

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

13 maart 2007*

In zaak C-524/04,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division (Verenigd Koninkrijk), bij beslissing van 21 december 2004, ingekomen bij het Hof op 31 december 2004, in de procedure

Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation

tegen

Commissioners of Inland Revenue,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts (rapporteur), P. Kūris en E. Juhász, kamerpresidenten,

* Procestaal: Engels.

J. N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, K. Schiemann, J. Makarczyk, G. Arestis en A. Borg Barthet, rechters,

advocaat-generaal: L. A. Geelhoed,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 31 januari 2006,

gelet op de opmerkingen van:

- Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, vertegenwoordigd door G. Aaronson, QC, en P. Farmer en D. Cavender, barristers,

- de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door C. Jackson en C. Gibbs als gemachtigden, bijgestaan door D. Anderson, QC, en D. Ewart en S. Stevens, barristers,

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

- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door D. J. M. de Grave als gemachtigde,

- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal als gemachtigde,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 29 juni 2006,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 43 EG, 49 EG en 56 EG tot en met 58 EG.

- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen groepen van vennootschappen (hierna: „verzoeksters in het hoofdgeding”) en de Commissioners of Inland Revenue (belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk) ter zake van de

fiscale behandeling van rente die door in het Verenigd Koninkrijk ingezeten vennootschappen wordt betaald op leningen van een vennootschap die tot dezelfde groep behoort (hierna: „gelieerde vennootschap”), maar niet in die lidstaat is gevestigd.

Toepasselijke bepalingen

- 3 De relevante bepalingen van de in het Verenigd Koninkrijk geldende wettelijke regeling zijn die welke zijn opgenomen in de Income and Corporation Taxes Act 1988 (hierna: „ICTA”), eerst in de vóór 1995 toepasselijke versie en vervolgens in de versie gewijzigd bij, onder meer, de Finance Act 1995 en de Finance Act 1998.

Nationale bepalingen vóór de wijzigingen in 1995

- 4 Op grond van Section 209(2)(d) ICTA wordt rente die een in het Verenigd Koninkrijk ingezeten vennootschap op een lening betaalt als winstuitkering van die vennootschap beschouwd, voor zover die rente meer bedraagt dan een redelijke commerciële opbrengst van de lening. Deze regel geldt zowel wanneer de lening door een in het Verenigd Koninkrijk ingezeten vennootschap als wanneer deze door een niet-ingezeten vennootschap wordt verstrekt. Het deel van de rente dat boven een redelijke commerciële opbrengst ligt is niet langer aftrekbaar van de belastbare winst van de vennootschap waaraan de lening is verstrekt, maar wordt behandeld als

uitgekeerde winst (dividend). De vennootschap waaraan de lening is verstrekt dient daardoor overeenkomstig Section 14 ICTA de voorheffing op de vennootschapsbelasting (advance corporation tax; hierna: „ACT”) te betalen.

- 5 Section 209(2)(e)(iv) en (v) ICTA kwalificeert voorts als „winstuitkering” alle anders dan krachtens Section 209(2)(d) als zodanig beschouwde rente, betaald door een in het Verenigd Koninkrijk ingezeten vennootschap aan een niet-ingezeten vennootschap die tot dezelfde groep van vennootschappen behoort, zelfs wanneer de rente een redelijke commerciële opbrengst van die lening vormt. Deze regel geldt voor leningen die een niet-ingezeten vennootschap verstrekt aan een ingezeten vennootschap die voor 75 % haar dochtermaatschappij is of wanneer beide ondernemingen 75 % dochter van een niet-ingezeten derde vennootschap zijn.

- 6 Ingevolge Section 788(3) ICTA gelden bovenvermelde nationale bepalingen echter niet, indien de toepassing ervan door een verdrag ter vermijding van dubbele belasting (hierna: „belastingverdrag”) wordt verhinderd en dit verdrag garandeert dat de rente onder bepaalde voorwaarden fiscaal aftrekbaar is. Afhankelijk van de voorwaarden waaronder de rente aftrekbaar is, kunnen de belastingverdragen die het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland heeft gesloten in twee categorieën worden ingedeeld.

- 7 Op grond van de eerste categorie belastingverdragen, zoals die welke zijn gesloten met de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Spanje, het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Oostenrijk en Japan, is de rente aftrekbaar indien, gelet op het bedrag van de betrokken lening, het rentebedrag overeenkomt met hetgeen bij gebreke van een bijzondere relatie tussen partijen of tussen partijen en een derde zou zijn overeengekomen.

- 8 Bij de tweede categorie belastingverdragen, zoals die welke zijn gesloten met de Franse Republiek, Ierland, de Italiaanse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden, de Verenigde Staten van Amerika en de Zwitserse Confederatie, gaat het er meer algemeen om of het bedrag van de rente om enige reden het bedrag overschrijdt dat bij gebreke van een bijzondere relatie tussen partijen of tussen partijen en een derde zou zijn overeengekomen. Dit betekent dat ook wordt onderzocht of het bedrag van de lening zelf het bedrag overschrijdt dat bij gebreke van die bijzondere relatie zou zijn geleend.
- 9 Op grond van Section 808A ICTA, dat is ingevoegd bij Section 52 van de Finance (No 2) Act 1992 en van toepassing is op na 14 mei 1992 betaalde rente, moet bij de tweede categorie belastingverdragen rekening worden gehouden met alle betrokken factoren, waaronder de vraag of de lening bij gebreke van een bijzondere relatie tussen de betaler en de ontvanger van de rente, überhaupt zou zijn verstrekt en, zo ja, hoeveel zou zijn geleend en tegen welke rentevoet.

Wijzigingen van de wettelijke regeling in 1995

- 10 De Finance Act 1995, die in beginsel geldt voor na 28 november 1994 betaalde rente, heeft Section 209(2)(d) ICTA niet gewijzigd. Section 209(2)(e)(iv) en (v) is echter vervangen door Section 209(2)(da), bepalende dat tussen leden van eenzelfde groep van vennootschappen betaalde rente als „winstuitkering” wordt aangemerkt, voor zover die rente meer bedraagt dan hetgeen bij gebreke van een bijzondere relatie tussen de betaler en de ontvanger van die rente zou zijn betaald. Deze regel is van toepassing op leningen die door een vennootschap worden verstrekt aan een andere vennootschap waarvan eerstgenoemde 75 % van het kapitaal houdt of wanneer beide vennootschappen voor 75 % dochtermaatschappij van een derde vennootschap zijn.

- 11 Krachtens Section 212(1) en (3) ICTA, zoals gewijzigd, is Section 209(2)(da) evenwel niet van toepassing indien de betaler en de ontvanger van de rente beide in het Verenigd Koninkrijk vennootschapsbelasting verschuldigd zijn.
- 12 Section 209(2)(da) ICTA is aangevuld bij Section 209(8A) tot en met (8F). Section 209(8B) preciseert de criteria aan de hand waarvan een rentebetaling als winstuitkering moet worden aangemerkt. Section 209(8A) junctis Section 209(8D) tot en met (8F) ICTA bepaalt in hoeverre vennootschappen kunnen worden gegroepeerd voor de beoordeling van de niveaus van hun leningen op een geconsolideerde basis.

Wijzigingen van de wettelijke regeling in 1998

- 13 Bij de Finance Act 1998 is Schedule 28AA van de ICTA ingevoerd, die regels bevat voor transfer pricing, die eveneens van toepassing zijn op rentebetalingen tussen vennootschappen. Transacties tussen twee vennootschappen onder gemeenschappelijke controle vallen onder die regels wanneer de voorwaarden waaronder zij tot stand zijn gekomen, verschillen van de voorwaarden die zouden hebben bestaan indien de ondernemingen niet onder gemeenschappelijke controle hadden gestaan en die voorwaarden één van de betrokken partijen een potentieel voordeel voor de toepassing van de fiscale wetgeving van het Verenigd Koninkrijk geven. Het begrip gemeenschappelijke controle omvat hetzij directe of indirecte participatie van een vennootschap in het beheer, de controle of het kapitaal van de andere betrokken vennootschap, hetzij directe of indirecte participatie van een derde in het beheer, de controle of het kapitaal van de beide andere betrokken vennootschappen.

- 14 Tot de wijziging van die regels in 2004 werd aangenomen dat er geen potentieel voordeel voor één van de betrokken partijen in de zin van deze regeling was, wanneer de andere partij bij de transactie eveneens in het Verenigd Koninkrijk belastingplichtig was en aan een aantal andere voorwaarden werd voldaan.
- 15 Die regels werden in 2004 zodanig gewijzigd dat zij ook gelden wanneer beide partijen bij de transactie in het Verenigd Koninkrijk belastingplichtig zijn.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 16 Het hoofdgeding is een geding van het soort „group litigation” betreffende onderkapitalisatie („Thin Cap Group Litigation”), bestaande uit een aantal vorderingen tot terugbetaling en/of vergoeding die groepen van vennootschappen na het arrest van 12 december 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, Jurispr. blz. I-11779), bij de High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, tegen de Commissioners of Inland Revenue hebben ingesteld.
- 17 Elk van de zaken die de verwijzende rechter voor de onderhavige prejudiciële verwijzing als testcase heeft uitgekozen betreft een in het Verenigd Koninkrijk ingezeten vennootschap die voor ten minste 75 % direct of indirect in handen is van een niet-ingezeten moedermaatschappij en een lening heeft gekregen, hetzij van deze moedermaatschappij, hetzij van een andere niet-ingezeten vennootschap die voor ten minste 75 % direct of indirect een dochteronderneming van deze moedermaatschappij is.

