CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 4 september 2008 [1]

I — Inleiding

1. Het onderhavige verzoek van de Conseil d'État om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op bepalingen van de Franse Code général des impôts (hierna: „CGI") inzake belastingheffing naar het groepsinkomen.

2. De door deze bepalingen mogelijk gemaakte „fiscale integratie" (intégration fiscale) strekt er in wezen toe een uit een moeder- en dochtervennootschappen bestaande groep gelijk te stellen met een vennootschap met meerdere vaste inrichtingen. De belastingheffing naar het groepsinkomen biedt een moedervennootschap de mogelijkheid om de winsten en verliezen van alle vennootschappen van de groep te compenseren, waarna zij als enige belastingplichtige is onderworpen aan de vennootschapsbelasting over het totaal van de resultaten van de groep.

3. Verzoekster in het hoofdgeding, een Franse vennootschap, wenst over te gaan tot „fiscale integratie" met haar Franse kleindochtervennootschappen. Het bijzondere aan deze zaak is dat zij het aandeelhouderschap van deze kleindochtervennootschappen via een Nederlandse dochtervennootschap uitoefent. De Franse belastingadministratie verwierp de „fiscale integratie" van deze moeder- en kleindochtervennootschappen, met als argument dat een in Frankrijk niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen dochtervennootschap als tussenschakel fungeert.

4. In deze context vraagt de verwijzende rechter zich af of dit een ongeoorloofde beperking van de vrijheid van vestiging uitmaakt.

5. Vooraf zij er voor alle duidelijkheid op gewezen dat het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing niet slaat op de vraag of de Nederlandse dochtervennootschap eveneens bij de „fiscale integratie" moet worden betrokken. De Franse moedervennootschap had enkel de integratie met haar Franse kleindochtervennootschappen aangevraagd. Het onderhavige geval verschilt zodoende van de zaken die bijvoorbeeld tot de arresten Oy AA [2] en Marks & Spencer [3] hebben geleid. Deze hadden namelijk betrekking op vragen

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Arrest van 18 juli 2007 (C-231/05, Jurispr. blz. I-6373).

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

betreffende de grensoverschrijdende inaanmerkingneming van winsten en verliezen wanneer vennootschappen van een groep in verschillende lidstaten zijn gevestigd. In het onderhavige geval is daarentegen in geding of een niet-ingezeten tussenvennootschap een voldoende verbinding tot stand kan brengen om de integratie tussen ingezeten grootmoeder- en kleindochtervennootschappen mogelijk te maken.

II — Toepasselijke bepalingen

6. Artikel 223 A CGI, in de versie die op het hoofdgeding van toepassing is, bepaalt:

„Een vennootschap […] kan zich opgeven als enige belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting die is verschuldigd over het totaal van de resultaten van de groep die bestaat uit de genoemde vennootschap en de vennootschappen waarin zij tijdens het boekjaar op duurzame wijze direct of indirect via vennootschappen van de groep, een participatie in het kapitaal van ten minste 95 procent bezit. […] De vennootschappen van de groep blijven verplicht om aangifte te doen van hun resultaten, die kunnen worden gecontroleerd onder de voorwaarden van de artikelen L. 13, L. 47 en L. 57 van het Livre des procédures fiscales. […] Alleen vennootschappen die hun instemming hebben betuigd en waarvan de resultaten onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting kunnen leden zijn van de groep. […]"

7. De moedervennootschap kan in beginsel vrijelijk de omvang van de consolidatie bepalen en dus vaststellen welke vennootschappen bij de „fiscale integratie" worden betrokken. Volgens de verwijzingsbeslissing volgt evenwel uit de tekst van artikel 223 A CGI dat de moedervennootschap van de groep bij de vaststelling van de omvang van de groep een vennootschap waarvan zij het aandeelhouderschap slechts indirect uitoefent, enkel kan opnemen indien de vennootschap via welke zij dit aandeelhouderschap uitoefent, zelf lid is van de groep en derhalve in Frankrijk aan de vennootschapsbelasting is onderworpen.

8. Artikel 223 B CGI bepaalt dat „[h]et resultaat van de gehele groep wordt vastgesteld door de moedervennootschap. Zij maakt hiertoe de algebraïsche som van de resultaten van elke vennootschap van de groep, die worden vastgesteld conform het gemene recht of op de in artikel 217 bis beschreven wijze […]".

9. Blijkens de verwijzingsbeslissing voorzien de artikelen 223 B, 223 D en 223 F CGI in de neutralisatie van de effecten van intragroepsverrichtingen, zoals voorzieningen voor dubieuze debiteuren of voor risico's tussen vennootschappen van de groep, afstand van schuldvordering, subsidies binnen de groep, voorzieningen voor waardevermindering van participaties in andere vennootschappen van de groep en overdracht van activa.

III — Feiten en hoofdgeding

10. Verzoekster in het hoofdgeding — de Société Papillon (hierna: „Papillon") — is een in Frankrijk gevestigde vennootschap. Papillon bezat 100 % van het kapitaal van de Nederlandse vennootschap Artist Performance and Communication (APC) BV (hierna: „APC"). APC bezat op haar beurt 99,99 % van de aandelen van SARL Kiron (hierna: „Kiron"), die in Frankrijk is gevestigd. Kiron bezat op haar beurt andere Franse vennootschappen.

