

# BOEKBESPREKING

BESPREKING VAN HET PROEFSCHRIFT *OPTIMIZATION OF TAX SOVEREIGNTY AND FREE MOVEMENT*  
VAN MR. DR. S.C.W. DOUMA<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

Op donderdag 6 oktober 2011 promoveerde Sjoerd Douma aan de Universiteit Leiden op het proefschrift *Optimization of Tax Sovereignty and Free Movement*.<sup>2</sup> Zijn promotores waren prof. mr. Tanja Bender en prof. mr. Frank Engelen. In zijn proefschrift legt Douma de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU langs de lat van een theoretisch beoordelingsmodel en concludeert dat de stevige kritiek die het Hof van Justitie EU te verduren heeft gehad, grotendeels ongerechtvaardigd is. Een fris tegengeluid dus, in tijden van afbrokkelende Europese solidariteit!<sup>3</sup> In lijn van de structuur van het boek bespreek ik eerst kort de kritiek op het Hof van Justitie EU. Vervolgens behandel ik het door Douma ontworpen beoordelingsmodel, waarna ik inga op de toetsing van de rechtspraak van het Hof van Justitie EU aan de hand van dit model. Ter afsluiting volgt een slotsom.

## 2 "O Freunde, nicht diese Töne"<sup>4</sup>

Sinds het Hof van Justitie EU op 28 januari 1986 het arrest-Avoir Fiscal wees,<sup>5</sup> is het weinig bespaard gebleven in de fiscale literatuur. Diverse auteurs hebben de houding van het Hof van Justitie EU veroordeeld, zij het vanuit soms tegengestelde gezichtspunten. Zo ontving een Belgisch echtpaar in de zaak-Kerckhaert en Morres met Franse bronbelasting bezwaarde dividenden, maar had geen recht op verrekening daarvan. Zowel Belgische

dividenden als buitenlandse dividenden werden in België tegen 25% belast. Het Hof van Justitie EU oordeelde dat geen verplichting bestond om de juridisch dubbele belasting, die veroorzaakt werd door de "parallele uitoefening van belastingbevoegdheid door twee lidstaten", weg te nemen.<sup>6</sup> Volgens Kofler en Mason is dit oordeel onbevredigend omdat het Hof van Justitie EU afweek van de Cassis de Dijon-rechtspraak,<sup>7</sup> waarin het had vastgesteld dat toepassing van gelijklopende regels voor binnenlandse en buitenlandse goederen of diensten verboden is, indien deze ertoe leidt dat grensoverschrijdende situaties feitelijk dubbel worden belast.<sup>8</sup> Ten aanzien van de aan Kerckhaert en Morres verwante zaak-Damseaux<sup>9</sup> vond Mok het moeilijk in te zien waarom het minder aantrekkelijk maken van een belegging in aandelen van een vennootschap uit een andere lidstaat niet in strijd is met het vrije kapitaalverkeer, terwijl, zoals het Hof van Justitie EU eerder in de *golden-shares* arresten had geoordeeld,<sup>10</sup> daarvan wél sprake is bij het onaantrekkelijk maken van dergelijke beleggingen wegens verminderde zeggenschap.

Werd het Hof van Justitie EU in een zaak als Kerckhaert en Morres een gebrek aan activisme verweten, in Bosal zou het Hof van Justitie EU juist een teveel activisme hebben betoond. In die zaak oordeelde het Hof van Justitie EU dat de niet-afrekbaarheid van kosten voor buitenlandse deelnemingen onder het oude artikel 13, eerste lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 in strijd was met de vrijheid van vestiging.<sup>11</sup> Aangezien het Hof van Justitie EU het onderscheid tussen belaste

1 Verbonden aan PwC (EU Direct Tax Group), docent Fiscaal bestuursrecht en Europees belastingrecht aan de Universiteit Leiden, rechter-plv. in de Rechtbank Haarlem en raadsheerplaatsvervanger in Hof Arnhem.

2 Het boek verschijnt in de reeks IBFD Doctoral Series van het International Bureau of Fiscal Documentation. Deze bespreking is gebaseerd op een in eigen beheer gedrukte uitgave van het proefschrift.

