

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

18 juli 2007*

In zaak C-231/05,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de Korkein hallinto-oikeus (Finland) bij beslissing van 23 mei 2005, ingekomen bij het Hof op 25 mei 2005, in de procedure ingeleid door

Oy AA,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, R. Schintgen, P. Kūris, E. Juhász, kamerpresidenten, K. Schiemann, G. Arestis, U. Löhmus, E. Levits (rapporteur), A. Ó Caoimh en L. Bay Larsen, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,
griffier: B. Fülöp, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 16 mei 2006,

* Procestaal: Fins.

gelet op de opmerkingen van:

- Oy AA, vertegenwoordigd door T. Torkkel en J. Järvinen, asiamiehet,

- de Finse regering, vertegenwoordigd door T. Pynnä en E. Bygglin als gemachtigden,

- de Duitse regering, vertegenwoordigd door M. Lumma en U. Forsthoff als gemachtigden,

- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door H. G. Sevenster en M. de Grave als gemachtigden,

- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door K. Wistrand en A. Falk als gemachtigden,

- de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door S. Nwaokolo en E. O'Neill als gemachtigden, bijgestaan door R. Hill, barrister,

- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal en I. Koskinen als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 12 september 2006,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 43 EG, 56 EG en 58 EG en van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB L 225, blz. 6), zoals gewijzigd bij richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003 (PB 2004, L 7, blz. 41; hierna: „richtlijn 90/435”).

- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een procedure die bij de Korkein hallinto-oikeus (hoogste administratief Gerechtshof) is ingeleid door Oy AA, een vennootschap naar Fins recht, betreffende de mogelijkheid om een overdracht aan haar in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij af te trekken van haar belastbare inkomsten, waarbij de vraag is gerezen of de Finse regeling betreffende overdrachten binnen groepen verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

Toepasselijke bepalingen

Gemeenschapsregeling

- 3 Volgens de tweede overweging van de considerans van richtlijn 2003/123 strekt richtlijn 90/435 ertoe „dividenden en andere winstuitkeringen van dochterondernemingen aan hun moedermaatschappijen vrij te stellen van bronbelasting en dubbele belastingheffing van zulke inkomsten op het niveau van de moedermaatschappij te elimineren”.

- 4 Artikel 4 van richtlijn 90/435 bepaalt dat wanneer een moedermaatschappij op grond van haar deelneming in haar dochteronderneming uitgekeerde winst ontvangt, anders dan bij de liquidatie van de dochteronderneming, de lidstaat van de moedermaatschappij zich ofwel onthoudt van het belasten van de door de dochteronderneming uitgekeerde winst ofwel de winst belast, maar in dat geval de moedermaatschappij toestaat om dat gedeelte van de belasting van de dochteronderneming dat op deze winst betrekking heeft, van haar eigen belasting af te trekken.

- 5 Volgens artikel 5 van richtlijn 90/435 wordt „de door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst [...] vrijgesteld van bronbelasting”. Volgens artikel 6 van deze richtlijn mag „de lidstaat onder wiens wetgeving de moedermaatschappij ressorteert, [...] geen belasting aan de bron inhouden op de winst die deze maatschappij van haar dochteronderneming ontvangt”.

Nationale regeling

- 6 § 1 van de wet betreffende de belastingregeling voor overdrachten binnen groepen [Laki konserniavustuksesta verotuksessa (825/1986)] van 21 november 1986 (hierna: „KonsAvL”) luidt:

„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.”

7 § 2 van de KonsAvL luidt:

„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].”

8 § 3 van de KonsAvL luidt:

„Wanneer een binnenlandse aandelenvennootschap (moedervenootschap) ten minste negen tienden bezit van het kapitaal van een andere aandelenvennootschap (dochtervennootschap), mag de moedervenootschap 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 moedervenootschap 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 moedervenootschap of naar een andere dochtervennootschap van de moedervenootschap.”

9 § 4 van de KonsAvL luidt:

„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.”