- 18 Het betreft enerzijds leningen die aan een in het Verenigd Koninkrijk ingezeten vennootschap zijn verstrekt door een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, waarbij die twee vennootschappen deel uitmaken van dezelfde groep van vennootschappen met aan het hoofd een in laatstgenoemde lidstaat gevestigde moedermaatschappij. Dit is het geval bij een aantal van die testcases, namelijk die betreffende de groepen Lafarge en Volvo, waarin de vennootschap die de lening heeft verstrekt en de moedermaatschappij in dezelfde lidstaat zijn gevestigd, in casu in Frankrijk respectievelijk Zweden.
- 19 Anderzijds betreft een aantal van die testcases een in het Verenigd Koninkrijk ingezeten vennootschap die behoort tot een groep van vennootschappen met aan het hoofd een in een derde land — namelijk de Verenigde Staten van Amerika — gevestigde moedermaatschappij en een lening heeft verkregen van een andere vennootschap van dezelfde groep die op haar beurt is gevestigd in hetzij een andere lidstaat (dit is het geval bij een eerste soort vordering van de Caterpillar-groep betreffende een lening verstrekt door een in Ierland gevestigde vennootschap), hetzij een derde land (dit is het geval bij een tweede soort vordering van de Caterpillar-groep betreffende een lening verleend door een in Zwitserland gevestigde vennootschap), dan wel nog een andere lidstaat, maar opereert via een in een derde land gevestigd filiaal (dit is het geval bij de PepsiCo-groep, waarin de vennootschap die de lening verstrekt in Luxemburg is gevestigd, maar opereert via een in Zwitserland gevestigd filiaal).
- 20 Volgens de verwijzingsbeslissing hebben sommige verzoekende vennootschappen een deel van die leningen omgezet in aandelen teneinde te vermijden dat de op het restant van die leningen betaalde rente krachtens de in het Verenigd Koninkrijk geldende wettelijke regeling als winstuitkering wordt aangemerkt. Een aantal verzoeksters in het hoofdgeding heeft met de belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk een overeenkomst gesloten over de wijze waarop die wettelijke regeling zou worden toegepast en waarin was vastgelegd onder welke voorwaarden die belastingdienst de leningen zou beoordelen die in de komende jaren binnen de groep van vennootschappen zouden worden verstrekt.
- 21 Na het reeds aangehaalde arrest Lankhorst-Hohorst hebben verzoeksters in het hoofdgeding vorderingen ingesteld tot terugbetaling en/of vergoeding van de fiscale

nadelen die zij door de toepassing te hunnen aanzien van de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk zouden hebben geleden, waaronder, met name, de extra vennootschapsbelasting die zij hadden betaald na het besluit van de belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk om niet toe te staan dat de betaalde rente van hun belastbare winst werd afgetrokken en/of om die aftrek te beperken, alsmede de extra belasting als gevolg van de omzetting door die vennootschappen van geleend geld in aandelen.

22 Daarop heeft de High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Verzetten de artikelen 43 EG, 49 EG of 56 EG zich ertegen dat een lidstaat (hierna: ‚lidstaat van de kredietnemer’) bepalingen als die van Sections 209, 212 en Schedule 28AA van de [ICTA] (hierna: ‚nationale bepalingen’) handhaaft en toepast, die beperkingen stellen aan de mogelijkheid van een in die lidstaat gevestigde onderneming (hierna: ‚kredietnemer’) om de rente op een lening die haar door een directe of indirecte buitenlandse moedermaatschappij is verstrekt, af te trekken van de belasting, waar die beperkingen voor de kredietnemer niet zouden gelden indien de moedermaatschappij in hetzelfde land als de kredietnemer was gevestigd?

2) Maakt het voor de beantwoording van de eerste vraag verschil, en zo ja, in hoeverre, wanneer:

a) de lening niet door de moedermaatschappij van de kredietnemer wordt verstrekt, maar door een andere vennootschap (hierna: ‚kredietgever’) van

dezelfde groep met eenzelfde gemeenschappelijke directe of indirecte moedermaatschappij als de kredietnemer en indien zowel de gemeenschappelijke moedermaatschappij als de kredietgever in andere lidstaten zijn gevestigd dan de kredietnemer;

b) de kredietgever in een andere lidstaat is gevestigd dan de kredietnemer, maar alle gemeenschappelijke directe of indirecte moedermaatschappijen van de kredietnemer en de kredietgever in een derde land zijn gevestigd;

c) alle gemeenschappelijke directe of indirecte moedermaatschappijen van de kredietgever en van de kredietnemer in derde landen zijn gevestigd en de kredietgever, die in een andere lidstaat is gevestigd dan de kredietnemer, de lening aan de kredietnemer verstrekt via een van haar in een derde land gevestigde filialen;

d) de kredietgever en alle gemeenschappelijke directe of indirecte moedermaatschappijen van de kredietgever en de kredietnemer in derde landen zijn gevestigd?

3) Maakt het voor de beantwoording van de eerste en de tweede vraag verschil wanneer kan worden aangetoond dat de verstrekking van de lening misbruik van recht vormde of deel uitmaakte van een constructie bedoeld om de

belastingwetgeving van de lidstaat van de kredietnemer te omzeilen? Zo ja, aan de hand van welke criteria zou volgens het Hof in gevallen als de onderhavige moeten worden bepaald wanneer van een dergelijk misbruik of een dergelijke constructie sprake is?

- 4) Indien er sprake is van een beperking van het vrij verkeer van kapitaal tussen de lidstaten en derde landen in de zin van artikel 56 EG, bestond die beperking dan op 31 december 1993 in de zin van artikel 57 EG?

- 5) Ingeval een van de in de eerste of de tweede vraag genoemde punten in strijd is met de artikelen 43 EG, 49 EG of 56 EG, moeten dan in omstandigheden waarin de kredietnemer of andere vennootschappen van haar groep (hierna: „verzoeksters”) de volgende vorderingen instellen:
 - a) terugbetaling van de extra vennootschapsbelasting die de kredietnemer heeft betaald doordat zij de aan de kredietgever betaalde rente niet in aftrek heeft kunnen brengen op haar belastbare winst voor de vennootschapsbelasting, terwijl deze rentebetalingen in aftrek hadden kunnen worden gebracht op de winst van de kredietnemer indien de kredietgever eveneens was gevestigd in het land van vestiging van de kredietnemer;

 - b) terugbetaling van de extra vennootschapsbelasting die de kredietnemer heeft betaald, waar het volledige bedrag van de rente op de lening in feite aan de

kredietgever is betaald, maar het recht op aftrek van deze rente als gevolg van de nationale bepalingen of de toepassing ervan door de belastingdienst is beperkt;

- c) terugbetaling van de extra vennootschapsbelasting die de kredietnemer heeft betaald, waar het bedrag van de rente op de leningen van de kredietgever dat van de winst van de kredietnemer mocht worden afgetrokken, is verminderd omdat het op grond van de nationale bepalingen of de toepassing ervan door de belastingdienst eerder om aandelenkapitaal dan om een lening ging dan wel om de vervanging van de bestaande lening door aandelenkapitaal;

- d) terugbetaling van de extra vennootschapsbelasting die de kredietnemer heeft betaald, waar de op de leningen van de kredietgever betaalde rente die van de winst van de kredietnemer mocht worden afgetrokken, op grond van de nationale bepalingen of de toepassing door de belastingdienst ervan is verminderd door verlaging van de rentevoet van de lening (of doordat de lening renteloos is geworden);

- e) teruggaaf of vergoeding van verliezen of andere belastingverlichtingen of -kredieten van de kredietnemer (of aan deze vennootschap doorgegeven door andere in dezelfde staat gevestigde en tot dezelfde groep behorende vennootschappen) die deze vennootschap heeft verrekend met de in de punten a, b of c hierboven bedoelde extra vennootschapsbelastingsschuld,

maar die anders voor een ander doel of ter verrekening in latere periodes hadden kunnen worden gebruikt;

- f) terugbetaling van de niet-gebruikte voorheffing op de vennootschapsbelasting die de kredietnemer heeft betaald op de als uitkeringen geherkwalificeerde rentebetalingen aan de kredietgever;

- g) teruggaaf of vergoeding van de bedragen die als voorheffing op de vennootschapsbelasting in de in punt f hierboven vermelde omstandigheden zijn voldaan, maar die vervolgens zijn verrekend met de vennootschapsbelastingsschuld van de kredietnemer;

- h) vergoeding van de door verzoeksters gemaakte kosten om de nationale bepalingen en de toepassing daarvan door de belastingdienst na te leven;

- i) teruggaaf of vergoeding van gederfde winst op het in de omstandigheden van punt c als eigen vermogen geïnvesteerd (of in eigen vermogen omgezet) vreemd vermogen, en

- j) teruggaaf of vergoeding van alle belastingsschulden die zijn ontstaan voor de kredietgever in diens land van vestiging over de aangenomen of toege-

rekende ontvangst van rentebetalingen van de kredietnemer, die krachtens de in vraag 1 vermelde nationale bepalingen als uitkering zijn geherkwalificeerd;

deze vorderingen gemeenschapsrechtelijk worden beschouwd als:

— vorderingen tot teruggaaf of terugbetaling van ten onrechte geheven bedragen, die voortvloeien uit en verbonden zijn met de schending van voormelde gemeenschapsbepalingen;

— vorderingen tot schadevergoeding, of

— vorderingen tot betaling van een bedrag overeenkomend met een ten onrechte geweigerd voordeel?