3 Eerder al, na een polemiek tussen prof. mr. P.H.J. Essers en prof. mr. D.M. Weber, betuigde Douma adhesie aan het Hof van Justitie EU in een stuk getiteld 'Pro Curia', NTFR 2010/2801.

4 Ode "An die Freude", Friedrich von Schiller, 1786.

5 HvJ EG 28 januari 1986, nr. 270/83, (Commissie van de Europese Gemeenschappen vs. Franse Republiek; Avoir Fiscal).

6 HvJ EG 14 november 2006, nr. C-513/04, r.o. 29 (Mark Kerckhaert en Bernadette Morres vs. Belgische Staat).

7 HvJ EG 20 februari 1997, nr. 120/78 (Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein).

8 G.W. Kofler en R. Mason, 'Double Taxation: A European Switch in Time?', *Columbia Journal of European Law* (2007) 1, p. 63-98. Zie ook F. Vanistendael, 'De rol van Wattel in het Europese belastingrecht', *WFR* 2011/992, p. 992-996.

9 Annotatie van M.R. Mok bij HvJ EG 16 juli 2009, nr. C-128/08, NJ 2009/536 (Jacques Damseaux vs. Belgische Staat).

10 HvJ EG 28 september 2006, nr. C-282 en 283/04, NJ 2007/129 (Commissie van de Europese Gemeenschappen vs. Koninkrijk der Nederlanden).

11 HvJ EG 18 september 2003, nr. C-168/01 (Bosal Holding BV vs. Staatssecretaris van Financiën).

binnenlandse inkomsten en onbelaste buitenlandse inkomsten weigerde te erkennen, is Bosal volgens Wattel een onjuist arrest "in zoverre het de deuren open zet voor jurisdictionele mismatch van kostenaf trek en bijbehorende winstbelasting, dus voor grondslagerosie".<sup>12</sup> Douma schaarde de kritiek op het Hof van Justitie EU onder een driedelige gemeenschappelijke noemer: 1. bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie EU wordt gebruikt ter onderbouwing van (vermeende) inconsistenties in andere arresten, 2. het Hof van Justitie EU brengt het beoogde vrije verkeer tussen de lidstaten onvoldoende tot wasdom en/of 3. het Hof van Justitie EU heeft onvoldoende oog voor de soevereiniteit van de lidstaten. Deze kritiek op het Hof van Justitie EU vormde voor Douma aanleiding een extern (dat wil zeggen onafhankelijk van bestaande rechtspraak) beoordelingsmodel te ontwikkelen aan de hand waarvan de juistheid van de rechtspraak van het Hof van Justitie EU, en daarmee tevens de (on)juistheid van de kritiek op die rechtspraak, kan worden bepaald. Er is volgens Douma behoefte aan een extern model, omdat iets niet aan zichzelf kan worden getoetst.

Naast bovengenoemde vormen van kritiek is het Hof van Justitie EU meermaals verweten blijkt te geven van een onjuist begrip van het nationale en het internationale belastingrecht. Zo verzochten in de zaak-X Holding een in Nederland gevestigde moederverenootschap en haar in België gevestigde dochterverenootschap om een fiscale eenheid in de zin van artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. De afwijzing van dit verzoek was volgens het Hof van Justitie EU gerechtvaardigd om de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen beide lidstaten te waarborgen; grensoverschrijdende verliesverrekening zou tot gevolg hebben dat "de belastinggrondslag in de eerste lidstaat zou worden vermeerderd en in de tweede zou worden verminderd met het bedrag van de overgedragen verliezen".<sup>13</sup> Weber beschouwde dit als een "misconceptie" van het internationale belastingrecht door het Hof van Justitie EU: het in aanmerking nemen van een verlies in Nederland leidt immers niet tot een toename van de belastinggrondslag in België.<sup>14</sup> Aan deze kritiek lijkt weinig te analyseren; het Hof van Justitie EU ging hier inderdaad de mist in. Deze kritiek maakt daarom vooral duidelijk dat het van groot belang is dat de verwijzende rechter de werking van het nationale en het internationale belastingrecht helder over het voetlicht brengt bij het Hof van Justitie EU.