11. Vanaf 1 januari 1989 koos Papillon voor het model van de „fiscale integratie". Kiron en meerdere Franse dochtervennootschappen van Kiron werden opgenomen in de groep, waarvan Papillon de leiding op zich nam. Achteraf heeft de belastingdienst de toepassing van de regeling van de „fiscale integratie" echter verworpen. Daartoe voerde zij aan dat Papillon geen groep kan vormen met vennootschappen waarvan het aandeelhouderschap indirect via een in Nederland gevestigde vennootschap wordt uitgeoefend, daar deze laatste in Frankrijk niet aan de vennootschapsbelasting is onderworpen en dus zelf geen onderdeel van de „fiscale integratie" kan uitmaken. Papillon is derhalve aangeslagen op basis van haar eigen winsten, zonder dat zij deze via de „fiscale integratie" met de resultaten van de andere vennootschappen van de groep kon compenseren.

12. Papillon tekende beroep aan tegen de naheffing van vennootschapsbelasting die voor een periode van drie jaren was opgelegd, alsook tegen de desbetreffende geldboeten. Bij vonnis van 9 februari 2004 heeft het Tribunal administratif de Paris [4] vastgesteld dat het hoofdgeding, gelet op de tijdens de procedure verleende belastingvermindering, gedeeltelijk zonder voorwerp was geraakt en het beroep van Papillon voor het overige afgewezen. De Cour administrative d'appel de Paris [5] heeft in tweede aanleg opnieuw vastgesteld dat de zaak ten belope van de tijdens de procedure verleende aanvullende belastingvermindering zonder voorwerp was geraakt. Zij heeft verder vastgesteld dat de litigieuze belastingen en geldboeten gedeeltelijk niet verschuldigd waren en voor het overige de vorderingen van Papillon afgewezen.

13. Tegen dit arrest van de Cour administrative d'appel de Paris heeft Papillon cassatieberoep aangetekend bij de Conseil d'État, de verwijzende rechter.

IV — Verzoek om een prejudiciële beslissing

14. Bij arrest van 10 juli 2007, ingekomen ter griffie van het Hof op 12 september 2007, heeft de Conseil d'État de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende vragen ter prejudiciële beslissing voorgelegd:

4 — Administratieve rechtbank te Parijs.
5 — Administratief hof van beroep te Parijs.

„1) Vormt de uit de regeling van artikel 223 A en volgende van de Code général des impôts voortvloeiende onmogelijkheid om een kleindochtervennootschap in een fiscaal geïntegreerde groep op te nemen wanneer de moedervennootschap haar aandeelhouderschap van deze kleindochtervennootschap uitoefent via een dochtervennootschap die — aangezien zij in een andere lidstaat van de Europese Gemeenschap is gevestigd en niet werkzaam is in Frankrijk — niet aan de Franse vennootschapsbelasting is onderworpen en dus zelf geen deel kan uitmaken van de groep, een beperking van de vrijheid van vestiging wegens de fiscale gevolgen van de keuze van de moedervennootschap om het aandeelhouderschap van een kleindochtervennootschap uit te oefenen via een Franse dochtervennootschap in plaats van via een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap, voor zover het belastingvoordeel dat voortvloeit uit de ‚fiscale integratieregeling', invloed heeft op de belasting van de moedervennootschap van de groep, die de winsten en verliezen van alle vennootschappen van de geïntegreerde groep kan compenseren en ervoor kan zorgen dat de effecten van verrichtingen binnen deze groep vanuit fiscaal oogpunt worden geneutraliseerd?

2) Zo ja, kan een dergelijke beperking dan worden gerechtvaardigd door hetzij de noodzaak om de samenhang van het stelsel van de ‚fiscale integratie' — in het bijzonder de mechanismen die ervoor zorgen dat de effecten van intragroepsverrichtingen vanuit fiscaal oogpunt worden geneutraliseerd — te vrijwaren, gelet op de gevolgen van een stelsel waarbij de in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap, alleen met het oog op de voorwaarde dat het aandeelhouderschap van de kleindochtervennootschap indirect wordt uitgeoefend, zou worden geacht deel uit te maken van de groep, terwijl zij noodzakelijkerwijs niet in aanmerking komt voor de toepassing van de groepsregeling omdat zij niet in Frankrijk aan belasting is onderworpen, hetzij een andere dwingende reden van openbaar belang?"

15. In de procedure voor het Hof hebben Papillon, de Franse, de Nederlandse en de Duitse regering alsook de Commissie van de Europese Gemeenschappen schriftelijke en mondelinge opmerkingen gemaakt. Daarenboven heeft de Spaanse regering mondelinge opmerkingen gemaakt.

V — Juridische analyse

16. Met zijn prejudiciële vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de in geding zijnde Franse bepalingen een beperking van de vrijheid van vestiging uitmaken en — indien er sprake is van een beperking — of deze gerechtvaardigd kan zijn.

A — *Opmerkingen vooraf*

17. De in geding zijnde bepalingen hebben betrekking op de vennootschapsbelasting en dus op een directe belasting. In dit verband zij vooreerst aan de vaste rechtspraak van het Hof herinnerd, dat de directe belastingen als dusdanig weliswaar niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoren, maar dat de lidstaten de bevoegdheden die zij hebben behouden, in overeenstemming met het gemeenschapsrecht moeten uitoefenen. [6]

18. Voorts dient te worden vastgesteld dat de verwijzende rechter er terecht van uitgaat dat de onderhavige zaak binnen de werkingssfeer van de in artikel 43 EG bedoelde vrijheid van vestiging valt, en niet binnen die van het in artikel 56, lid 1, EG bedoelde vrije kapitaalverkeer.