6) Indien op enig onderdeel van vraag 5 moet worden geantwoord dat de vorderingen vorderingen tot betaling van een ten onrechte geweigerd voordeel zijn:

a) vloeien die vorderingen dan voort uit en zijn zij verbonden met het door voormelde gemeenschapsbepalingen toegekende recht, of

b) moet zijn voldaan aan alle of sommige van de voorwaarden voor terugvordering als vastgelegd in het arrest van het Hof van 5 maart 1996, Brasserie du Pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029), of

c) moet zijn voldaan aan andere voorwaarden?

7) Maakt het enig verschil of de in vraag 6 bedoelde vorderingen naar nationaal recht vorderingen tot teruggaaf of vorderingen tot schadevergoeding zijn?

8) Welke richtsnoeren kan het Hof in de onderhavige zaken geven ten aanzien van de omstandigheden waarmee de nationale rechter rekening moet houden om te bepalen of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending in de zin van het (reeds aangehaalde) arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame, [...] in het bijzonder of de schending gelet op de stand van de rechtspraak inzake de uitlegging van de relevante gemeenschapsbepalingen, verschoonbaar was?

9) Kan er in beginsel een rechtstreeks causaal verband (in de zin van het arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame [...]) zijn tussen een schending van de artikelen 43 EG, 49 EG en 56 EG en de verliezen van de in vraag 5 a-h, bedoelde categorieën die volgens verzoeksters daaruit zouden voortvloeien? Zo ja, welke

richtsnoeren kan het Hof geven ten aanzien van de omstandigheden waarmee de nationale rechter rekening moet houden om te bepalen of er sprake is van een rechtstreeks causaal verband?

- 10) Kan de nationale rechter bij de vaststelling van de voor vergoeding vatbare schade in aanmerking nemen of de benadeelde personen zich redelijke inspanningen hebben getroost om de schade te voorkomen of de omvang ervan te beperken, meer in het bijzonder door gebruik te maken van beroepsmogelijkheden waarmee eventueel had kunnen worden vastgesteld dat de nationale bepalingen (wegens de toepassing van belastingverdragen) niet de in vraag 1 genoemde beperkingen opleggen? Wordt het antwoord op deze vraag beïnvloed door de opvattingen van partijen in de relevante periodes over de werking van de belastingverdragen?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste en derde vraag

- ²³ Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 43 EG, 49 EG of 56 EG zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die een beperking stelt aan de mogelijkheid van een ingezeten vennootschap om de rente op een lening die haar door een directe of indirecte niet-ingezeten moedermaatschappij is verstrekt, af te trekken van de belasting, waar die beperking

voor de ingezeten vennootschap niet zou gelden indien de rente was betaald op een lening verstrekt door een in eerstgenoemde lidstaat ingezeten moedermaatschappij.

- 24 Deze vraag moet samen worden behandeld met de derde vraag, waarmee de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of het voor de beantwoording van de eerste vraag verschil maakt wanneer kan worden aangetoond dat de verstrekking van de lening misbruik van recht vormde of deel uitmaakte van een constructie bedoeld om de belastingwetgeving van de lidstaat van vestiging van de kredietnemer te omzeilen.
- 25 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, doch dat deze niettemin verplicht zijn, die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen (zie onder meer arresten van 8 maart 2001, *Metallgesellschaft e.a.*, C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punt 37; 13 december 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 29, en 12 december 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, Jurispr. blz. I-11673, punt 36).

Toepasselijke vrijheden van verkeer

- 26 Voor zover de verwijzende rechter het Hof vragen stelt over de uitlegging van zowel artikel 43 EG betreffende de vrijheid van vestiging en artikel 49 EG betreffende de vrijheid van dienstverrichting als artikel 56 EG betreffende het vrije verkeer van kapitaal, moet worden bepaald of een nationale wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is onder die vrijheden kan vallen.

- 27 Volgens vaste rechtspraak vallen nationale bepalingen die van toepassing zijn op de deelneming door een onderdaan van de betrokken lidstaat in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, die hem een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, binnen de materiële werkingssfeer van de bepalingen van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van vestiging (zie in die zin arresten van 13 april 2000, Baars, C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 22; 21 november 2002, X en Y, C-436/00, Jurispr. blz. I-10829, punt 37, en 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 31).
- 28 Zoals de advocaat-generaal in de punten 33 en 34 van zijn conclusie heeft opgemerkt, gelden de betrokken nationale bepalingen, op grond waarvan rente die een ingezeten vennootschap (hierna: „kredietnemer”) op een lening van een niet-ingezeten vennootschap (hierna: „kredietgever”) betaalt als winstuitkering wordt geherkwalificeerd, in casu alleen voor situaties waarin de kredietgever een zodanige invloed op de kredietnemer heeft of zelf wordt gecontroleerd door een vennootschap die een dergelijke invloed heeft.
- 29 Wat de vóór de wijzigingen in 1998 van kracht zijnde wettelijke regeling betreft, de relevante bepalingen van de ICTA golden voor leningen van een niet-ingezeten vennootschap aan een ingezeten dochtermaatschappij waarvan zij 75 % van het kapitaal hield of wanneer de beide vennootschappen voor 75 % dochter van een derde vennootschap waren.
- 30 Wat de in 1998 tot stand gekomen wijzigingen betreft, de wettelijke regeling in kwestie geldt alleen wanneer de beide betrokken vennootschappen onder gemeen-

schappelijke controle staan in de zin dat de één direct of indirect participeert in het bestuur, de controle of het kapitaal van de andere betrokken vennootschap of een derde persoon direct of indirect participeert in het bestuur, de controle of het kapitaal van de beide andere betrokken vennootschappen.

- 31 Zoals de Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft opgemerkt, betreft een wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is, die wil optreden tegen onderkapitalisatie („thin capitalisation”) van ingezetenen vennootschappen door een niet-ingezetenen gelieerde vennootschap, immers alleen situaties waarin laatstgenoemde vennootschap een mate van controle uitoefent over andere vennootschappen van dezelfde groep waardoor zij de financieringskeuze van die andere vennootschappen kan beïnvloeden, in het bijzonder de vraag of die vennootschappen door middel van een lening of een kapitaalbreng moeten worden gefinancierd.
- 32 Voorts blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de zaken die in het kader van het geding voor de verwijzende rechter als testcase zijn gekozen, betrekking hebben op in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen die direct of indirect voor ten minste 75 % in handen zijn van een niet-ingezetenen moedermaatschappij of van een andere niet-ingezetenen vennootschap die eveneens voor ten minste 75 % direct of indirect dochter is van die moedermaatschappij.
- 33 Een wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is, die alleen de relaties binnen een groep van vennootschappen betreft, grijpt hoofdzakelijk in de vrijheid van vestiging in en moet dus worden getoetst aan artikel 43 EG (zie in die zin arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald, punt 32, en arrest van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punt 118).

- 34 Zo deze wettelijke regeling, zoals verzoeksters in het hoofdgeding stellen, het vrij verrichten van diensten en het vrije verkeer van kapitaal beperkt, zijn deze beperkingen een onvermijdelijk gevolg van een eventuele belemmering van de vrijheid van vestiging en rechtvaardigen zij niet dat die wettelijke regeling wordt getoetst aan de artikelen 49 EG en 56 EG (zie in die zin arrest van 14 oktober 2004, Omega, C-36/02, Jurispr. blz. I-9609, punt 27; arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald, punt 33, en arrest van 3 oktober 2006, Fidium Finanz, C-452/04, Jurispr. blz. I-9521, punten 48 en 49).
- 35 De gestelde vragen behoeven dus alleen in het licht van artikel 43 EG te worden beantwoord.

Bestaan van een beperking van de vrijheid van vestiging

- 36 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 dochteronderneming, een filiaal of een agentschap (zie onder meer arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35, en arresten Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 30, en Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald, punt 41).

- 37 Voor vennootschappen dient hun zetel in de zin van artikel 48 EG, naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen, ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een staat. Indien de lidstaat van vestiging van een dochtermaatschappij vrijelijk een andere behandeling op die dochter zou mogen toepassen alleen omdat de zetel van haar moedermaatschappij 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, en 13 juli 1993, Commerzbank, C-330/91, Jurispr. blz. I-4017, punt 13; arresten Metallgesellschaft e.a., reeds aangehaald, punt 42, en Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 37). De vrijheid van vestiging beoogt dus het voordeel van de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst te garanderen, door elke discriminatie op grond van de plaats van de zetel van vennootschappen te verbieden (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Commissie/Frankrijk, punt 14, en Saint-Gobain ZN, punt 35).
- 38 In casu bepalen de nationale regels betreffende onderkapitalisatie dat de rente die een vennootschap aan een andere vennootschap van dezelfde groep betaalt op een door laatstgenoemde vennootschap verstrekte lening, onder bepaalde omstandigheden wordt gekwalificeerd als winstuitkering, zodat de kredietnemer de betaalde rente niet van de belastbare winst mag aftrekken.
- 39 Blijkens het dossier kan het feit dat de aan een gelieerde vennootschap betaalde rente als winstuitkering wordt gekwalificeerd de belastingdruk van de kredietnemer verzwaren, niet alleen omdat de belastbare winst niet kan worden verminderd met het bedrag van de betaalde rente, maar ook omdat die vennootschap door de kwalificatie van die rente als winstuitkering op het moment van die handeling verplicht kan worden de voorheffing op de vennootschapsbelasting te betalen.