### 3 Alexy's grondrechtentheorie

Als uitgangspunt voor zijn model bespreekt Douma in hoofdstuk 2 van zijn proefschrift Robert Alexy's *Theory of Constitutional Rights*.<sup>15</sup> Grondrechten vormen volgens Alexy beginselen, die naar hun aard eisen dat ze zowel juridisch als feitelijk zoveel mogelijk worden gerealiseerd. Bij een conflict tussen twee grondrechten/begin-selen (denk bijvoorbeeld aan de spanning tussen de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst in het Wilders-proces) dient een optimaliseringsproces plaats te vinden, waarin het ene beginsel uiteindelijk zwaarder weegt dan het andere beginsel. Hiermee onderscheiden beginselen zich fundamenteel van regels: een conflict tussen twee regels kan slechts beslist worden door één regel ongeldig te verklaren. Bij een geschil tussen twee beginselen moet echter van geval tot geval worden beoordeeld in hoeverre zij tot gelding kunnen komen.

In de hoofdstukken 3, 5 en 6 van zijn proefschrift zet Douma uiteen dat fiscale soevereiniteit en vrij verkeer twee beginselen vormen. Bij een botsing tussen beide kan in het algemeen niet worden gezegd dat één beginsel prevaleert over het andere. Immers, ware dat het geval, dan zouden lidstaten ofwel nimmer beperkt worden in hun belastingheffing, ofwel in zijn geheel geen belasting meer mogen heffen.<sup>16</sup> Om tot een evenwicht te komen, dienen beide beginselen, zoals Douma het noemt, elkaar daarom te respecteren en niet bij voorbaat een eventuele beperking af te wijzen.

### 4 Het theoretische model en de rechtspraak van het Hof van Justitie EU

Geïnspireerd door Alexy's grondrechtentheorie, onthult Douma in hoofdstuk 7 van zijn proefschrift zijn uit zes stappen bestaande toetsingsmodel, op basis waarvan een optimum kan worden bereikt tussen fiscale soevereiniteit en vrij verkeer. Vervolgens past Douma in hoofdstuk 8 van zijn proefschrift dit model toe op een selectie van de ongeveer 150 arresten van het Hof van Justitie EU op het gebied van de directe belastingen. Ik bespreek hieronder de zes stappen van het model en illustreer deze aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie EU.

<sup>12</sup> Conclusie van A-G Wattel van 7 juli 2010, nr. 09/05115.

<sup>13</sup> HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08, r.o. 29 (X Holding BV vs. Staatssecretaris van Financiën).

<sup>14</sup> D.M. Weber, aantekening bij X Holding BV, H&I 2010/7.6.

<sup>15</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (translated by Julian Rivers), Oxford: Oxford University Press 2002.

<sup>16</sup> De stelling dat belastingheffing an sich een beperking vormt van het vrije verkeer, is verworpen door het hof in HvJ EG 17 februari 2005, nr. C-134/03 (Viacom Outdoor Srl vs. Giotto Immobiliere SARL).

#### 4.1 Tot welk nadeel leidt de belastingmaatregel?

Douma concludeert dat de vaststelling van een nadeel door het Hof van Justitie EU grotendeels overeenstemt met zijn model. Zo is een belemmering veroorzaakt door een dispariteit (zie de zaak-Gilly<sup>17</sup>) niet te wijten aan de uitoefening van de fiscale soevereiniteit door één lidstaat en dus kan er ook geen optimalisatie plaatsvinden tussen fiscale soevereiniteit en vrij verkeer. Hoewel juridisch dubbele belasting het vrije verkeer belemmert, zou een verplichting om deze weg te nemen de soevereiniteit van de lidstaten miskennen om inkomsten binnen hun jurisdictie op eigen wijze te belasten. De uitkomsten in de zaken Kerckhaert en Morres en Damseaux zijn daarmee in overeenstemming met Douma's model.