19. Voor de beantwoording van de vraag of een nationale regeling onder de ene of onder de andere fundamentele vrijheid valt, moet worden uitgegaan van het voorwerp van de nationale regeling in kwestie. [7]

20. Volgens deze benadering 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, onder de vrijheid van vestiging. [8] Zo bezien hebben rechtsvoorschriften die alleen de relaties binnen een groep van vennootschappen regelen, hoofdzakelijk betrekking op de vrijheid van vestiging. [9] Indien dergelijke voorschriften tevens gevolgen voor het vrije verkeer van kapitaal zouden hebben, rechtvaardigt dat geen afzonderlijke toetsing aan de artikelen 56 en volgende EG, daar deze gevolgen enkel en alleen als een noodzakelijk gevolg van een mogelijke beperking van de vrijheid van vestiging moeten worden beschouwd. [10]

21. Derhalve is in casu enkel de vrijheid van vestiging relevant. Krachtens de in geding zijnde bepalingen is fiscale integratie namelijk enkel mogelijk voor vennootschappen waarin de moedervennootschap direct of indirect een participatie van ten minste 95 % bezit. Een zo omvangrijke participatie biedt de mogelijkheid een vaststaande en bepalende invloed op de betrokken vennootschappen uit te oefenen.

6 — Zie onder andere arrest van 26 juni 2008, Burda (C-284/06, Jurispr. blz. I-4571, punt 66); arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 2, punt 18); arresten van 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, Jurispr. blz. I-11673, punt 35), en 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 40).

7 — Zie onder andere arresten van 24 mei 2007, Holböck (C-157/05, Jurispr. blz. I-4051, punten 22 en 23); 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Jurispr. blz. I-2107, punten 26-34), en 3 oktober 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Jurispr. blz. I-9521, punten 34 en 44-49).

8 — Arresten Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 6, punten 31 en 32), Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (aangehaald in voetnoot 7, punt 27) en Oy AA (aangehaald in voetnoot 2, punt 20), alsook arresten van 21 november 2002, X en Y (C-436/00, Jurispr. blz. I-10829, punt 37), en 13 april 2000, Baars (C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 22).

9 — Arrest Burda (aangehaald in voetnoot 6, punt 68); arrest van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punt 118), alsook arresten Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (aangehaald in voetnoot 7, punt 33) en Oy AA (aangehaald in voetnoot 2, punt 23).

10 — Arresten Oy AA (aangehaald in voetnoot 2, punt 24), Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 6, punt 33) en Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (aangehaald in voetnoot 7, punt 34).

B — *Beperking van de vrijheid van vestiging*

22. Voor de 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. [11]

23. Hoewel de bepalingen van het EG-Verdrag betreffende de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan beogen te garanderen dat buitenlandse burgers en ondernemingen in de lidstaat van ontvangst op dezelfde wijze worden behandeld als de ingezetenen daarvan, verbieden zij de lidstaat van oorsprong ook de vestiging van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap in een andere lidstaat te bemoeilijken. [12]

24. Voor alle duidelijkheid zij er nogmaals op gewezen dat de verwijzende rechter niet wenst te vernemen of de omstandigheid dat de Nederlandse dochtervennootschap niet kan deelnemen aan de „fiscale integratie", een beperking van de vrijheid van vestiging uitmaakt. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft daarentegen de vraag of er sprake is van een beperking indien de Franse moedervennootschap niet kan overgaan tot „fiscale integratie" met haar Franse kleindochtervennootschappen wanneer een niet-ingezeten dochtervennootschap als tussenschakel fungeert.

25. Blijkens de prejudiciële vraag leidt de door de regeling van de „fiscale integratie" geboden mogelijkheid de winsten en de verliezen van alle vennootschappen te compenseren, tot een belastingvoordeel voor de moedervennootschap. Door deze compensatie kan de groep verliezen van bepaalde vennootschappen namelijk onmiddellijk aftrekken. Zonder de integratie zou een dergelijk verlies enkel kunnen worden overgeboekt en derhalve enkel in de navolgende fiscale jaren kunnen worden afgetrokken.

26. Naar luid van artikel 223A en volgende CGI wordt dit belastingvoordeel echter niet toegekend wanneer de Franse moedervennootschap het aandeelhouderschap van haar eveneens in Frankrijk gevestigde kleindochtervennootschap in het kader van de uitoefening van haar vrijheid van vestiging uitoefent via een dochtervennootschap die in een andere lidstaat is gevestigd en in Frankrijk geen economische activiteit uitoefent.

27. De toepassing van de regeling van de „fiscale integratie" is namelijk aan twee voorwaarden onderworpen. Enerzijds kunnen vennootschappen waarin de moedervennootschap indirect participeert, enkel en

11 — Zie arresten van 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Jurispr. blz. I-3601, punt 18); 23 februari 2006, Keller Holding (C-471/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 29); 14 december 2000, AMID (C-141/99, Jurispr. blz. I-11619, punt 20), en 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35).