10 § 5 van de KonsAvL luidt:

„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.”

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

11 De in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap AA Ltd houdt indirect, via twee andere vennootschappen, 100 % van de aandelen in Oy AA.

12 Anders dan de activiteiten van Oy AA waren die van AA Ltd in 2003 verliesgevend, en volgens Oy AA mocht worden verwacht dat dit ook in 2004 en 2005 het geval zou zijn. Daar de economische activiteit van AA Ltd ook van belang is voor Oy AA, overwoog zij de economische situatie van AA Ltd door een financiële intragroeps-overdracht te ondersteunen.

- 13 In dat verband verzocht Oy AA de Keskusverolautakunta (centrale belasting-commissie) om een prealabele uitspraak over de vraag of de voorgenomen overdracht een financiële intragroepsoverdracht was in de zin van § 3 van de KonsAvL en derhalve kon worden beschouwd als een last die Oy AA in de belastingjaren 2004 en 2005 in aftrek kon brengen.
- 14 De Keskusverolautakunta was van oordeel dat de aftrekbare financiële intragroeps-overdracht en de overeenkomstige belastbare inkomsten beide onder de Finse belastingregeling moesten vallen, zodat een overdracht van Oy AA aan AA Ltd geen groepsoverdracht was in de zin van § 3 van de KonsAvL en derhalve geen aftrekbare last bij Oy AA opleverde.
- 15 Oy AA is tegen de prealabele uitspraak van Keskusverolautakunta opgekomen bij de verwijzende rechter, die heeft vastgesteld dat was voldaan aan alle voorwaarden van de Finse wet voor aftrekbaarheid van de overdracht van Oy AA aan AA Ltd, behalve aan het vereiste dat de begunstigde vennootschap in Finland moet zijn gevestigd.
- 16 Daarop heeft de Korkein hallinto-oikeus de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moeten de artikelen 43 EG en 56 EG, rekening houdend met artikel 58 EG en richtlijn 90/435 [...] 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?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

- 17 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 43 EG en 56 EG, rekening houdend met artikel 58 EG en richtlijn 90/435, in de weg staan aan een wettelijke regeling van een lidstaat als aan de orde is in het hoofdgeding, volgens welke een in die lidstaat gevestigde dochteronderneming een financiële intragroepsoverdracht aan haar moedermaatschappij, slechts van haar belastbare inkomsten kan aftrekken wanneer de moedermaatschappij is gevestigd in dezelfde lidstaat.
- 18 Om te beginnen is het vaste rechtspraak dat de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, maar dat de lidstaten verplicht zijn die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen (zie met name arresten van 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 29; 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 40, en 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, C-374/04, Jurispr. blz. I-11673, punt 36).
- 19 Aangezien de verwijzende rechter het Hof verzoekt om uitlegging van zowel artikel 43 EG betreffende de vrijheid van vestiging als artikel 56 EG betreffende het vrije verkeer van kapitaal, moet worden bepaald of en in hoeverre een nationale wettelijke regeling als die in het hoofdgeding deze vrijheden kan beperken.
- 20 Het is vaste rechtspraak dat wanneer het gaat om een deelneming die de houder daarvan een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, de bepalingen van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van vestiging van toepassing zijn (arresten van 13 april 2000, Baars, C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punten 21 en 22; 21 november 2002, X en Y, C-436/00, Jurispr. blz. I-10829, punten 37 en 66-68; reeds aangehaalde arresten

Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, punt 31, en Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, punt 39).