Het is verder een wijdverspreide opvatting dat een (directe) belastingmaatregel slechts een belemmering vormt van het vrije verkeer indien een grensoverschrijdende situatie zwaarder wordt belast dan een binnenlandse situatie. Douma verwacht echter dat het Hof van Justitie EU in de toekomst ook belastingmaatregelen zonder onderscheid aan de fundamentele vrijheden zal toetsen. Dit leidt hij af uit de ontwikkelingen in niet-fiscale rechtspraak van het Hof van Justitie EU over maatregelen zonder onderscheid<sup>18</sup> (en de verwijzing naar die rechtspraak in, bijvoorbeeld, het fiscale arrest *Deutsche Shell*)<sup>19</sup> en het veelvuldige gebruik van de *Säger-formule* in fiscale arresten. In de zaak-*Säger*, die de vrijheid van dienstenverkeer betrof, overwog het Hof van Justitie EU:<sup>20</sup> "dat artikel 59 EEG-Verdrag niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie van de dienstverrichter op grond van diens nationaliteit verlangt, maar tevens de opheffing van iedere beperking (...) die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere Lid-Staat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt of anderszins belemmert."

Kritiek heeft Douma op de zaken *D*<sup>21</sup> en *Columbus Container Services*.<sup>22</sup> In de zaak-*D* weigerde het Hof van Justitie EU de heer D, inwoner van Duitsland, te verge-

lijken met een Belgische inwoner die wél recht had op een belastingvrije som voor de Nederlandse vermogensbelasting, ondanks het feit dat zowel de heer D als de inwoner van België zich binnen de Nederlandse jurisdictie bevonden: beide hadden in Nederland gelegen vermogensbestanddelen die belastbaar waren voor de Nederlandse vermogensbelasting. In de zaak-*Columbus Container Services*, die de Duitse *switch-overclause* bij laagbelast buitenlands inkomen betrof (van vrijstelling naar verrekening), weigerde het Hof van Justitie EU, in tegenstelling tot in de zaak-*Cadbury Schweppes*,<sup>23</sup> een discriminatie te zien in een ongunstigere behandeling van een vestiging in België ten opzichte van een vestiging in een andere lidstaat.

#### 4.2 Streeft de belastingmaatregel in kwestie een respectvol doel na?

Op het terrein van de directe belastingen is een beperking van het vrije verkeer slechts toelaatbaar 1. op grond van een verdragsexceptie (bijvoorbeeld de *standstillclause* in art. 64 lid 1 VwEU) of 2. indien de bepaling een met het Verdrag betreffende de werking van de EU verenigbaar rechtmatig doel<sup>24</sup> nastreeft en gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang.<sup>25</sup> De rechtspraak van het Hof van Justitie EU dat discriminatie op basis van nationaliteit nimmer gerechtvaardigd is (tenzij een verdragsexceptie van toepassing is)<sup>26</sup> lijkt zich volgens Douma moeilijk te verdragen met Alexy's theorie dat een beginsel (het vrije verkeer) niet absoluut mag zijn en daarom een ander beginsel (fiscale soevereiniteit) nooit volledig mag uitsluiten. De eis van een *respectvol doel* verklaart volgens Douma de afwijzing door het Hof van Justitie EU van bijvoorbeeld budgettaire overwegingen of bescherming van de belastinggrondslag als rechtvaardigingsgronden: deze doelen eerbiedigen niet het vrije verkeer en zijn slechts een means to an end. Voorts lijkt de eis van een dwingende reden van algemeen belang volgens Douma te streng: in beginsel kan iedere doelstelling een beperking van het vrije verkeer rechtvaardigen, zolang deze doelstelling het vrije verkeer respecteert. Deze eis hoeft daarom niet van een bepaald gewicht te zijn. De eis dat een rechtvaardigingsgrond een dwingende reden van

17 HvJ EG 12 mei 1998, nr. C-336/96 (*Echtgenoten R. Gilly vs. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*).

18 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94 (*Reinhard Gebhard vs. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*).

19 HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06 (*Deutsche Shell GmbH vs. Finanzamt für Grossunternehmen in Hamburg*).