12 — Arrest Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 11, punt 19) en arresten van 6 december 2007, Columbus Container Services (C-298/05, punt 33), en 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 21).

alleen bij de „fiscale integratie" worden betrokken wanneer de moedervennootschap hierin participeert via een dochtervennootschap die zelf aan de „fiscale integratie" deelneemt. Er moet zodoende sprake zijn van een „*ononderbroken keten*" van participaties. Anderzijds mogen enkel vennootschappen die aan de Franse vennootschapsbelasting zijn onderworpen, aan de integratie deelnemen.

28. Een Franse moedervennootschap die het aandeelhouderschap van haar Franse kleindochtervennootschappen via een niet-ingezeten dochtervennootschap uitoefent, kan derhalve nooit voldoen aan de voorwaarden voor een „fiscale integratie". Daar de niet-ingezeten dochtervennootschap in Frankrijk niet aan de vennootschapsbelasting is onderworpen, kan zij zelf niet deelnemen aan de „fiscale integratie". Dientengevolge voldoen de moeder- en kleindochtervennootschappen in beginsel echter ook niet aan de eerste voorwaarde. Doordat de niet-ingezeten dochtervennootschap als tussenschakel wordt gebruikt, vormen zij geen „ononderbroken keten".

29. Daarentegen is fiscale integratie tussen een Franse moedervennootschap en haar Franse kleindochtervennootschappen wel mogelijk indien de dochtervennootschap in Frankrijk is gevestigd.

30. De rechtsvoorschriften die in het hoofdgeding ter discussie staan, leiden dus tot een ongelijke behandeling op het vlak van de mogelijkheid voor „fiscale integratie" te kiezen, naargelang de moedervennootschap haar indirecte participaties via een ingezeten of via een niet-ingezeten dochtervennootschap uitoefent.

31. De Nederlandse regering heeft er weliswaar terecht op gewezen dat de voorwaarde van de „ononderbroken keten" ook op zuiver Franse structuren van toepassing is, maar een Franse moedervennootschap die het aandeelhouderschap van haar kleindochtervennootschappen via een Franse dochtervennootschap uitoefent, kan er vrij voor kiezen deze dochter eveneens bij de fiscale integratie te betrekken en daardoor de keten te sluiten. Indien zij het aandeelhouderschap van haar kleindochtervennootschappen via een niet-ingezeten dochtervennootschap uitoefent, wordt haar daarentegen in beginsel de mogelijkheid ontzegd de keten van participaties te sluiten door de dochtervennootschap hierin op te nemen. De dochtervennootschap kan immers niet worden betrokken bij de integratie, daar zij niet in Frankrijk aan de vennootschapsbelasting is onderworpen.

32. Om deze reden is de Nederlandse regering van mening dat de beperking niet uit de voorwaarde van de „ononderbroken keten" voortvloeit, maar wel uit de omstandigheid dat een niet-ingezeten vennootschap niet bij de fiscale integratie kan worden betrokken.

33. Ook het criterium van de „ononderbroken keten" leidt evenwel tot een benadeling van Franse vennootschappen die via buitenlandse vennootschappen participaties bezitten. En alleen dat is aan de orde in de

prejudiciële vraag, zoals reeds is vastgesteld. Normaliter zullen immers enkel Franse moedervennootschappen met buitenlandse dochtervennootschappen een belastingheffing naar het groepsinkomen zonder de dochtervennootschappen aanvragen, aangezien buitenlandse dochtervennootschappen a priori niet in de keten kunnen worden opgenomen. Zuiver nationale groepen kunnen daarentegen zonder meer een „ononderbroken" keten vormen.

34. De Franse regering is van mening dat de twee situaties waarvoor de Franse bepalingen in een ongelijke behandeling voorzien, niet vergelijkbaar zijn. Ter onderbouwing van deze stelling voert zij aan dat in een zaak zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, de dochtervennootschap in het buitenland is gevestigd en derhalve in Frankrijk niet aan de vennootschapsbelasting is onderworpen.

35. Het argument dat de dochtervennootschap via welke het aandeelhouderschap wordt uitgeoefend, niet in Frankrijk is gevestigd, volstaat op zich evenwel niet ter onderbouwing van de stelling dat de situaties niet met elkaar kunnen worden vergeleken. Zou een lidstaat vrijelijk een vennootschap ongelijk mogen behandelen, enkel omdat haar zetel in een andere lidstaat is gevestigd, dan zou daarmee aan de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging iedere inhoud worden ontnomen. [13]

36. Het enkele feit dat de dochtervennootschap in Frankrijk niet aan de vennootschapsbelasting is onderworpen omdat zij in Nederland is gevestigd, maakt de situaties dus niet onvergelijkbaar. Bepalend moet daarentegen zijn of beide situaties vergelijkbaar zijn in het licht van de doelstelling die de Franse bepalingen inzake belastingheffing naar het groepsinkomen beogen te bereiken. [14]

37. De betrokken bepalingen strekken ertoe een uit moeder- en dochtervennootschappen bestaande groep zoveel mogelijk gelijk te stellen met een vennootschap met meerdere vaste inrichtingen. Daartoe wordt de mogelijkheid geboden de verschillende vennootschapsresultaten te consolideren. Het belang dat een Franse moedervennootschap die tot consolidatie met haar Franse kleindochtervennootschappen wenst over te gaan, daarbij heeft, staat los van de vraag of zij het aandeelhouderschap daarvan via een ingezeten of een niet-ingezeten dochtervennootschap uitoefent. Derhalve zijn beide situaties met elkaar vergelijkbaar.