- 40 Vastgesteld zij dat de nationale bepalingen betreffende onderkapitalisatie een verschil in behandeling van ingezeten kredietnemers invoeren, naargelang de gelieerde kredietgever al dan niet in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd.
- 41 Wat enerzijds de tot in 1995 van kracht zijnde nationale wettelijke regeling betreft, het is juist dat de door een ingezeten vennootschap betaalde rente in beginsel als winstuitkering werd gekwalificeerd voor zover deze het bedrag van een redelijke commerciële vergoeding voor de betrokken lening overschreed, of de kredietgever nu een ingezeten vennootschap was of niet. Betaalde een ingezeten vennootschap echter rente aan een niet-ingezeten gelieerde vennootschap, dan werd die rente, afgezien van de gevallen die onder een belastingverdrag vielen dat de toepassing van de nationale wettelijke regeling verhinderde, altijd als winstuitkering behandeld, zelfs indien deze een redelijke commerciële opbrengst voor de lening vormde.
- 42 Wat anderzijds de nationale wettelijke regeling betreft zoals die tussen 1995 en 1998 van toepassing was, de bepaling op grond waarvan rente die een vennootschap betaalde aan een andere vennootschap van dezelfde groep, gelijk werd gesteld met een winstuitkering wanneer die rente meer bedroeg dan hetgeen zou zijn overeengekomen bij gebreke van een bijzondere relatie tussen de betaler en de ontvanger van die rente of tussen die partijen en een derde, gold niet wanneer zowel de kredietnemer als de kredietgever in het Verenigd Koninkrijk belastingplichtig was.
- 43 Evenzo viel op grond van de tussen 1998 en 2004 geldende wettelijke regeling rente die tussen vennootschappen van dezelfde groep werd betaald onder de regels betreffende transfer pricing, wanneer deze betrekking had op een transactie die

onder andere voorwaarden tot stand was gekomen dan wanneer die vennootschappen niet tot dezelfde groep hadden behoord en de in het kader van die transactie overeengekomen voorwaarden één van de betrokkenen een potentieel voordeel voor de toepassing van de belastingwetgeving in het Verenigd Koninkrijk hadden gegeven. Blijkens die wettelijke regeling werd een dergelijk voordeel geacht niet te bestaan wanneer werd voldaan aan bepaalde voorwaarden, in het bijzonder het feit dat de andere partij bij de transactie eveneens in het Verenigd Koninkrijk belastingplichtig was.

- 44 Voor zover een vennootschap in het Verenigd Koninkrijk belastingplichtig is indien zij aldaar is gevestigd of door middel van een filiaal of agentschap een economische activiteit uitoefent, bevatten de tussen 1995 en 2004 geldende bepalingen voornamelijk beperkingen voor leningen verleend door niet-ingezeten moedermaatschappijen.
- 45 Hieruit volgt dat zelfs vóór 1995 en in elk geval tussen 1995 en 2004 in het geval van rente die een ingezeten vennootschap betaalde op een lening van een niet-ingezeten gelieerde vennootschap, de fiscale situatie van eerstgenoemde vennootschap minder gunstig was dan die van een ingezeten kredietnemer die een lening had gekregen van een ingezeten gelieerde vennootschap.
- 46 Met betrekking tot de verenigbaarheid van dit verschil in behandeling met de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging stellen de Duitse regering en die van het Verenigd Koninkrijk in de eerste plaats dat die bepalingen niet van toepassing zijn op een nationale regeling die slechts erop gericht is uitvoering te geven aan de fiscale bevoegdheid zoals die, overeenkomstig de op internationaal niveau erkende beginselen, is verdeeld in de door het Verenigd Koninkrijk gesloten belastingverdragen.

- 47 In dit verband verwijzen die regeringen naar het beginsel dat de lidstaten de winst van tot eenzelfde groep behorende vennootschappen mogen verdelen op basis van de regel van „arm’s length” of van „vergelijking met derde”, die onder meer is neergelegd in artikel 9 van het modelverdrag inzake inkomsten en vermogen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO). De Duitse regering voegt hieraan toe dat volgens die regel de staat van vestiging van de kredietgever bevoegd is om de ontvangen rente te belasten indien de betrokken transactie gelijk is aan een transactie tussen derden, terwijl die bevoegdheid in het andere geval bij de staat van vestiging van de kredietnemer berust.
- 48 Met betrekking tot de uitvoering van dit beginsel stelt de regering van het Verenigd Koninkrijk dat het merendeel van de belastingverdragen die deze lidstaat heeft gesloten een bepaling bevatten op grond waarvan de respectieve bevoegde autoriteiten een compenserende correctie mogen uitvoeren, waardoor tegenover elke verhoging van de in de staat van de kredietnemer belastbare winst een overeenkomstige verlaging staat van de belastbare winst in de staat waarin de kredietgever is gevestigd.
- 49 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de lidstaten bij gebreke van communautaire unificatie- of harmonisatiemaatregelen bevoegd blijven om, door het sluiten van overeenkomsten of unilateraal, de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid vast te stellen teneinde onder meer dubbele belasting af te schaffen (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, en 14 november 2006, Kerckhaert en Morres, C-513/04, Jurispr. blz. I-10967, punten 22 en 23). In dat verband staat het aan de lidstaten om de maatregelen te nemen die nodig zijn om dubbele belasting te voorkomen, door met name de in de internationale belastingpraktijk, daaronder begrepen de door de OESO uitgewerkte modelverdragen, gehanteerde verdelingscriteria toe te passen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Gilly, punt 31, N, punt 45, en Kerckhaert en Morres, punt 23).

50 De in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepalingen zijn evenwel niet het gevolg van een eenvoudige verdeling van bevoegdheden tussen het Verenigd Koninkrijk en de landen waarmee het belastingverdragen heeft gesloten.

51 Vóór de wijzigingen van de wettelijke regeling in 1995 schreven die nationale regels weliswaar voor dat, tenzij in een belastingverdrag anders bepaald, de door een ingezeten vennootschap betaalde rente op een lening verstrekt door een niet-ingezeten gelieerde vennootschap als winstuitkering moest worden aangemerkt, doch die bepalingen weerspiegelden daarmee een eenzijdige keuze van de wetgever van het Verenigd Koninkrijk. Hetzelfde gold vóór de wijzigingen in 1998 voor in een dergelijke context betaalde rente wanneer deze meer bedroeg dan hetgeen onder normale omstandigheden zou zijn betaald, alsmede, na de wijzigingen van de wettelijke regeling in 1998, voor transacties tussen twee onder gemeenschappelijke controle staande vennootschappen die onder andere voorwaarden tot stand zijn gekomen dan van toepassing zouden zijn geweest indien de vennootschappen niet onder gemeenschappelijke controle hadden gestaan, met name wanneer die voorwaarden één van de partijen bij de transactie een potentieel fiscaal voordeel voor de toepassing van de belastingwetgeving in het Verenigd Koninkrijk gaven.

52 Deze bepalingen beoogden niet zozeer dubbele belasting van in het Verenigd Koninkrijk behaalde winst te vermijden, maar weerspiegelden de keuze van die lidstaat om zijn belastingstelsel zo te organiseren dat dergelijke winst niet door middel van een stelsel van onderkapitalisatie van ingezeten dochtermaatschappijen door niet-ingezeten gelieerde vennootschappen in die lidstaat aan belastingheffing werd onttrokken. Zoals de advocaat-generaal in de punten 55 en 56 van zijn conclusie heeft opgemerkt, wordt aan het eenzijdige karakter van de bepalingen die bepaalde aan niet-ingezeten vennootschappen betaalde rente kwalificeren als

winstuitkering, niet afgedaan door het feit dat die lidstaat zich voor die kwalificatie heeft laten inspireren door op internationaal niveau erkende beginselen en zelfs niet door de omstandigheid dat die lidstaat de toepassing van zijn nationale wettelijke regeling voor in bepaalde andere landen gevestigde kredietgevers vergezeld heeft willen doen gaan van belastingverdragen die bepalingen bevatten strekkende tot vermijding of verlichting van de dubbele belasting die door die kwalificatie kon ontstaan.

- 53 Zelfs al werd voorts met de toepassing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepalingen in sommige gevallen slechts uitvoering gegeven aan in belastingverdragen vastgestelde criteria, dit neemt niet weg dat de lidstaten bij de uitoefening van de aldus verdeelde heffingsbevoegdheid de gemeenschapsregels niet naast zich mogen neerleggen (zie in die zin arresten *Saint-Gobain ZN*, reeds aangehaald, punten 58 en 59, en van 12 december 2002, *De Groot*, C-385/00, *Jurispr.* blz. I-11819, punt 94) en, meer bepaald, de vrijheid van vestiging zoals die door artikel 43 EG wordt gegarandeerd.
- 54 Wat ten slotte het feit betreft dat de verhoging van de belastbare winst als gevolg van een herkwalificatie van de rente op grond van de bepalingen van een belastingverdrag kan worden gecompenseerd door een overeenkomstige verlaging van de in de staat van vestiging van de kredietgever belastbare winst, het is juist dat, aangezien de belastingregeling die voortvloeit uit een belastingverdrag deel uitmaakt van het in het hoofdgeding toepasselijk rechtskader en als zodanig door de verwijzende rechterlijke instantie is gepresenteerd, het Hof hiermee rekening dient te houden om een voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te geven (zie in die zin arresten van 7 september 2004, *Manninen*, C-319/02, *Jurispr.* blz. I-7477, punt 21, en 19 januari 2006, *Bouanich*, C-265/04, *Jurispr.* blz. I-923, punten 51-55; arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 71, en arrest van 14 december 2006, *Denkavit Internationaal en Denkavit France*, C-170/05, *Jurispr.* blz. I-11949, punt 45).