- 21 Volgens § 3 van de KonsAvL is de mogelijkheid om een financiële intragroeps-overdracht te verrichten die aftrekbaar is in de zin van die wet, afhankelijk van de voorwaarde dat de moederverenootschap ten minste 90 % van het kapitaal of van de aandelen van haar dochterverenootschap in handen heeft.
- 22 Blijkens de verwijzingsbeslissing en de opmerkingen van de Finse regering heeft de Finse regeling inzake financiële intragroeps-overdrachten tot doel, de fiscale nadelen die het gevolg zijn van de structuur van een groep verenootschappen weg te werken door een verevening mogelijk te maken binnen een groep die zowel winstgevende als verlieslijdende verenootschappen omvat. De overdracht binnen de groep is dus bedoeld om de belangen van een groep van verenootschappen te dienen.
- 23 Voor zover een wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is, alleen de relaties binnen een groep van verenootschappen betreft, grijpt zij hoofdzakelijk in de vrijheid van vestiging in en moet zij dus worden getoetst aan artikel 43 EG (zie in die zin arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald, punt 32; arresten van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punt 118, en 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 33).
- 24 Indien deze wettelijke regeling het vrije verkeer van kapitaal beperkt, zijn deze beperkingen een onvermijdelijk gevolg van een eventuele belemmering van de vrijheid van vestiging en rechtvaardigen zij dus niet een autonome toetsing van die wettelijke regeling aan artikel 56 EG (zie in die zin arrest van 14 oktober 2004, Omega, C-36/02, Jurispr. blz. I-9609, punt 27; reeds aangehaalde arresten Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, punt 33, en Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punt 34).

- 25 Met betrekking tot richtlijn 90/435 wordt eraan herinnerd dat het in het hoofdgeding gaat om de eerste belasting van inkomsten uit bedrijfsactiviteiten van een dochteronderneming en om de mogelijkheid voor deze dochteronderneming, een ten gunste van haar moedermaatschappij verrichte overdracht van haar belastbare inkomsten af te trekken.
- 26 Richtlijn 90/435 regelt de fiscale behandeling van dividenden en andere winstuitkeringen van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij. Enerzijds bepaalt artikel 4 dat wanneer een moedermaatschappij uitgekeerde winst ontvangt, de lidstaat van de moedermaatschappij zich ofwel onthoudt van het belasten van de door de dochteronderneming uitgekeerde winst, ofwel de winst belast, maar in dat geval de moedermaatschappij toestaat om dat gedeelte van de belasting van de dochteronderneming dat op deze winst betrekking heeft, van haar eigen belasting af te trekken, terwijl anderzijds de artikelen 5 en 6 de inhouding van bronbelasting op deze winst verbieden.
- 27 Richtlijn 90/435 heeft dus geen betrekking op de eerste belasting van inkomsten uit bedrijfsactiviteiten van een dochteronderneming en regelt niet de fiscale gevolgen van een financiële intragroepsoverdracht als die in het hoofdgeding voor de dochteronderneming, zodat zij geen grondslag kan zijn voor het antwoord aan de verwijzende rechter.
- 28 De vraag moet dus uitsluitend tegen de achtergrond van artikel 43 EG worden beantwoord.

Bestaan van een beperking van de vrijheid van vestiging

- 29 De vrijheid van vestiging die in artikel 43 EG aan de gemeenschapsonderdanen wordt toegekend, en die voor hen de toegang tot en de uitoefening van

werkzaamheden anders dan in loondienst alsmede de oprichting en het bestuur van ondernemingen onder dezelfde voorwaarden als in de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld, omvat, brengt overeenkomstig artikel 48 EG voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Gemeenschap hebben, het recht mee om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een filiaal of een agentschap (zie met name arrest van 21 september 1999, *Saint-Gobain ZN*, C-307/97, *Jurispr. blz. I-6161*, punt 35; reeds aangehaalde arresten *Marks & Spencer*, punt 30; *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*, punt 41, en *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, punt 42).

30 Aangaande vennootschappen moet worden opgemerkt dat hun zetel in de zin van artikel 48 EG, naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen, dient ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een lidstaat. 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 aan artikel 43 EG elke inhoud worden ontnomen (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; 8 maart 2001, *Metallgesellschaft e.a.*, C-397/98 en C-410/98, *Jurispr. blz. I-1727*, punt 42; reeds aangehaalde arresten *Marks & Spencer*, punt 37, en *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, punt 43). De vrijheid van vestiging beoogt aldus het voordeel van de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst te garanderen door elke discriminatie op grond van de zetel van vennootschappen te verbieden (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Commissie/Frankrijk*, punt 14; *Saint-Gobain ZN*, punt 35, en *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, punt 43).