38. Samenvattend zij vastgesteld dat de fiscale situatie van een moedervennootschap die het aandeelhouderschap van haar kleindochtervennootschappen via een niet-ingezeten dochtervennootschap uitoefent, volgens de Franse bepalingen nadeliger is dan de situatie van een moedervennootschap die het aandeelhouderschap van haar kleindochtervennootschappen via een ingezeten dochtervennootschap uitoefent. De keuze van de moedervennootschap om het aandeelhouderschap van haar kleindochtervennootschappen via een Franse of via een niet-ingezeten dochtervennootschap uit te oefenen, kan dus fiscale nadelen met zich brengen.

13 — Zie in deze zin arresten van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punt 42), en 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk (270/83, Jurispr. blz. 273, punt 18).

14 — Zie in die zin arresten Oy AA (aangehaald in voetnoot 2, punt 38), en Metallgesellschaft e.a. (aangehaald in voetnoot 13, punt 60).

39. Dit verschil in behandeling op grond van de plaats van de zetel van de dochtervennootschap vormt een beperking van de vrijheid van vestiging, aangezien het de uitoefening van deze vrijheid minder aantrekkelijk maakt, zodat moedervennootschappen zouden kunnen afzien van de verkrijging, de oprichting of het behoud van een dochteronderneming in een andere lidstaat. [15]

C — *Rechtvaardiging van de beperking*

40. 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 zij niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. [16]

1. Behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten

41. De Duitse en de Nederlandse regering zijn van mening dat een uit de Franse bepalingen voortvloeiende beperking van de vrijheid van vestiging kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen. Bovendien is deze beperking noodzakelijk om te voorkomen dat verliezen tweemaal worden verrekend en om een belastingvlucht te verhinderen.

42. Deze rechtvaardigingsgronden heeft het Hof in zijn arrest Marks & Spencer erkend. [17] In dit arrest en in de daaropvolgende arresten ging het evenwel om de vraag of winsten en verliezen grensoverschrijdend in aanmerking kunnen worden genomen.

43. In de onderhavige zaak is echter een andere vraag aan de orde. De verwijzende rechter vraagt namelijk niet of de Nederlandse vennootschap bij het systeem van fiscale integratie moet worden betrokken, dat wil zeggen of bij de fiscale consolidatie eveneens rekening moet worden gehouden met haar winsten en verliezen. In dat geval zouden de verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten en de dubbele verrekening van verliezen ongetwijfeld als rechtvaardigingsgronden in aanmerking zijn gekomen.

15 — Zie in die zin onder andere arrest Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 11, punt 25).

16 — Vgl. arresten Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 11, punt 27), Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (aangehaald in voetnoot 7, punt 64), Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 6, punt 47) en Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 3, punt 35).

17 — Arrest Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 3, punt 51). Voor een ontkennend antwoord op de vraag of deze drie rechtvaardigingsgronden cumulatief moeten zijn vervuld om een beperking te rechtvaardigen, zie arrest Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 11, punt 40) en de conclusie van advocaat-generaal Sharpston van 14 februari 2008 in die zaak, punt 18.

44. Volgens de Duitse en de Nederlandse regering moet in het onderhavige geval in eerste instantie worden onderzocht of de fiscale integratie ook grensoverschrijdend kan plaatsvinden. Zij onderzoeken of de vrijheid van vestiging in beginsel gebiedt dat ook de Nederlandse dochtervennootschap bij de fiscale integratie wordt betrokken. Dit onderzoek leidt echter niet tot een definitief antwoord op de eigenlijke prejudiciële vraag. De prejudiciële vraag strekt er namelijk toe te vernemen of een schending van de vrijheid van vestiging volgt uit de omstandigheid dat de Franse bepalingen fiscale integratie tussen twee Franse vennootschappen die via een niet-ingezeten vennootschap zijn verbonden, uitsluiten. Het gaat er dus niet om de niet-ingezeten vennootschap zelf bij de fiscale integratie te betrekken, zij hoeft enkel de verbinding tussen de moedervennootschap en de kleindochtervennootschappen tot stand te brengen.

45. Aangezien het in casu niet de bedoeling is de niet-ingezeten vennootschap bij de fiscale integratie te betrekken, rijzen niet onmiddellijk moeilijkheden aangaande de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen verschillende lidstaten. In de onderhavige zaak wijst niets erop dat het de bedoeling is winsten of verliezen van de Nederlandse vennootschap grensoverschrijdend in Frankrijk te laten gelden.

46. Meer in het bijzonder is het niet de bedoeling dat de Nederlandse vennootschap in Frankrijk bij de fiscale integratie wordt betrokken. Niets wijst dus op een gevaar voor een dubbele verrekening van verliezen als bedoeld in de Marks & Spencer-rechtspraak. Voor zover de rechtspraak van het Hof tot nog toe de dubbele verrekening van verliezen beoogde te voorkomen, ging het daarbij om de verrekening van hetzelfde verlies in twee verschillende lidstaten. Dat is ook logisch, aangezien de rechtvaardigingsgrond van het vermijden van de dubbele verrekening van verliezen nauw verband houdt met de verdeling van de heffingsbevoegdheid. [18] Bij deze rechtvaardigingsgrond gaat het dus om de inaanmerkingneming van hetzelfde verlies door twee verschillende fiscale autoriteiten. In casu wijst de Franse regering echter enkel op het risico dat verliezen van Franse vennootschappen in Frankrijk meermaals worden verrekend.