- 55 Uit de stukken blijkt echter niet dat wanneer de door een ingezeten vennootschap aan een niet-ingezeten gelieerde vennootschap betaalde rente op grond van de in het Verenigd Koninkrijk geldende wettelijke regeling wordt gekwalificeerd als winstuitkering, de toepassing van die nationale wettelijke regeling in samenhang met de bepalingen van een belastingverdrag de verhoging van de belastingdruk als gevolg van de correctie die in de belastbare winst van de kredietnemer wordt aangebracht, algemeen kan neutraliseren. Verzoeksters in het hoofdgeding zijn het in dat verband niet eens met de stelling van de regering van het Verenigd Koninkrijk dat het fiscale nadeel dat voor een groep van vennootschappen ontstaat door de toepassing van de nationale bepalingen betreffende ondercapitalisatie, op grond van de belastingverdragen die het Verenigd Koninkrijk met andere lidstaten heeft gesloten alsmede door de toepassing van Verdrag 90/436/EEG van 23 juli 1990 ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen (PB L 225, blz. 10), altijd is gecompenseerd door een overeenkomstig voordeel.
- 56 Zelfs al kan een fiscaal voordeel dat in de staat van vestiging van de kredietgever wordt verleend de belastingdruk neutraliseren die voor de kredietnemer ontstaat door de toepassing van de wettelijke regeling van zijn staat van vestiging, uit de stukken blijkt niet dat elke verhoging van de belastbare winst van de kredietnemer als gevolg van de herkwalificatie van aan een niet-ingezeten gelieerde vennootschap betaalde rente, op grond van de toepassing van de in het Verenigd Koninkrijk geldende wettelijke regeling in samenhang met de door die lidstaat gesloten belastingverdragen, geneutraliseerd wordt door de toekenning van een fiscaal voordeel aan laatstgenoemde vennootschap in haar staat van vestiging.
- 57 In de tweede plaats stelt de regering van het Verenigd Koninkrijk dat de verschillende behandeling door de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling niet een rechtstreekse en zekere belemmering voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging vormt, aangezien deze noch tot doel noch tot gevolg heeft dat de uitoefening, in het Verenigd Koninkrijk, van de vrijheid van vestiging door in andere lidstaten gevestigde vennootschappen minder aantrekkelijk wordt.

- 58 Volgens die regering en de Duitse regering discrimineert de in het Verenigd Koninkrijk geldende wettelijke regeling niet, maar maakt zij slechts onderscheid tussen situaties die niet vergelijkbaar zijn. Die regeringen preciseren namelijk dat een groep van vennootschappen slechts in een grensoverschrijdende context, door financiering van een in het Verenigd Koninkrijk ingezeten dochtermaatschappij met leningen in plaats van met aandelen, een „winstoverdracht” kan organiseren naar een andere lidstaat waar over die winst minder belasting zal worden geheven, zodat de door de ingezeten dochtermaatschappij behaalde winst aan belastingheffing in het Verenigd Koninkrijk ontkomt. Bovendien heeft alleen een buitenlandse moedermaatschappij de keuze om zich te vestigen in de staat waarin de rente tegen een bijzonder laag tarief wordt belast of zelfs is vrijgesteld van belasting.
- 59 Dienaangaande zij opgemerkt dat de verschillende behandeling waaraan dochtermaatschappijen van niet-ingezeten moedermaatschappijen in het kader van een wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is worden onderworpen in vergelijking met dochtermaatschappijen van ingezeten moedermaatschappijen, de vrijheid van vestiging kan beperken, zelfs al is de situatie van een grensoverschrijdende groep van vennootschappen op fiscaal niveau niet vergelijkbaar met die van een groep van vennootschappen die alle in dezelfde lidstaat zijn gevestigd.
- 60 Het is juist dat binnen een groep van vennootschappen het risico dat de financiering van een dochtermaatschappij zo wordt geregeld dat winst wordt overgedragen naar een staat waar deze tegen een lager tarief wordt belast, normaliter niet bestaat indien alle betrokken vennootschappen in dezelfde lidstaat aan hetzelfde belastingtarief zijn onderworpen. Dit sluit echter niet uit dat de regels die een lidstaat specifiek met het oog op de situatie van grensoverschrijdende groepen heeft vastgesteld in bepaalde gevallen een beperking van de vrijheid van vestiging van de betrokken vennootschappen kunnen vormen.
- 61 Voorts zij opgemerkt dat een verschil in behandeling tussen ingezeten dochterondernemingen op grond van de plaats van de zetel van hun moedermaatschappij

een beperking van de vrijheid van vestiging vormt, 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 Lankhorst-Hohorst, reeds aangehaald, punt 32).

62 Anders dan de regering van het Verenigd Koninkrijk stelt, volstaat het om een dergelijke wettelijke regeling te kunnen aanmerken als een beperking van de vrijheid van vestiging, dat deze de uitoefening van die vrijheid in een lidstaat door in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen kan beperken, zonder dat behoeft 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.

63 Hieruit volgt dat de verschillende behandeling waaraan ingezetene kredietnemers in het kader van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepalingen inzake onderkapitalisatie, op basis van de plaats van de zetel van de gelieerde kredietgever worden onderworpen, een beperking van de vrijheid van vestiging vormt.

Rechtvaardiging van de beperking van de vrijheid van vestiging

64 Een dergelijke beperking 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, alsmede Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, punt 47).

- 65 De regering van het Verenigd Koninkrijk, ondersteund door de Duitse regering, stelt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepalingen gerechtvaardigd worden door de noodzaak om de samenhang van het nationale belastingstelsel te garanderen én door die van de bestrijding van belastingontduiking. Volgens eerstgenoemde regering gaat het in feite om twee facetten van eenzelfde doel, namelijk te zorgen voor een billijke en samenhangende belastingregeling.

— Noodzaak om de samenhang van het nationale belastingstelsel te verzekeren

- 66 Wat in de eerste plaats de noodzaak betreft om de samenhang van het nationale belastingstelsel te garanderen, stelt de regering van het Verenigd Koninkrijk dat de nationale wettelijke regeling, door te garanderen dat „heimelijke” dividenduitkeringen één keer en in het juiste belastinggebied worden belast, door middel van de gesloten belastingverdragen verzekert dat de eventuele verhoging van de in het Verenigd Koninkrijk belastbare winst zal worden gecompenseerd door een overeenkomstige verlaging van de winst van de kredietgever die in zijn staat van vestiging wordt belast. In de zaak die tot het reeds aangehaalde arrest Lankhorst-Hohorst heeft geleid, bestond er daarentegen geen gelijkwaardige bepaling in het belastingverdrag tussen de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk der Nederlanden.

- 67 De Duitse regering voegt hieraan toe dat wanneer de kredietnemer en de kredietgever in dezelfde lidstaat zijn gevestigd, het fiscale voordeel waartoe een

rentebetaling leidt, namelijk dat deze in mindering komt op de belastbare winst van de kredietnemer, altijd wordt gecompenseerd door een overeenkomstig fiscaal nadeel voor de kredietgever, namelijk de belasting van de ontvangen rente. Dat een dergelijke compensatie niet is verzekerd in een situatie waarin de kredietgever in een andere lidstaat is gevestigd, is voor de lidstaten aanleiding om hun heffingsbevoegdheid te verdelen naargelang de betrokken transactie tot stand is gekomen onder soortgelijke voorwaarden als die welke tussen onafhankelijke vennootschappen gelden.

- 68 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het Hof in de punten 28 respectievelijk 21 van de arresten van 28 januari 1992, *Bachmann* (C-204/90, Jurispr. blz. I-249), en *Commissie/België* (C-300/90, Jurispr. blz. I-305), heeft erkend dat de noodzaak om de samenhang van een belastingstelsel te verzekeren een beperking van de uitoefening van de door het Verdrag gegarandeerde fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen. Een argument op basis van een dergelijke rechtvaardiging kan echter enkel worden aanvaard indien wordt bewezen dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken fiscale voordeel en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde heffing (zie in die zin arrest van 14 november 1995, *Svensson en Gustavsson*, C-484/93, Jurispr. blz. I-3955, punt 18; arrest *Manninen*, reeds aangehaald, punt 42, en arrest van 23 februari 2006, *Keller Holding*, C-471/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 40).
- 69 Zoals in de punten 55 en 56 van het onderhavige arrest is opgemerkt, al kan een fiscaal voordeel dat in de staat van vestiging van de kredietgever wordt verleend de belastingdruk neutraliseren die voor de kredietnemer ontstaat door de toepassing van de wettelijke regeling van zijn staat van vestiging, de regeringen die opmerkingen hebben ingediend hebben niet aangetoond dat elke verhoging van de belastbare winst van de kredietnemer als gevolg van de her kwalificatie van aan een niet-ingezeten gelieerde vennootschap betaalde rente, op grond van de toepassing van de in het Verenigd Koninkrijk geldende wettelijke regeling in samenhang met de door die lidstaat gesloten belastingverdragen, geneutraliseerd wordt door de toekenning van een fiscaal voordeel aan laatstgenoemde vennootschap in haar staat van vestiging.

70 In deze omstandigheden kan de beperking van de vrijheid van vestiging als gevolg van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepalingen dus niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak, de samenhang van het nationale belastingstelsel te verzekeren.