31 In casu leidt de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, met betrekking tot de mogelijkheid om overdrachten aan de moedervernootschap als lasten af te trekken, tot een verschillende behandeling van in Finland gevestigde dochterondernemingen naargelang hun moedermaatschappij al dan niet aldaar is gevestigd.

32 Een overdracht van een dochteronderneming aan een in Finland gevestigde moedermaatschappij die voldoet aan de andere voorwaarden van de KonsAvL, wordt immers beschouwd als een financiële intragroepsoverdracht in de zin van die wet en kan worden afgetrokken van de belastbare inkomsten van de dochteronderneming. Een overdracht van een dochteronderneming aan een moedermaatschappij die niet in Finland is gevestigd, wordt daarentegen niet als zodanig beschouwd en kan dus niet van de belastbare inkomsten van de dochteronderneming worden afgetrokken. Dochterondernemingen van buitenlandse moedermaatschappijen worden fiscaal dus minder gunstig behandeld dan dochterondernemingen van Finse moedermaatschappijen.

33 De Duitse, de Nederlandse en de Zweedse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk stellen in dit verband dat de situatie van binnenlandse dochterondernemingen waarvan de moedermaatschappij in dezelfde lidstaat is gevestigd, niet vergelijkbaar is met die van dochterondernemingen waarvan de moedermaatschappij in een andere lidstaat is gevestigd, aangezien deze moedermaatschappij niet belastingplichtig is in de lidstaat waar de dochteronderneming is gevestigd. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie van dochterondernemingen waarvan de moedermaatschappij in Finland geheel of ten dele belastingplichtig is, en de situatie als in het hoofdgeding, waarin de moedermaatschappij niet belastingplichtig is in die lidstaat.

34 De Duitse en de Zweedse regering stellen dat wanneer de ontvanger niet belastingplichtig is in de lidstaat van de verrichter van de overdracht, deze lidstaat, die wegens de perken die aan zijn territoriale bevoegdheid zijn gesteld geen invloed heeft op de wijze waarop de overdracht fiscaal wordt behandeld door de lidstaat van de ontvanger, zich er met name niet kan van vergewissen dat de toegestane aftrek overeenstemt met de belastbare inkomsten van de ontvanger van die overdracht in zijn land van vestiging, en niet kan beletten dat de overdracht in het geheel niet wordt belast. De regering van het Verenigd Koninkrijk stelt ook dat, aangezien de Republiek Finland geen belasting heft op de inkomsten van niet in dat land gevestigde moedermaatschappijen, zij niet verplicht is om aan de Finse dochteronderneming belastingaftrek te verlenen voor het door de moedermaatschappij geleden verlies.

- 35 Zoals in punt 22 van dit arrest reeds is overwogen, heeft de Finse regeling inzake financiële intragroepsoverdrachten tot doel, de fiscale nadelen die het gevolg zijn van de structuur van een groep vennootschappen weg te werken door een verevening mogelijk te maken binnen een groep die zowel winstgevende als verlieslijdende vennootschappen omvat. Blijkens § 4 en § 5 van de KonsAvL levert een overdracht binnen de groep voor de verrichter ervan slechts een last op die bij hem aftrekbaar is, indien de overdracht bij de ontvanger als inkomsten wordt geboekt.
- 36 Wanneer de ontvanger niet belastingplichtig is in de lidstaat van de verrichter van de overdracht, kan deze staat in een grensoverschrijdende situatie niet garanderen dat de overdracht als belastbare inkomsten van die ontvanger wordt beschouwd. Dat de lidstaat van de verrichter van de overdracht toestaat dat de verrichter de overdracht in aftrek brengt op zijn belastbare inkomsten, garandeert niet dat het doel van de op overdrachten toepasselijke regeling wordt bereikt.
- 37 Hoewel de lidstaat waar de dochteronderneming is gevestigd, niet bevoegd is ten aanzien van de moedermaatschappij die in een andere lidstaat is gevestigd en die in de eerste lidstaat niet belastingplichtig is, kan hij niettemin de aftrekbaarheid van de financiële intragroepsoverdracht van de belastbare inkomsten van de verrichter afhankelijk stellen van voorwaarden verband houdend met de wijze waarop deze overdracht in de andere lidstaat wordt behandeld.
- 38 Het enkele feit dat in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappijen in Finland niet belastingplichtig zijn, creëert dus, vanuit het oogpunt van het doel dat door de Finse regeling inzake financiële intragroepsoverdrachten wordt nagestreefd, geen onderscheid tussen de dochterondernemingen van die moedermaatschappijen en de dochterondernemingen van in Finland gevestigde moedermaatschappijen, en maakt de situatie van die twee categorieën dochterondernemingen niet onvergelijkbaar.

