dat beperkingen van fundamentele vrijheden niet kunnen worden gerechtvaardigd op grond van het vermijden van een derving van belastinginkomsten. [36] Dit beginsel sluit slechts uit dat fundamentele vrijheden op grond van louter fiscale overwegingen worden beperkt. In casu gaat het echter om het principiële belang, de lidstaten überhaupt een heffingsmogelijkheid overeenkomstig het territorialiteitsbeginsel te geven.

65. Samenvattend moet worden vastgesteld dat een beperking van de aftrekbaarheid van groepsoverdrachten tot overdrachten aan

35 — Zie voor de in dit verband rijzende vragen van de belastingheffing bij vertrek het recentelijk gewezen arrest N, aangehaald in voetnoot 5.

36 — Arresten Manninen, aangehaald in voetnoot 5, punt 49, en Marks en Spencer, aangehaald in voetnoot 2, punt 44.

binnenlandse vennootschappen geschikt is om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen, de niet-belasting van overgedragen inkomsten uit te sluiten en belastingvlucht tegen te gaan. Die beperking verzekert dat winsten die door vennootschapsgroepen in Finland zijn behaald, aldaar overeenkomstig het territorialiteitsbeginsel aan belasting zijn onderworpen.

66. Rest nog te onderzoeken of de regeling niet verder gaat dan ter verwezenlijking van dat doel nodig is en of deze evenredig in strikte zin is.

67. Indien het er alleen om ging de niet-belasting van overgedragen inkomsten en de belastingvlucht uit te sluiten, zou de algemene beperking van de aftrekbaarheid van groepsoverdrachten tot overdrachten aan binnenlandse vennootschappen te ver gaan. Deze beide doelstellingen zouden immers ook kunnen worden bereikt door middel van een regeling die de vrijheid van vestiging minder beperkt. Zo zou de fiscale aftrek van groepsoverdrachten — zoals reeds uiteengezet — ook afhankelijk kunnen worden gesteld van het bewijs dat de inkomsten bij de ontvangende vennootschap daadwerkelijk worden belast.

68. De handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid, waarmee de beide andere rechtvaardigingsgronden rechtstreeks verband houden, zou echter door een desbetreffende minder beperkende nationale regeling niet kunnen worden verwezenlijkt. Een regeling op grond waarvan de staat van vestiging van de overdragende vennootschap de aftrek in geval van belastingheffing bij de ontvangende vennootschap moet toelaten, zou de verplaatsing van de heffingsbevoegdheid juist niet uitsluiten.

69. Bij afweging van de verschillende belangen lijkt een regeling als die waarin de Finse wet voorziet, ook evenredig in strikte zin.

70. In het arrest Marks & Spencer [37] heeft het Hof het weliswaar in een bepaalde uitzonderingssituatie, zoals die zich in die zaak voordeed, als onevenredig aangemerkt om de grensoverschrijdende verliesoverdracht niet te erkennen, namelijk wanneer de niet-ingezeten dochtervennootschap alle mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput en die verliezen ook in de toekomst niet meer kunnen worden verrekend. In die omstandigheden treedt het belang van de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid terug voor dat van de vrijheid van vestiging en moet de overdracht

37 — Zie arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 2, punten 53 tot en met 56.

van verlies aan de niet-ingezeten moedermaatschappij mogelijk worden gemaakt.

71. Uit de feitelijke gegevens in het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt echter niet dat er in het geval van Oy AA sprake is van een vergelijkbare uitzonderingssituatie als in de zaak Marks & Spencer. Derhalve behoeft niet te worden onderzocht of om redenen van evenredigheid bij wijze van uitzondering afwijkingen van de verdeling van de heffingsbevoegdheden geboden zijn.

C — *Vrije kapitaalverkeer*

72. De voorschriften betreffende groepsoverdrachten zouden weliswaar niet alleen aan de vrijheid van vestiging kunnen worden getoetst, maar ook aan het vrije kapitaalverkeer, zoals dat in de artikelen 56 EG en 58 EG wordt gewaarborgd. Afgezien van de territoriale en temporele werkingssfeer, die in casu niet doorslaggevend is, gelden hierbij echter dezelfde beginselen als bij het onderzoek van de vrijheid van vestiging. Dit betekent dat ook uit de voorschriften betreffende groepsoverdrachten voortvloeiende beperkingen van het vrije kapitaalverkeer gerechtvaardigd zijn om de verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten te handhaven.

V — Conclusie

73. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de Korkein hallinto-oikeus te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 43 EG, 48 EG, 56 EG en 58 EG alsmede richtlijn 90/435/EEG van de Raad betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, verzetten zich onder de in het prejudiciële verzoek genoemde omstandigheden niet tegen een regeling als de Finse regeling betreffende overdrachten binnen een groep, die voor de fiscale aftrekbaarheid van overdrachten binnen een groep als voorwaarde stelt dat de verrichter en de ontvanger van de overdracht in Finland gevestigde vennootschappen zijn."