20 HvJ EG 25 juli 1991, nr. C-76/90, r.o. 12 (*Manfred Säger vs. Dennemeyer & Co. Ltd.*).

21 HvJ EG 5 juli 2005, nr. C-376/03 (*D. vs. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*).

22 HvJ EG 6 december 2007, nr. C-298/05 (*Columbus Container Services BVBA & Co. vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*).

23 HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04 (*Cadbury Schweppes plc en Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue*).

24 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 december 2006, nr. C-446/04, r.o. 133 (*Test Claimants in the FII Group Litigation vs. Commissioners of Inland Revenue*).

25 HvJ EG 18 juli 2007, nr. C-231/05, r.o. 44 (*Oy AA*).

26 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 29 april 1999, r.o. 20, nr. C-311/97 (*Royal Bank of Scotland plc vs. Elliniko Dimosio; Griekse Staat*).

algemeen belang is, kan daarom probleemloos vervallen. Tijdens de verdediging merkte Douma op dat de vaststelling van een nadeel in *derdelandsituaties* op identieke wijze plaatsvindt als in situaties waarin slechts lidstaten betrokken zijn. Echter, omdat het verkeer met derde landen in een andere juridische context plaatsvindt dan het verkeer tussen de lidstaten,<sup>27</sup> is het mogelijk dat andere doelstellingen worden geaccepteerd in *derdelandsituaties* (bijvoorbeeld de doeltreffendheid van fiscale controles verzekeren of de invordering van belastingsschulden veilig stellen), dan in situaties waarin slechts lidstaten betrokken zijn.

#### 4.3 Zo ja, is de belastingmaatregel geschikt om dat doel te bereiken?

Vaststelling van de geschiktheid van een maatregel om diens beoogde doel te bereiken levert doorgaans weinig problemen op: deze vraag wordt in de regel bevestigend beantwoord. De relevante vraag is, of de maatregel zinnig is in het licht van de beoogde doelstelling. Als twee van de (zeer) weinige arresten waarin het Hof van Justitie EU oordeelde dat niet aan de *geschiktheidsvraag* was voldaan, bespreekt Douma de zaken Orange European Smallcap Fund NV<sup>28</sup> en Bosal.<sup>29</sup> In de laatstgenoemde zaak was de weigering van de aftrek van deëlnemingsrente niet geschikt om het territorialiteitsbeginsel te verwezenlijken.

#### 4.4 Zo ja, heeft de belastingmaatregel een voldoende *degree of fit* in relatie tot zijn doel?

Deze eis komt in de rechtspraak van het Hof van Justitie EU tot uitdrukking in de mantra "dat een maatregel niet verder mag gaan dan nodig is om het beoogde doel te bereiken".<sup>30</sup> Zo oordeelde het Hof van Justitie EU in de zaak-Cadbury Schweppes dat een Britse CFC-maatregel weliswaar geschikt was om belastingontwijking tegen te gaan, maar slechts "wanneer [hij] specifiek tot doel heeft, gedragingen te verhinderen die erin bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het na-

tionale grondgebied".<sup>31</sup> In de zaak-Thin Cap GLO werden Britse onderkapitalisatieregels die behoorlijk ruim in hun jasje zaten echter toch geaccepteerd, omdat het Hof van Justitie EU het *Cadbury Schweppes-criterium*, de regels moeten "specifiek tot doel" hebben volstrekt kunstmatige constructies te voorkomen, verlichtte en het voldoende achtte dat deze regels daartoe in staat waren.<sup>32</sup> Op het punt van *degree of fit* is de zaak-Columbus Container Services volgens Douma een verkeerd arrest omdat het Hof van Justitie EU onterecht de *overkill* van de Duitse switch-overclausule (soms slechts verrekening terwijl er geen aanwijzingen van misbruik zijn) aanvaardde. Dit verklaart wellicht waarom de Duitse Bundesfinanzhof (de hoogste Duitse rechter, het lagere Finanzgericht Münster had prejudiciële vragen gesteld) in weerwil van het arrest van het Hof van Justitie EU oordeelde dat de Duitse wetgeving wél in strijd was met de vrijheid van vestiging.<sup>33</sup>