- 39 Een verschil in behandeling tussen ingezeten dochterondernemingen op grond van de plaats van vestiging van hun moedermaatschappij vormt een beperking van de vrijheid van vestiging, aangezien dit de uitoefening van de vrijheid van vestiging door in andere lidstaten gevestigde vennootschappen minder aantrekkelijk maakt, zodat zij zouden kunnen afzien van de verkrijging, de oprichting of het behoud van dochterondernemingen in de lidstaat die deze regel heeft vastgesteld (zie arrest van 12 december 2002, Lankhorst-Hohorst, C-324/00, Jurispr. blz. I-11779, punt 32, en arrest *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 61).
- 40 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het argument van het Verenigd Koninkrijk, dat de moedermaatschappij het gewenste doel had kunnen bereiken door in Finland geen dochteronderneming, maar een filiaal op te richten. Artikel 43, eerste alinea, tweede volzin, EG biedt de economische subjecten immers uitdrukkelijk de mogelijkheid om vrijelijk de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat past, zodat deze vrije keuze niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen (arrest *Commissie/Frankrijk*, reeds aangehaald, punt 22, en arrest van 23 februari 2006, *CLT-UFA*, C-253/03, Jurispr. blz. I-1831, punt 14).
- 41 Verder stelt de regering van het Verenigd Koninkrijk dat, aangezien de financiële intragroepoverdracht in het Verenigd Koninkrijk niet werd belast — hetgeen *Oy AA* evenwel betwist — en de verliezen van *AA Ltd* naar andere boekjaren konden worden overgedragen om te worden verrekend met latere winst, de vertraging waarmee die moedermaatschappij haar winst en verlies kon verrekenen, slechts een indirecte en onzekere invloed had op haar besluit om zich in Finland te vestigen.
- 42 Om een wettelijke regeling aan te merken als een beperking van de vrijheid van vestiging, volstaat het dat zij de uitoefening van die vrijheid in een lidstaat door in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen kan beperken, zonder dat hoeft te worden aangetoond dat de betrokken wettelijke regeling daadwerkelijk tot gevolg heeft gehad dat sommige van die vennootschappen hebben afgezien van de

verkrijging, de oprichting of het behoud van een dochteronderneming in eerstgenoemde lidstaat (arrest *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 62).

- 43 Het verschil in behandeling tussen ingezeten dochterondernemingen op grond van de plaats van vestiging van hun moedermaatschappij, die het gevolg is van een regeling als in het hoofdgeding aan de orde is, vormt bijgevolg een beperking van de vrijheid van vestiging.