47. Aangezien in casu de fiscale integratie van de Nederlandse vennootschap juist niet aan de orde is, wijst er ook niets op dat de litigieuze bepalingen nodig zijn om belastingvlucht te voorkomen.

48. Als tussenconclusie kan dus worden vastgesteld dat niets is aangevoerd waaruit blijkt dat de litigieuze bepaling door de verdeling van de heffingsbevoegdheid, de dubbele verrekening van verliezen of de belastingvlucht wordt gerechtvaardigd. De verwijzende rechter en de Franse en de Spaanse regering baseren zich dan ook in de eerste plaats niet op deze rechtvaardigingsgronden, maar voeren de vrijwaring van de

18 — Zie mijn conclusie van 12 september 2006 in de zaak Oy AA (aangehaald in voetnoot 2, punt 54).

fiscale samenhang als mogelijke rechtvaardigingsgrond aan.

2. Samenhang van het belastingstelsel

49. De Franse regering voert aan dat de litigieuze bepalingen noodzakelijk zijn om de samenhang van het systeem van de „fiscale integratie" te vrijwaren. Zij stelt dat het systeem van de „fiscale integratie" in de fiscale consolidatie tussen vennootschappen voorziet. Ter compensatie bepaalt het evenwel dat de effecten van bepaalde verrichtingen tussen vennootschappen van de groep overeenkomstig de artikelen 223 B, 223 D, en 223 F CGI worden geneutraliseerd. Door het opnemen van een niet-ingezeten vennootschap als tussenschakel in de keten van geïntegreerde vennootschappen, wordt deze neutralisatie van de effecten van intragroepsverrichtingen verhinderd en ontstaat het risico dat bijvoorbeeld verliezen verschillende keren in aanmerking worden genomen bij de vaststelling van de resultaten van de groep.

50. Het Hof heeft in beginsel erkend dat de noodzaak de samenhang van een fiscale regeling te waarborgen een beperking van de uitoefening van de door het Verdrag gegarandeerde fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen. [19] Deze rechtvaardigingsgrond wordt evenwel zeer restrictief toegepast, om welke reden soms zelfs wordt geopperd dat het Hof deze rechtvaardigingsgrond heeft opgegeven. Het Hof heeft de toepassing ervan echter nog in recente arresten onderzocht. [20]

51. Voor de toepassing van deze rechtvaardigingsgrond vereist het Hof dat er sprake is van een rechtstreeks verband tussen het betrokken fiscale voordeel en de opheffing van dit voordeel door een bepaalde fiscale heffing. [21] Het rechtstreekse verband moet op basis van de door de betrokken belastingregeling nagestreefde doelstelling worden aangetoond op het niveau van de belastingplichtige door een strikte correlatie tussen de aftrekbaarheid en de belastingheffing. [22]

52. De aanvullende voorwaarde dat de fiscale heffing en het fiscale voordeel ten aanzien van één en dezelfde belastingplichtige bestaan [23], lijkt het Hof in het arrest Manninen te hebben opgegeven. [24] In casu lijkt dit criterium overigens eveneens te zijn vervuld, daar het

19 — 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 ook arresten van 7 september 2004, Manninen (C-319/02, Jurispr. blz. I-7477, punt 42), en 23 februari 2006, Keller Holding (aangehaald in voetnoot 11, punt 40).

20 — Arresten van 28 februari 2008, Deutsche Shell (C-293/06, Jurispr. blz. I-1129, punt 37); 8 november 2007, Amurta (C-379/05, Jurispr. blz. I-9569, punt 46), en 11 oktober 2007, Hollmann (C-443/06, Jurispr. blz. I-8491, punt 56), alsook arrest Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (aangehaald in voetnoot 7, punt 68).

21 — Arrest van 14 november 1995, Svensson en Gustavsson (C-484/93, Jurispr. blz. I-3955, punt 18), en arrest ICI (aangehaald in voetnoot 12, punt 29). Zie ook arresten Manninen (aangehaald in voetnoot 19, punt 42) en Keller Holding (aangehaald in voetnoot 11, punt 40) en de in de voetnoten 19 en 20 aangehaalde arresten.

22 — Arrest Deutsche Shell (aangehaald in voetnoot 20, punt 39), waarin wordt verwezen naar het arrest van 11 augustus 1995, Wielockx (C-80/94, Jurispr. blz. I-2493, punt 24).

23 — In mijn conclusie van 18 maart 2004 in de zaak Manninen (aangehaald in voetnoot 19, punten 53 en volgende) laat ik mij kritisch uit over de vroegere rechtspraak.

24 — Deze opvatting deelt advocaat-generaal Geelhoed in zijn conclusie van 29 juni 2006 in de zaak Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (aangehaald in voetnoot 7, punt 88).

artificieel zou zijn de vennootschappen van een groep — die juist als een fiscale eenheid willen worden behandeld — niet als „dezelfde" belastingplichtige in de zin van deze rechtspraak te beschouwen.