#### 4.5 Zo ja, behelst de belastingmaatregel het meest subsidiaire middel om het doel te bereiken?

In deze stap gaat het Hof van Justitie EU na of andere, minder beperkende, maatregelen bestaan om het beoogde doel te bereiken. Met name waar lidstaten betogen dat een belemmerende maatregel noodzakelijk is omdat het anders lastig te verifiëren is of een bepaald gevaar van belastingontwijking zich voordoet, heeft het Hof van Justitie EU in vele arresten de lidstaten gewezen op het bestaan van Richtlijn 77/799/EEG die lidstaten de mogelijkheid biedt om relevante informatie op te vragen bij de bevoegde autoriteiten van de andere lidstaten.<sup>34</sup> Deze ruimte benutte het Hof van Justitie EU volgens Douma onvoldoende in de zaken Lidl Belgium<sup>35</sup> en X Holding. In de eerstgenoemde zaak had het Hof van Justitie EU moeten vaststellen dat aftrek door een Duitse vennootschap van haar Luxemburgse vastenrichtingsverliezen (onder toepassing van een inhaalregeling) een minder vergaande belemmering van de vrijheid van vestiging zou hebben opgeleverd dan de

27 HvJ EG 18 december 2007, nr. C-101/05, r.o. 32 (*Skatteverket vs. A*).

28 HvJ EG 20 mei 2008, nr. C-194/96 (*Staatssecretaris van Financiën vs. Orange European Smallcap Fund NV*).

29 HvJ EG 18 september 2003, nr. C-168/01 (*Bosal Holding BV vs. Staatssecretaris van Financiën*).

30 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 7 september 2004, nr. C-319/02, r.o. 49 (*Petri Manninen*).

31 HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, r.o. 55 (*Cadbury Schweppes plc en Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue*).

32 HvJ EG 13 maart 2007, nr. C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation vs. Commissioners of Inland Revenue*).

33 Zie de annotatie van D.M. Weber bij HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08, FED 2010/95 (*X Holding BV vs. Staatssecretaris van Financiën*).

34 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07, r.o. 49 (*Société Papillon vs. Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*).

35 HvJ EG 15 mei 2008, nr. C-414/06 (*Lidl Belgium GmbH & Co. KG vs. Finanzamt Heilbronn*).

bestaande Duitse objectvrijstelling, met name omdat het commentaar bij het OESO-modelverdrag lidstaten de keuze biedt tussen beide gelijkwaardige methoden. In de zaak-X Holding had het Hof van Justitie EU de verzochte grensoverschrijdende fiscale eenheid kunnen toestaan zonder de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen Nederland en België in gevaar te brengen door, in lijn van de rechtspraak van de Hoge Raad,<sup>36</sup> de Belgische dochtervennootschap als een vaste inrichting van de Nederlandse moedervennootschap te beschouwen. Zo ja, staat de inbreuk die de belastingmaatregel maakt op het vrije verkeer in een redelijk evenwicht tot het nagestreefde doel?

Het doorstaan van de vorige stappen blijkt geen vrijwaring van de beperkende werking van het vrije verkeer, indien de inbreuk die de belastingmaatregel maakt niet in een redelijk evenwicht staat tot het nagestreefde doel. In de zaak-Marks & Spencer liet het Hof van Justitie EU het nadeel van het ontbreken van de mogelijkheid tot verliesverrekening prevaleren boven de legitieme doelstelling van het Britse *Group-reliefregime* (de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen het Verenigd Koninkrijk en andere lidstaten bewaken).<sup>37</sup> Zoals tijdens de verdediging aan de orde kwam, is Douma van mening dat dit een juiste belangenafweging tussen enerzijds de doelstelling van een regeling en anderzijds het effect daarvan reflecteert: de onverrekenbaarheid van de verliezen van de buitenlandse dochtervennootschappen vormde een inbreuk op het vrije verkeer die, in bepaalde gevallen, niet in evenwicht stond tot het nagestreefde doel van de Britse regeling. De gevolgen van die inbreuk dienden daarom door het Verenigd Koninkrijk te worden weggenomen. Kritiek op deze *redelijkheidstoets* door het Hof van Justitie EU is er echter, bijvoorbeeld, door Ghosh, die betoogde dat het Hof van Justitie EU hiermee zijn bevoegdheden als rechter te buiten ging door plaats te nemen op de stoel van de wetgever.<sup>38</sup>