Rechtvaardiging van de beperking van de vrijheid van vestiging

- 44 Een beperking van de vrijheid van vestiging is slechts toelaatbaar wanneer zij gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Daarenboven moet in een dergelijk geval de beperking geschikt zijn om het aldus nagestreefde doel te verwezenlijken en mag ze niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (reeds aangehaalde arresten *Marks & Spencer*, punt 35; *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*, punt 47, en *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, punt 64).
- 45 In hun schriftelijke opmerkingen betogen de Finse, de Duitse en de Nederlandse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie van de Europese Gemeenschappen dat de Finse regeling inzake financiële intragroepsoverdrachten gerechtvaardigd wordt door de noodzaak de samenhang van het betrokken belastingstelsel te verzekeren, alsmede door de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, de vrees voor belastingontwijking en het territorialiteitsbeginsel.
- 46 Tijdens de terechtzitting, die is gehouden nadat het arrest *Marks & Spencer* was gewezen, hebben de regeringen die mondelinge opmerkingen hebben ingediend,

gesteld dat de rechtvaardigingsgronden die het Hof in dat arrest heeft aanvaard, namelijk het waarborgen van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de verschillende lidstaten, het risico van dubbele verrekening van het verlies en dat van belastingontwijking, ook in deze zaak gelden. Derhalve moeten die argumenten worden onderzocht.

47 De Finse regering, ondersteund door de Zweedse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk, stelt dat de in het hoofdgeding omstreden Finse regeling gebaseerd als zij is op het territorialiteitsbeginsel volgens hetwelk de lidstaten belasting mogen heffen op inkomsten verkregen op hun grondgebied, de afspiegeling is van de consensus met betrekking tot de internationale bevoegdheidsverdeling inzake belastingen.

48 Volgens die regeringen, de Nederlandse regering en de Commissie zou de aftrekbaarheid van de overdracht aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap erop neerkomen dat de belastingplichtigen kunnen kiezen in welke lidstaat zij worden belast, en de belastingbevoegdheden van de lidstaten beperken door de evenwichtige verdeling van die bevoegdheden in gevaar te brengen.

49 Met betrekking tot de noodzaak een dubbele verliesverrekening te vermijden, stellen de Finse, de Duitse, de Nederlandse en de Zweedse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk dat dit samenvalt met de noodzaak te vermijden dat ten onrechte een dubbel voordeel wordt toegekend. Volgens die regeringen brengt een situatie waarin de financiële intragroepoverdracht in aanmerking wordt genomen bij de bepaling van het belastbare resultaat van de verrichter daarvan, maar niet als belastbaar inkomen van de ontvanger wordt beschouwd, het risico mee dat de winst van de dochteronderneming die de overdracht verricht, aan elke belastingheffing ontsnapt. Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk, die op dit punt wordt tegengesproken door Oy AA, is dat in het hoofdgeding het geval.

- 50 Ten slotte zijn de Finse, de Duitse, de Nederlandse en de Zweedse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie het erover eens, dat het risico bestaat dat de activiteiten binnen een groep zo worden georganiseerd dat de winst die in Finland belastbaar is, wordt overgedragen aan — met name enkel daarvoor opgerichte — vennootschappen die zijn gevestigd in andere lidstaten waar zij worden belast tegen een lager tarief dan in Finland, of zelfs van belasting zijn vrijgesteld.
- 51 Blijkens punt 51 van het arrest Marks & Spencer is de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen, aanvaard in samenhang met twee andere rechtvaardigingsgronden, het gevaar voor dubbele verliesverrekening en het gevaar voor belastingontwijking (zie ook arrest van 29 maart 2007, Rewe Zentralfinanz, C-347/04, Jurispr. blz. I-2647, punt 41).
- 52 Ook blijven de lidstaten bij gebreke van communautaire unificatie- of harmonisatiemaatregelen bevoegd om, door het sluiten van overeenkomsten of unilateraal, de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid vast te stellen (arresten van 12 mei 1998, Gilly, C-336/96, Jurispr. blz. I-2793, punten 24 en 30; 7 september 2006, N, C-470/04, Jurispr. blz. I-7409, punt 44; 14 november 2006, Kerkhaert en Morres, C-513/04, Jurispr. blz. I-10967, punten 22 en 23, en arrest Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, reeds aangehaald, punt 49).
- 53 Wat in de eerste plaats de noodzaak betreft om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen, deze kan niet worden ingeroepen om systematisch een belastingvoordeel te weigeren aan een ingezeten dochteronderneming, om reden dat de inkomsten van haar in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij niet belastbaar zijn in de eerste lidstaat (zie in die zin arrest Rewe Zentralfinanz, reeds aangehaald, punt 43).