— Redenen ontleend aan de bestrijding van misbruik

71 Wat in de tweede plaats de overwegingen verband houdende met de strijd tegen belastingontduiking betreft, beklemtoont de regering van het Verenigd Koninkrijk dat, anders dan de Duitse wettelijke regeling in de zaak die tot het reeds aangehaalde arrest Lankhorst-Hohorst heeft geleid, de nationale bepalingen betreffende onderkapitalisatie gericht zijn op een bijzondere vorm van belastingontduiking, namelijk het opzetten van kunstmatige constructies bestemd om de belastingwetgeving van de staat van vestiging van de kredietnemer te omzeilen. De in het Verenigd Koninkrijk geldende bepalingen gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken in die zin dat zij gebaseerd zijn op het op internationaal niveau erkende arm's length-beginsel, zij alleen dat deel van de rente als winstuitkering kwalificeren dat meer bedraagt dan hetgeen zou zijn betaald in het kader van een onder normale omstandigheden tot stand gekomen transactie en zij flexibel worden toegepast, onder meer door te voorzien in een voorafgaande verificatieprocedure.

72 Volgens vaste rechtspraak kan een nationale maatregel die de vrijheid van vestiging beperkt, gerechtvaardigd zijn wanneer hij specifiek gericht is op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de wetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken (zie in die zin arrest van 16 juli 1998, ICI, C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 26, en arresten Lankhorst-Hohorst, reeds aangehaald, punt 37; Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 57, alsmede Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald, punt 51).

- 73 De omstandigheid alleen dat een ingezeten vennootschap een lening krijgt van een in een andere lidstaat gevestigde gelieerde vennootschap is niet voldoende om uit te gaan van een algemeen vermoeden van misbruik en kan geen rechtvaardigingsgrond zijn voor een maatregel die afbreuk doet aan de uitoefening van een bij het Verdrag beschermde fundamentele vrijheid (zie in die zin arrest van 26 september 2000, Commissie/België, C-478/98, Jurispr. blz. I-7587, punt 45; arrest X en Y, reeds aangehaald, punt 62; arrest van 4 maart 2004, Commissie/Frankrijk, C-334/02, Jurispr. blz. I-2229, punt 27, en arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald, punt 50).
- 74 Een beperking van de vrijheid van vestiging kan slechts door de strijd tegen misbruik worden gerechtvaardigd, wanneer zij 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 normaliter verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied (arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald, punt 55).
- 75 Net als de in punt 49 van het reeds aangehaalde arrest Marks & Spencer bedoelde praktijken, die erin bestonden de verliesoverdracht binnen een vennootschapsgroep zo te organiseren dat het verlies wordt overgedragen aan vennootschappen die zijn gevestigd in lidstaten waar het belastingtarief het hoogst en de fiscale waarde van dit verlies dus het grootst is, kan het in het vorige punt beschreven soort gedragingen een aantasting opleveren van het recht van de lidstaten om hun belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op hun grondgebied plaatsvinden, en zo de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar brengen (arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald, punt 56).

- 76 Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk opmerkt, is een nationale wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is, gericht op de praktijk van „onderkapitalisatie”, op grond waarvan een groep van vennootschappen de belasting van door één van haar dochterondernemingen behaalde winst wil verminderen door ervoor te kiezen die dochter met leningen in plaats van met aandelen te financieren, zodat die dochteronderneming winst in de vorm van rente die bij de berekening van haar belastbare winst aftrekbaar is, en niet in de vorm van niet-aftrekbaar dividend, aan een moedermaatschappij kan overdragen. Is de moedermaatschappij gevestigd in een staat met een lager belastingtarief dan het tarief in de staat van vestiging van de dochtermaatschappij, dan kan de belastingschuld dus worden overgedragen naar een staat waar minder belasting wordt geheven.
- 77 Door die rente aan te merken als winstuitkering kan een dergelijke wettelijke regeling praktijken tegengaan die geen ander doel hebben dan het ontduiken van de belasting die normaliter verschuldigd is over winst uit activiteiten op het nationale grondgebied. Hieruit volgt dat een dergelijke wettelijke regeling geschikt is om het doel te verwezenlijken waarvoor zij is vastgesteld.
- 78 Er moet nog worden nagegaan of die wettelijke regeling niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken.
- 79 Zoals het Hof in punt 37 van zijn arrest Lankhorst-Hohorst heeft geoordeeld, voldoet een nationale wettelijke regeling die niet specifiek tot doel heeft volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om die wettelijke regeling te omzeilen, van een belastingvoordeel uit te sluiten, maar in het algemeen van toepassing is op elke situatie waarin de zetel van de moedermaatschappij, om welke reden dan ook, in een andere lidstaat is gelegen, niet aan dat vereiste.

- 80 Een wettelijke regeling van een lidstaat kan daarentegen wel worden gerechtvaardigd door redenen verband houdende met de bestrijding van misbruik, wanneer zij bepaalt dat de door een ingezeten dochtermaatschappij aan een niet-ingezeten moedermaatschappij betaalde rente wordt aangemerkt als winstuitkering uitsluitend indien en voor zover die rente meer bedraagt dan die vennootschappen onder normale voorwaarden zouden zijn overeengekomen, dat wil zeggen commerciële voorwaarden waarover die vennootschappen overeenstemming hadden kunnen bereiken indien zij niet tot dezelfde vennootschapsgroep hadden behoord.
- 81 De omstandigheid dat een ingezeten vennootschap van een niet-ingezeten vennootschap een lening heeft gekregen onder voorwaarden die niet overeenstemmen met hetgeen de betrokken vennootschappen onder normale omstandigheden zouden zijn overeengekomen, vormt voor de lidstaat van vestiging van de kredietnemer immers een objectief en door derden verifieerbaar element om te bepalen of de betrokken transactie geheel of ten dele een louter kunstmatige constructie vormt, die voornamelijk is bedoeld om aan de belastingwetgeving van die lidstaat te ontsnappen. Hierbij gaat het om de vraag of de lening bij gebreke van een bijzondere relatie tussen de betrokken vennootschappen niet zou zijn verstrekt dan wel of deze zou zijn verstrekt voor een ander bedrag of tegen een andere rentevoet.
- 82 Zoals de advocaat-generaal in punt 67 van zijn conclusie heeft opgemerkt, moet ervan worden uitgegaan dat een nationale wettelijke regeling die zich voor de vraag of een transactie een volkomen kunstmatige constructie is die alleen voor belastingdoeleinden is opgezet, baseert op een onderzoek van objectieve en verifieerbare elementen, niet verder gaat dan hetgeen nodig is om misbruik te voorkomen, wanneer in de eerste plaats de belastingplichtige in elk geval waarin het bestaan van een dergelijke constructie niet kan worden uitgesloten, in staat wordt gesteld om zonder buitensporige administratieve moeite bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen waarom de transactie heeft plaatsgevonden.

- 83 Wil een dergelijke wettelijke regeling in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel blijven, dan is het in de tweede plaats van belang dat, wanneer onderzoek van dat bewijs tot de conclusie leidt dat de betrokken transactie een louter kunstmatige constructie is waaraan geen echte commerciële redenen ten grondslag liggen, slechts dat deel van de betaalde rente als winstuitkering wordt geherkwalificeerd dat boven het bedrag ligt dat bij gebreke van een bijzondere relatie tussen de partijen of tussen de partijen en een derde zou zijn overeengekomen.
- 84 In casu blijkt uit het dossier dat de in het Verenigd Koninkrijk geldende wettelijke regeling tot de wijzigingen in 1995 bepaalde dat de rente die een ingezeten dochtermaatschappij op een lening van een niet-ingezeten moedermaatschappij betaalde, volledig als winstuitkering werd aangemerkt zonder dat werd onderzocht of de lening in overeenstemming was met een relevant criterium zoals het arm's length-criterium en zonder dat die dochtermaatschappij de mogelijkheid had, bewijs aan te voeren met betrekking tot de echte commerciële redenen waarop die lening was gebaseerd.
- 85 Uit de stukken blijkt echter eveneens dat die wettelijke regeling niet gold wanneer een belastingverdrag de toepassing ervan verhinderde en dit verdrag garandeerde dat de betrokken rente van de belasting kon worden afgetrokken, voor zover de rentevoet niet hoger was dan hetgeen onder normale omstandigheden zou zijn overeengekomen. Op grond van een dergelijk belastingverdrag werd alleen dat deel van de rente als winstuitkering aangemerkt dat het bedrag overschreed dat onder normale omstandigheden zou zijn betaald.
- 86 Ook al lijkt een fiscale regeling als die welke, voor daaronder vallende situaties, voortvloeit uit de door het Verenigd Koninkrijk gesloten belastingverdragen, zich op het eerste gezicht te baseren op een onderzoek van objectieve en verifieerbare elementen op grond waarvan kan worden vastgesteld of er sprake is van een louter

kunstmatige constructie die alleen is opgezet voor belastingdoeleinden, het staat aan de verwijzende rechter om, wanneer blijkt dat verzoeksters in het hoofdgeding van die regeling gebruikmaakten, te bepalen of deze hun, in het geval dat hun transacties niet voldeden aan de door het belastingverdrag gestelde voorwaarden voor toetsing van de verenigbaarheid daarvan met het arm's length-criterium, in staat stelde om zonder buitensporige administratieve moeite bewijs aan te voeren met betrekking tot de eventuele commerciële redenen waarop die transacties berustten.

87 Hetzelfde geldt voor de nationale bepalingen die na de wetwijzigingen in 1995 en 1998 van kracht zijn. Vaststaat dat de herkwalificatie als winstuitkering op grond van die bepalingen alleen het deel van de rente betreft dat het bedrag overschrijdt dat onder normale omstandigheden zou zijn betaald. Ook al lijken de door die bepalingen vastgestelde criteria op het eerste gezicht te verlangen dat er een onderzoek van objectieve en verifieerbare elementen plaatsvindt om vast te stellen of er sprake is van een louter kunstmatige constructie die alleen is bestemd voor belastingdoeleinden, het staat aan de verwijzende rechter om uit te maken of die bepalingen de belastingplichtige een mogelijkheid bieden om, wanneer een transactie niet voldoet aan het arm's length-criterium, onder de in het vorige punt genoemde voorwaarden eventueel bewijs aan te voeren met betrekking tot de commerciële redenen waarop die transactie was gebaseerd.