53. Zoals advocaat-generaal Poiares Maduro in zijn conclusie in de zaak Marks & Spencer terecht heeft uiteengezet, beoogt de eerbiediging van de samenhang van de nationale belastingstelsels de integriteit van deze stelsels — voor de inrichting waarvan de lidstaten bevoegd zijn — te beschermen, voor zover zij de goede werking van de binnenmarkt niet meer dan nodig belemmeren. [25] Daarbij moet de samenhang in eerste instantie in het licht van de doelstelling en de systematiek van de ter discussie staande belastingregeling worden beoordeeld. [26]

54. De Franse bepalingen inzake „fiscale integratie" strekken ertoe de gevolgen van de vorming van een groep fiscaal te neutraliseren, dat wil zeggen deze groep gelijk te stellen met een vennootschap met meerdere vaste inrichtingen. Het voordeel ligt in de consolidatie van de resultaten van de leden van de groep, waarbij alle winsten en verliezen van de afzonderlijke vennootschappen op het niveau van de moedervennootschap worden opgeteld en na deze consolidatie de heffingsgrondslag vormen. De groep mag echter geen verder gaande voordelen ontvangen: de consolidatie mag er niet toe leiden dat bepaalde verliezen meermaals kunnen worden verrekend. Als logische tegenhanger van deze consolidatie voorzien de Franse bepalingen derhalve in een regeling die waarborgt dat dezelfde verliezen binnen de groep niet meermaals kunnen worden verrekend. Een dubbele verrekening van verliezen zou indruisen tegen de neutraliteit die deze regeling beoogt te bereiken. Om dat te verhinderen, voorziet de Franse regeling in de neutralisatie van de effecten van bepaalde verrichtingen.

55. De Franse regering geeft onder andere het volgende voorbeeld ter illustratie van deze neutraliserende maatregelen. Een kleindochtervennootschap maakt verlies. Dat leidt ertoe dat de dochtervennootschap voorzieningen voor de waardevermindering van haar participatie in de kleindochtervennootschap aanlegt. Om deze reden legt ook de moedervennootschap een voorziening aan voor de waardevermindering van haar participatie in de dochtervennootschap. Er is dus een verlies bij de kleindochtervennootschap, dat ertoe leidt dat zowel de dochter- als de moedervennootschap een voorziening aanlegt. In geval van fiscale integratie tussen moeder- en kleindochtervennootschap zou dit verlies bij de consolidatie van de resultaten dubbel worden verrekend: één keer als rechtstreeks verlies bij de kleindochtervennootschap en nog eens als voorziening bij de moedervennootschap voor een verlies van de dochtervennootschap, dat hetzelfde verlies betreft.

56. Om deze dubbele verrekening van een verlies te voorkomen, voorzien de Franse bepalingen inzake „fiscale integratie" in bepaalde neutraliserende maatregelen. Deze zorgen ervoor dat in het voormelde voorbeeld het verlies slechts éénmaal wordt verrekend. Indien een niet-ingezeten dochtervennootschap als tussenschakel fungeerde, zou het

25 — Conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro van 7 april 2005 in de zaak Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 3, punt 66).

26 — Conclusie in de zaak Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 3, punt 71).

verlies daarentegen dubbel worden verrekend: éénmaal als rechtstreeks verlies bij de kleindochtervennootschap en een tweede maal als voorziening van de moedervennootschap voor de waardevermindering van haar participatie. De niet-ingezeten dochtervennootschap is immers geen onderdeel van de groep, zodat de effecten van de interne verrichtingen niet worden geneutraliseerd.

57. Hier zij dus vastgesteld dat de doelstelling van en de systematiek van de Franse bepalingen inzake „fiscale integratie" vereisen dat de effecten van bepaalde verrichtingen binnen de groep vóór de consolidatie van de resultaten worden geneutraliseerd. De vraag is echter of er eveneens sprake is van een rechtstreeks verband in de zin van de rechtspraak van het Hof tussen het fiscale voordeel dat in de belastingheffing naar het groepsinkomen bestaat, en de opheffing van dat voordeel door een fiscale heffing.

58. In het arrest Bachmann heeft het Hof een rechtstreeks verband vastgesteld tussen de fiscale aftrekbaarheid van verzekeringspremies en de heffing van belasting over de bedragen die de verzekeringsmaatschappijen verschuldigd zijn in het kader van de nakoming van de betrokken verzekeringsovereenkomsten. Aangezien Bachmann in Duitsland een verzekeringsovereenkomst had gesloten waarvan de nakoming in België niet aan belasting was onderworpen, was de beslissing van de Belgische autoriteit om de aftrek van de op basis van deze overeenkomsten betaalde premies te weigeren, gerechtvaardigd.

59. In de tot op heden besliste zaken waarin de samenhang van het belastingstelsel de doorslaggevende rechtvaardigingsgrond vormde, bestond het nadeel in een compenserende heffing, dus in een belasting. In casu bestaat het nadeel daarentegen in het feit dat de effecten van bepaalde intragroepsverrichtingen worden geneutraliseerd. Dat kan niet als een heffing van een belasting in engere zin worden beschouwd, daar de neutraliserende bepalingen geen fiscale heffing uitmaken. Zij kunnen echter toch als fiscaal nadelig worden beschouwd, daar geen rekening wordt gehouden met bepaalde verrichtingen, bijvoorbeeld met voorzieningen voor de waardevermindering van participaties, anders dan wanneer een vennootschap als afzonderlijke entiteit wordt aangeslagen. Tussen de neutraliserende bepalingen en de fiscale integratie bestaat er ook een rechtstreeks verband. Consolidatie van de resultaten van de verschillende vennootschappen van de groep wordt immers enkel toegestaan indien tegelijkertijd is gewaarborgd dat aan het nagestreefde doel geen afbreuk wordt gedaan doordat bepaalde verliezen meermaals worden verrekend.