- 54 Deze rechtvaardigingsgrond kan echter worden aanvaard wanneer de betrokken regeling ertoe strekt gedragingen te vermijden die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden (zie arrest Rewe Zentralfinanz, reeds aangehaald, punt 42).
- 55 Dienaangaande heeft het Hof overwogen dat indien een vennootschap de mogelijkheid werd geboden, te opteren voor verrekening van haar verlies in de lidstaat waar ze gevestigd is dan wel in een andere lidstaat, een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten groot gevaar zou lopen (zie reeds aangehaalde arresten Marks & Spencer, punt 46, en Rewe Zentralfinanz, punt 42).
- 56 Aanvaarden dat een grensoverschrijdende financiële intragroepoverdracht als die in het hoofdgeding kan worden afgetrokken van de belastbare inkomsten van de verrichter ervan, zou er eveneens toe leiden dat groepen vennootschappen vrijelijk kunnen kiezen in welke lidstaat de winst van de dochteronderneming wordt belast, door die winst te onttrekken aan de belastbare grondslag van deze laatste en, wanneer de overdracht in de lidstaat van de ontvangende moedermaatschappij als belastbaar inkomen wordt beschouwd, te betrekken bij die van de moedermaatschappij. Dat zou het stelsel van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten ontwrichten, aangezien de lidstaat van de dochteronderneming, afhankelijk van de keuze van de groepen vennootschappen, gedwongen zou zijn af te zien van zijn recht om als staat van vestiging van de dochteronderneming belasting te heffen op haar inkomsten, eventueel ten voordele van de lidstaat van vestiging van de moedermaatschappij (zie ook arrest Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, reeds aangehaald, punt 59).
- 57 Wat vervolgens het gevaar voor dubbele verliesverrekening betreft, volstaat het erop te wijzen dat de Finse regeling inzake financiële intragroepoverdrachten geen betrekking heeft op de aftrekbaarheid van verliezen.

- 58 Wat ten slotte het vermijden van belastingontwijking betreft, moet worden erkend dat de mogelijkheid om belastbare inkomsten van een dochteronderneming over te dragen naar een moedermaatschappij die in een andere lidstaat is gevestigd, het risico meebrengt dat binnen groepen vennootschappen via volstrekt kunstmatige constructies inkomstenoverdrachten worden georganiseerd naar vennootschappen die zijn gevestigd in lidstaten met de laagste belastingtarieven of lidstaten waar die inkomsten niet worden belast. Deze mogelijkheid wordt nog groter nu de Finse regeling inzake financiële intragroepsoverdrachten niet vereist dat de ontvanger van de overdracht verlies heeft geleden.
- 59 Nu de Finse regeling inzake financiële intragroepsoverdrachten het recht om een overdracht aan een moedermaatschappij af te trekken van de belastbare inkomsten van een dochteronderneming slechts verleent wanneer de moedermaatschappij is gevestigd in dezelfde lidstaat, kan zij dergelijke praktijken voorkomen, die kunnen worden ingegeven door het bestaan van grote verschillen tussen de belastinggrondslag of de -tarieven in de verschillende lidstaten en die enkel tot doel hebben de belasting te ontwijken die normaliter in de lidstaat van de dochteronderneming verschuldigd is op haar winst.
- 60 Gelet op deze twee factoren, te weten de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen en belastingontwijking te vermijden, in onderling verband beschouwd, is het Hof van oordeel dat een regeling als die in het hoofdgeding, die het recht om een overdracht aan een moedermaatschappij van de belastbare inkomsten van een dochteronderneming af te trekken slechts verleent indien de moedermaatschappij en de dochteronderneming in dezelfde lidstaat zijn gevestigd, rechtmatige doelstellingen nastreeft, die met het Verdrag verenigbaar zijn en verband houden met dwingende redenen van algemeen belang, en dat deze regeling geschikt is om deze doelstellingen te verwezenlijken.
- 61 Niettemin moet worden onderzocht of een dergelijke regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken.