88 Wanneer een lidstaat de rente die een ingezeten vennootschap betaalt aan een niet-ingezeten vennootschap die tot dezelfde vennootschapsgroep behoort, volledig of ten dele als winstuitkering kwalificeert, na te hebben vastgesteld dat het om een louter kunstmatige constructie gaat die is bedoeld om aan de toepassing van zijn belastingwetgeving te ontkomen, dan kan van die lidstaat, anders dan de Commissie stelt, in die context niet worden verlangd dat hij ervoor zorgt dat de staat van vestiging van die tweede vennootschap het nodige doet om te vermijden dat de als dividend aangemerkte betaling als zodanig op het niveau van die vennootschapsgroep zowel in de lidstaat van vestiging van de eerste als in die van de tweede vennootschap wordt belast.

- 89 Voor zover de lidstaat van vestiging van de eerste vennootschap in een dergelijk geval het recht heeft om de door die vennootschap betaalde rente als winstuitkering te behandelen, staat het in beginsel immers niet aan die lidstaat om te waarborgen dat aan een niet-ingezeten vennootschap-aandeelhouder uitgekeerde winst niet wordt getroffen door opeenvolgende belastingheffingen (zie in die zin arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, reeds aangehaald, punten 59 en 60).
- 90 Slechts wanneer een lidstaat besluit om zijn fiscale bevoegdheid niet alleen, wat de ingezeten dochtermaatschappij betreft, uit te oefenen met betrekking tot in die lidstaat gegenereerde winst, maar eveneens, wat de niet-ingezeten ontvangende vennootschap betreft, met betrekking tot de inkomsten die deze van haar dochter ontvangt, moet hij erop toezien dat, wil die ontvangende vennootschap niet worden geconfronteerd met een in beginsel door artikel 43 EG verboden beperking van de vrijheid van vestiging, wat het in zijn nationale recht vervatte mechanisme ter voorkoming of vermindering van opeenvolgende belastingheffingen betreft, een niet-ingezeten ontvangende vennootschap op dezelfde wijze wordt behandeld als een ingezeten ontvangende vennootschap (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, punt 70, en *Denkavit Internationaal en Denkavit France*, punt 37).
- 91 Voorts zij opgemerkt dat de lidstaten, zoals in punt 49 van dit arrest in herinnering is gebracht, bij gebreke van communautaire unificatie- of harmonisatiemaatregelen bevoegd blijven om, door het sluiten van overeenkomsten of unilateraal, de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid vast te stellen teneinde onder meer dubbele belasting af te schaffen.
- 92 Op de eerste en de derde vraag moet dus worden geantwoord dat artikel 43 EG zich verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die een beperking stelt aan de

mogelijkheid van een ingezeten vennootschap om de rente op een lening die haar is verstrekt door een directe of indirecte niet-ingezeten moedermaatschappij of door een door die moedermaatschappij gecontroleerde niet-ingezeten vennootschap, af te trekken van de belasting, zonder dat die beperking geldt voor een ingezeten vennootschap die een lening heeft gekregen van een eveneens ingezeten vennootschap, tenzij die wettelijke regeling zich baseert op een onderzoek van objectieve en verifieerbare elementen op grond waarvan kan worden vastgesteld of er sprake is van een louter kunstmatige constructie die alleen is opgezet voor belastingdoel-einden, door te voorzien in de mogelijkheid voor de belastingplichtige om, in voorkomend geval en zonder buitensporige administratieve moeite, bewijs aan te voeren met betrekking tot de commerciële redenen die aan de betrokken transactie ten grondslag liggen, en die wettelijke regeling voorts, wanneer het bestaan van een dergelijke constructie wordt aangetoond, die rente alleen als winstuitkering aanmerkt voor zover deze meer bedraagt dan hetgeen onder normale commerciële omstandigheden zou zijn overeengekomen.

Tweede vraag

- 93 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het antwoord op de eerste vraag anders zou luiden indien een ingezeten vennootschap de lening niet van een niet-ingezeten moedermaatschappij had gekregen, maar:

- van een andere vennootschap van dezelfde groep die, evenals de moedermaatschappij van de groep, in een andere lidstaat is gevestigd;

- van een andere vennootschap van dezelfde groep die in een andere lidstaat is gevestigd, terwijl de gemeenschappelijke moedermaatschappijen van de kredietnemer en van de kredietgever in een derde land zijn gevestigd;

- van een andere vennootschap van dezelfde groep die in een andere lidstaat is gevestigd, maar de lening verstrekt via een in een derde land gevestigd filiaal, terwijl de gemeenschappelijke moedermaatschappijen van de kredietgever en van de kredietnemer in een derde land zijn gevestigd, of

- van een andere vennootschap van dezelfde groep die, evenals de gemeenschappelijke moedermaatschappijen van de kredietgever en van de kredietnemer, in een derde land is gevestigd.

⁹⁴ Dienaangaande zij er eerst aan herinnerd dat, zoals in punt 61 van dit arrest is opgemerkt, een nationale wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is, die, wat de kwalificatie als winstuitkering betreft van rente die een ingezeten dochtermaatschappij aan een moedermaatschappij betaalt, ingezeten dochtermaatschappijen verschillend behandelt op grond van de plaats van de zetel van hun moedermaatschappij, de vrijheid van vestiging beperkt, aangezien zij de uitoefening van de vrijheid van vestiging door in andere lidstaten gevestigde vennootschappen minder aantrekkelijk maakt, zodat zij zouden kunnen afzien van de oprichting of het behoud van dochterondernemingen in de lidstaat die deze regel heeft vastgesteld.

⁹⁵ Hieruit volgt dat een dergelijke wettelijke regeling een in beginsel door artikel 43 EG verboden beperking van de vrijheid van vestiging vormt, zowel wanneer de

ingezeten kredietnemer een lening krijgt van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die direct of indirect een deelneming in het kapitaal van de kredietnemer heeft die haar een zodanige invloed op de besluiten van die vennootschap verleent dat zij de activiteiten ervan kan bepalen, als wanneer de kredietnemer een lening krijgt van een andere niet-ingezeten vennootschap die, ongeacht haar plaats van vestiging, zelf wordt gecontroleerd door een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die direct of indirect een dergelijke deelneming in het kapitaal van de kredietnemer heeft.

⁹⁶ Het antwoord dat op de eerste prejudiciële vraag is gegeven, geldt dus ook voor het in de tweede prejudiciële vraag, eerste streepje, genoemde geval.

⁹⁷ Voor de in de tweede prejudiciële vraag, tweede, derde en vierde streepje, genoemde gevallen zij eraan herinnerd dat, zoals in punt 36 van dit arrest is opgemerkt, artikel 43 EG juncto 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 Gemeenschap hebben, het recht meebrengt om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap.

⁹⁸ De toepassing van een nationale wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is op een situatie waarin een ingezeten vennootschap een lening krijgt van een

niet-ingezeten vennootschap die zelf geen zeggenschapsdeelneming in de kredietnemer heeft en die beide vennootschappen direct of indirect worden gecontroleerd door een gemeenschappelijke moedermaatschappij die op haar beurt in een derde land is gevestigd, kan dus niet onder artikel 43 EG vallen.

99 Wanneer de lidstaat die deze wettelijke regeling heeft vastgesteld in een dergelijke situatie de door de kredietnemer betaalde rente als winstuitkering kwalificeert, grijpt deze maatregel immers niet in de vrijheid van vestiging van de kredietgever in, maar uitsluitend in die van de gelieerde vennootschap die een zodanige controle uitoefent op de twee andere betrokken vennootschappen dat zij de keuze van financiering van die vennootschappen kan beïnvloeden. Voor zover die gelieerde vennootschap niet in een lidstaat is gevestigd in de zin van artikel 48 EG, is artikel 43 EG niet van toepassing.

100 De toepassing van deze wettelijke regeling op een situatie waarin zowel de kredietgever als de gemeenschappelijke moedermaatschappij in een derde land is gevestigd, of op een situatie waarin de niet-ingezeten kredietgever die zelf geen controle uitoefent over de kredietnemer, de lening verstrekt door middel van een in een derde land gevestigd filiaal en de gemeenschappelijke moedermaatschappij eveneens in een derde land is gevestigd, valt om dezelfde redenen evenmin onder artikel 43 EG.

101 Met betrekking tot de andere verdragsbepalingen waarop verzoeksters in het hoofdgeding zich beroepen, moet worden beklemtoond dat, zoals in de punten 33 en 34 van dit arrest is opgemerkt, een wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is, die alleen de relaties binnen een groep van vennootschappen betreft,

hoofdzakelijk in de vrijheid van vestiging ingrijpt. Zo deze wettelijke regeling het vrij verrichten van diensten en het vrije verkeer van kapitaal beperkt, zijn deze beperkingen een onvermijdelijk gevolg van een eventuele belemmering van de vrijheid van vestiging en rechtvaardigen zij niet dat die wettelijke regeling wordt getoetst aan de artikelen 49 EG en 56 EG.