60. Derhalve kan een bepaling die beoogt te verhinderen dat verliezen meermaals worden verrekend, in beginsel gerechtvaardigd zijn door het doel, de fiscale samenhang te vrijwaren.

61. De Franse bepalingen moeten echter ook voldoen aan het evenredigheidsbeginsel.

62. Meer bepaald mag er geen minder ingrijpend middel bestaan waarmee eveneens kan worden bereikt dat verliezen niet meermaals worden verrekend. Het moet dus vaststaan dat in een situatie waarin een niet-ingezeten dochtervennootschap de tussenschakel tussen moeder- en kleindochtervennootschap vormt, de effecten van bepaalde verrichtingen niet net als in een zuiver Franse situatie kunnen worden geneutraliseerd, zodat verliezen niet meermaals kunnen worden verrekend. Als minder ingrijpend middel kan worden gedacht aan een regeling waarbij de effecten van de betrokken verrichtingen op dezelfde wijze worden geneutraliseerd als in een zuiver Franse situatie.

63. Frankrijk wijst evenwel op verschillende praktische problemen om vast te stellen of verliezen tweemaal worden verrekend wanneer een niet-ingezeten vennootschap als tussenschakel fungeert. Een eventuele dubbele verrekening kan niet gemakkelijk worden vastgesteld, aangezien het bedrag van een voorziening normaliter niet overeenkomt met het bedrag van het verlies van de dochtervennootschap. Bovendien is het niet zonder meer mogelijk de precieze reden voor een voorziening te bepalen. Om dat mogelijk te maken, zijn daarenboven wetswijzigingen vereist.

64. In dit verband zij er op gewezen dat praktische moeilijkheden op zich niet kunnen volstaan om een schending van een door het Verdrag gewaarborgde vrijheid te rechtvaardigen. [27]

65. Zoals de Commissie terecht heeft gesteld, biedt het gemeenschapsrecht en met name richtlijn 77/799/EEG [28] de lidstaten voorts de mogelijkheid om van de bevoegde autoriteiten van de andere lidstaten alle inlichtingen te verlangen die relevant kunnen zijn voor de vaststelling van het precieze bedrag van de vennootschapsbelasting.

66. Bovendien moet worden vastgesteld dat de betrokken belastingautoriteiten van de moedervennootschap zelf de documenten kunnen verlangen die zij noodzakelijk achten om te beoordelen of de voorzieningen van de moedervennootschap voor waardeverminderingen van de participaties indirect — via voorzieningen van de tussenvennootschap — kunnen worden toegeschreven aan een verlies van de kleindochtervennootschap. [29]

27 — Zie in die zin arresten van 14 september 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Jurispr. blz. I-8203, punt 48), en 4 maart 2004, Commissie/Frankrijk (C-334/02, Jurispr. blz. I-2229, punt 30), alsook arrest Test Claimants in FII Group Litigation (aangehaald in voetnoot 9, punten 155-157) en conclusie van advocaat-generaal Sharpston van 14 februari 2008 in de zaak Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 11, punt 31).

28 — Richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen (PB L 336, blz. 15).

29 — Zie in die zin arrest van 29 maart 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, Jurispr. blz. I-2647, punt 57); arrest Centro di Musicologia Walter Stauffer (aangehaald in voetnoot 27, punt 49), en arresten van 11 oktober 2007, ELISA (C-451/05, Jurispr. blz. I-8251, punt 95), en 30 januari 2007, Commissie/Denemarken (C-150/04, Jurispr. blz. I-1163, punt 54). Het arrest Rewe wijst er in punt 58 in het bijzonder op dat een moedervennootschap alle noodzakelijke documenten rechtstreeks bij haar dochtervennootschappen moet kunnen opvragen.

67. Op basis van de beschikbare informatie is het bijzonder twijfelachtig of de absolute weigering van een fiscale integratie tussen een moedervennootschap en een kleindochtervennootschap waarin de moedervennootschap via een niet-ingezeten dochtervennootschap participeert, het minst ingrijpende middel is ter verhindering van een dubbele verrekening van verliezen en dus tot handhaving van de fiscale samenhang. Uiteindelijk staat het aan de verwijzende rechter om definitief te beoordelen of het beoogde doel — met name de dubbele verrekening van verliezen in het kader van een fiscale integratie te verhinderen — ook in grensoverschrijdende situaties door het minder ingrijpende middel van de neutralisatie kan worden bereikt.

VI — Conclusie

68. In het licht van het bovenstaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Conseil d'État als volgt te beantwoorden:

„1) Een nationale regeling als die van de Franse ‚fiscale integratie', zoals bedoeld in de artikelen 223 A en volgende van de Code général des impôts, krachtens welke fiscale integratie tussen een Franse moedervennootschap en haar Franse kleindochtervennootschap slechts mogelijk is indien eerstgenoemde vennootschap het aandeelhouderschap van de kleindochtervennootschap via een Franse dochtervennootschap en niet via een niet-ingezeten dochtervennootschap uitoefent, maakt een beperking van de vrijheid van vestiging uit.

2) Deze beperking kan gerechtvaardigd zijn op grond van de samenhang van het belastingstelsel indien het verbod een geschikt middel vormt om een dubbele verrekening van verliezen bij de consolidatie van de resultaten van moeder- en kleindochtervennootschappen te verhinderen, en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dit doel te bereiken."