- 62 Allereerst moet worden opgemerkt dat het garanderen van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en het vermijden van belastingontwijking met elkaar samenhangende doelstellingen zijn. Gedragingen die erin bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaliter verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied, kunnen namelijk een aantasting opleveren van het recht van de lidstaten om hun belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot die activiteiten, en zo de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar brengen (reeds aangehaalde arresten Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, punten 55 en 56, en Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punten 74 en 75).
- 63 Ook al heeft de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, niet specifiek tot doel om het daarin voorziene belastingvoordeel te onthouden aan volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaliter verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied, kan een dergelijke regeling toch worden geacht evenredig te zijn aan haar doelstellingen in hun geheel beschouwd.
- 64 In een situatie waarin het voordeel in kwestie bestaat in de mogelijkheid inkomsten over te dragen met aftrek ervan van de belastbare inkomsten van de verrichter en bijtelling bij de belastbare inkomsten van de ontvanger, zou elke uitbreiding van dit voordeel tot grensoverschrijdende situaties immers tot gevolg hebben dat, zoals in punt 56 van dit arrest is overwogen, groepen vennootschappen vrij kunnen kiezen in welke lidstaat hun winst wordt belast, ten koste van het recht van de lidstaat van de dochteronderneming om belasting te heffen op de winsten uit activiteiten op zijn grondgebied.
- 65 Deze aantasting kan niet worden verhinderd door voorwaarden te stellen inzake de behandeling van inkomsten uit financiële intragroepoverdrachten in de lidstaat van de ontvanger of inzake het bestaan van verliezen bij de ontvanger van de financiële intragroepoverdracht. Indien de aftrek van een financiële intragroepoverdracht was toegestaan wanneer zij voor de ontvanger belastbaar inkomen vormt of wanneer de mogelijkheid dat de ontvanger zijn verliezen aan een andere vennootschap

overdraagt, beperkt is, of ook indien de aftrek van een financiële intragroeps-overdracht aan een vennootschap gevestigd in een lidstaat die een lager belasting-tarief hanteert dan de lidstaat van de verrichter van de overdracht, slechts was toegestaan wanneer de overdracht specifiek gerechtvaardigd wordt door de economische situatie van de ontvanger – zoals Oy AA voorstelt –, zou dat toch impliceren dat de keuze van de staat van belastingheffing uiteindelijk toekomt aan de groep vennootschappen, die aldus over een grote manoeuvreerruimte in dit opzicht zou beschikken.

- 66 Gelet op deze overwegingen behoeven de andere rechtvaardigingsgronden die door de Finse, de Duitse, de Nederlandse en de Zweedse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie zijn aangevoerd, niet te worden onderzocht.
- 67 Derhalve moet op de vraag worden geantwoord dat artikel 43 EG niet in de weg staat aan de wettelijke regeling van een lidstaat als aan de orde in het hoofdgeding, volgens welke een in die lidstaat gevestigde dochteronderneming een financiële intragroeps-overdracht aan haar moedermaatschappij slechts van haar belastbare inkomsten kan aftrekken wanneer de moedermaatschappij in dezelfde lidstaat is gevestigd.

Kosten

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

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

Artikel 43 EG staat niet in de weg aan de wettelijke regeling van een lidstaat als aan de orde in het hoofdgeding, volgens welke een in die lidstaat gevestigde dochteronderneming een financiële intragroepsoverdracht aan haar moedermaatschappij slechts van haar belastbare inkomsten kan aftrekken wanneer de moedermaatschappij in dezelfde lidstaat is gevestigd.

ondertekeningen