## 5 Slotsom

Door de compacte en duidelijke beschrijving van een groot aantal belangwekkende arresten is het proefschrift geschikt voor de lezer die kennis wil nemen van het Europese belastingrecht. Wie de rechtspraak van het Hof van Justitie EU reeds kent, zal geprikkeld worden om zijn/haar kritiek op die rechtspraak te systematiseren. Doordat Douma in zijn proefschrift een helikopter-view hanteert, wordt een aantal grote lijnen in de

rechtspraak van het Hof van Justitie EU zichtbaar. Zo lijkt het inderdaad weinig zinvol om te praten over "rijtjes met rechtvaardigingsgronden", aangezien het Hof van Justitie EU een mogelijke inbreuk op het vrije verkeer steeds dient te beoordelen vanuit de concrete doelstelling van de litigieuze maatregel. Het lijkt er weliswaar op dat het Hof van Justitie EU soms vasthoudt aan een bepaald stramien en daarbij "rijtjes met rechtvaardigingsgronden" afaaat, *de facto* beoordeelt het Hof van Justitie EU een belemmering echter in het licht van de concrete doelstelling van de betreffende maatregel. Een treffend voorbeeld is de recente zaak Commissie tegen Portugal, waarin het Hof van Justitie EU een algemene regel lijkt te geven omtrent de rechtvaardigingsgrond *coherentie*, maar uiteindelijk in *concreto* het door de betrokken belastingregeling nagestreefde doel toetst.<sup>39</sup> Vanuit Douma's model bekeken, daarbij de ontwikkeling in de niet-fiscale rechtspraak van het Hof van Justitie EU in ogenschouw nemend, lijkt het goed denkbaar dat het Hof van Justitie EU ook fiscale maatregelen zonder onderscheid (zoals bijvoorbeeld art. 20a Wet VPB 1969) strijdig zal achten aan het vrije verkeer. Wie zich daarnaast afvraagt of Douma's model praktisch toepasbaar is (en wellicht zelfs voorspellende waarde heeft), kan de proef op de som nemen. De zaak-National Grid Indus, waarin de verenigbaarheid van Nederlandse *eindafrekeningsregel* artikel 15c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met de vrijheid van vestiging aan de orde is, lijkt hiervoor een geschikte casus. Deze zaak betreft een Nederlandse vennootschap die enkel een in Britse ponden luidende vordering bezat en haar feitelijke leiding naar het Verenigd Koninkrijk verplaatste. Recent is in deze zaak de conclusie van A-G Kokott verschenen.<sup>40</sup> Of de uitkomst onder Douma's model in lijn zal zijn van het oordeel door de Grote Kamer van het Hof van Justitie EU op 29 november 2011, of, zoals Douma gevat opmerkte, het oordeel door het Hof van Justitie EU in lijn zal zijn van de uitkomst onder zijn model is nog af te wachten.

Mr. G.F. Boulogne

*Auteur is verbonden aan PwC (EU Direct Tax Group) en aan de Vrije Universiteit Amsterdam.*

<sup>36</sup> Zie bijvoorbeeld HR 20 december 2002, nr. 37 073, BNB 2003/286.

<sup>37</sup> HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03 (Marks & Spencer plc vs. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)).

<sup>38</sup> J. Ghosh, *Principles of the internal market and direct taxation*, Oxford: Key Heaven Publications 2007, p. 93-94.

<sup>39</sup> HvJ EU 6 oktober 2011, nr. C-493/09, r.o. 36 (Europese Commissie vs. Portugese Republiek).

<sup>40</sup> Conclusie A-G Kokott 8 september 2011, nr. C-371/10, NTFR 2011/2188, m.nt. Emmerink (National Grid Indus).