- 102 Derhalve moet op de tweede vraag worden geantwoord dat een wettelijke regeling van een lidstaat als in de eerste vraag wordt bedoeld, niet onder artikel 43 EG valt wanneer zij wordt toegepast op een situatie waarin een ingezeten vennootschap een lening krijgt van een in een andere lidstaat of in een derde land gevestigde vennootschap die zelf geen controle uitoefent over de vennootschap waaraan de lening wordt verstrekt en die twee vennootschappen direct of indirect worden gecontroleerd door een in een derde land gevestigde gemeenschappelijke moedermaatschappij.

Vierde vraag

- 103 Met de vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of, wanneer een wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is een beperking zou vormen van het vrij verkeer van kapitaal tussen de lidstaten en derde landen in de zin van artikel 56 EG, ervan moet worden uitgegaan dat die beperking bestond op 31 december 1993 in de zin van artikel 57, lid 1, EG.
- 104 Meteen al moet worden opgemerkt dat, zoals uit de punten 33, 34 en 101 van dit arrest volgt, een wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is dient te worden getoetst aan artikel 43 EG en niet aan artikel 56 EG.

105 Derhalve behoeft de vierde vraag geen beantwoording.

Vijfde tot en met tiende vraag

106 Met de vijfde tot en met de tiende vraag, die gezamenlijk moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of, in het geval dat de in de voorgaande vragen bedoelde nationale maatregelen onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht, vorderingen als die welke verzoeksters in het hoofdgeding hebben ingesteld om die onverenigbaarheid op te heffen, moeten worden aangemerkt als vorderingen tot terugbetaling van ten onrechte geheven bedragen of van ten onrechte geweigerde voordelen of juist als vorderingen tot schadevergoeding. In het laatste geval wenst hij te vernemen of moet worden voldaan aan de voorwaarden van het reeds aangehaalde arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame en of het in dat opzicht van belang is om rekening te houden met de vorm waarin dergelijke vorderingen naar nationaal recht moeten worden ingesteld.

107 Met betrekking tot de toepassing van de voorwaarden op grond waarvan een lidstaat de schade moet vergoeden die particulieren door een schending van het gemeenschapsrecht hebben geleden, vraagt de verwijzende rechter of het Hof richtsnoeren kan geven over het vereiste van een voldoende gekwalificeerde schending van dit recht en over het vereiste van een causaal verband tussen de schending van de op de lidstaat rustende verplichting en de schade die de benadeelde personen hebben geleden.

- 108 Ten slotte vraagt de verwijzende rechter of bij de vaststelling van de terug te betalen of te vergoeden verliezen rekening moet worden gehouden met de vraag of de benadeelde personen zich redelijke inspanningen hebben getroost om hun schade te voorkomen, met name door een beroep in rechte in te stellen.
- 109 Dienaangaande zij opgemerkt dat het niet de taak van het Hof is om de vorderingen die verzoeksters in het hoofdgeding bij de verwijzende rechter hebben ingesteld, juridisch te kwalificeren. In casu is het aan hen om onder toezicht van de verwijzende rechter de aard en de grondslag van hun vordering nader te preciseren (vordering tot terugbetaling of vordering tot schadevergoeding) (zie reeds aangehaalde arresten *Metallgesellschaft e.a.*, punt 81, en *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punt 201).
- 110 Volgens vaste rechtspraak is het recht op terugbetaling van heffingen die een lidstaat in strijd met het gemeenschapsrecht heeft geïnd, het gevolg en het complement van de rechten die de justitiabelen ontleen aan de gemeenschapsbepalingen, zoals die door het Hof zijn uitgelegd. De lidstaat is dus in beginsel verplicht, in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste heffingen terug te betalen (arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 202 en aangehaalde rechtspraak).
- 111 Bij gebreke van een gemeenschapsregeling inzake de terugbetaling van ten onrechte geïnde nationale heffingen is het een aangelegenheid van het nationale recht van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen

aan het gemeenschapsrecht ontlenen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel), en zij de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) (arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 203 en aangehaalde rechtspraak).

- 112 Wanneer een lidstaat heffingen heeft toegepast in strijd met het gemeenschapsrecht, hebben de justitiabelen bovendien niet alleen recht op terugbetaling van de ten onrechte geheven belasting, maar ook van de aan die staat betaalde of door hem ingehouden bedragen die rechtstreeks met die belasting verband houden. Zoals het Hof in de punten 87 en 88 van het reeds aangehaalde arrest *Metallgesellschaft e.a.* heeft overwogen, omvat dit mede de verliezen die het gevolg zijn van het feit dat geldsommen wegens de voortijdige verschuldigdheid van de belasting niet beschikbaar zijn (arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 205 en aangehaalde rechtspraak).
- 113 Anders dan verzoeksters in het hoofdgeding stellen, kunnen evenwel noch de belastingverlichtingen of andere belastingvoordelen waarvan een ingezeten vennootschap heeft afgezien om de ten onrechte geheven belasting volledig te kunnen verrekenen met een bedrag dat krachtens een andere belasting verschuldigd was, noch het nadeel dat een dergelijke vennootschap heeft geleden als gevolg van het feit dat de groep waartoe zij behoort het nodig heeft geacht om, teneinde de totale belastingdruk te verlagen, een financiering met geleend kapitaal te vervangen door één met aandelen, noch de kosten die de vennootschappen van die groep hebben gemaakt om te voldoen aan de betrokken nationale wettelijke regeling, met een beroep op het gemeenschapsrecht worden vergoed door middel van een vordering tot terugbetaling van de ten onrechte geheven belasting of van aan de betrokken lidstaat betaalde of door hem ingehouden bedragen die rechtstreeks met die belasting verband houden. Dergelijke kosten berusten immers op beslissingen die de vennootschappen van die groep hebben genomen en vormen voor hen dus niet een onvermijdelijk gevolg van de beslissing van het Verenigd Koninkrijk om bepaalde aan niet-ingezeten vennootschappen betaalde rente aan te merken als winstuitkering.

- 114 In deze omstandigheden staat het aan de nationale rechter om te bepalen of de in het vorige punt genoemde kosten voor de betrokken vennootschappen financiële verliezen vormen die zij door een aan de betrokken lidstaat toe te rekenen schending van het gemeenschapsrecht hebben geleden.
- 115 Zonder evenwel uit te sluiten dat de staat naar nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn, heeft het Hof geoordeeld dat een lidstaat de schade moet vergoeden die particulieren lijden wegens aan hem toe te rekenen schendingen van het gemeenschapsrecht, wanneer aan drie voorwaarden is voldaan: de geschonden rechtsregel strekt ertoe particulieren rechten toe te kennen, er is sprake van een voldoende gekwalificeerde schending en er bestaat een rechtstreeks causaal verband tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade (zie arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, punten 51 en 66; arrest van 30 september 2003, Köbler, C-224/01, Jurispr. blz. I-10239, punten 51 en 57, en arrest Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald, punt 209).
- 116 De voorwaarden voor het vaststellen van de aansprakelijkheid van de lidstaten voor schade die aan particulieren is toegebracht door schending van het gemeenschapsrecht, moeten in beginsel door de nationale rechter worden toegepast overeenkomstig de door het Hof voor deze toepassing verstrekte richtsnoeren (arrest Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald, punt 210 en aangehaalde rechtspraak).
- 117 In het hoofdgeding is met betrekking tot artikel 43 EG duidelijk aan de eerste voorwaarde voldaan. Die bepaling kent particulieren immers rechten toe (zie reeds

aangehaalde arresten *Brasserie du Pêcheur* en *Factortame*, punten 23 en 54, en *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punt 211).

- 118 Wat de tweede voorwaarde betreft, zij er in de eerste plaats aan herinnerd dat een schending van het gemeenschapsrecht voldoende gekwalificeerd is wanneer een lidstaat bij de uitoefening van zijn normatieve bevoegdheid de grenzen waarbinnen hij bij de uitoefening van zijn bevoegdheden dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft miskend. In de tweede plaats kan de enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht volstaan om een voldoende gekwalificeerde schending te doen vaststaan, wanneer de betrokken lidstaat op het moment van de inbreuk slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge had (arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 212 en aangehaalde rechtspraak).
- 119 Om vast te stellen of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, moet rekening worden gehouden met alle elementen die de aan de nationale rechter voorgelegde situatie karakteriseren. Die elementen zijn onder meer de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt, de vraag of een eventuele rechtsdwaling al dan niet verschoonbaar is en de vraag of de handelwijze van een gemeenschapsinstelling heeft kunnen bijdragen tot de vaststelling of de instandhouding van met het gemeenschapsrecht strijdige nationale maatregelen of praktijken (arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 213 en aangehaalde rechtspraak).
- 120 In ieder geval is een schending van het gemeenschapsrecht kennelijk gekwalificeerd, wanneer zij verder is blijven bestaan in weerwil van de uitspraak van een arrest

houdende vaststelling van de verweten niet-nakoming, van een prejudiciële beslissing of van een vaste rechtspraak van het Hof ter zake, waaruit blijkt dat de betrokken gedraging de kenmerken van een schending vertoont (arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 214 en aangehaalde rechtspraak).

¹²¹ Om uit te maken of een schending van artikel 43 EG door de betrokken lidstaat voldoende gekwalificeerd was, moet de nationale rechter in casu rekening houden met het feit dat op een gebied als dat van de directe belastingen de gevolgen van het door het Verdrag gewaarborgde vrije verkeer slechts geleidelijk aan het licht zijn gekomen, met name door de beginselen die het Hof heeft ontwikkeld sinds het reeds aangehaalde arrest van 28 januari 1986, *Commissie/Frankrijk*. Tot het reeds aangehaalde arrest *Lankhorst-Hohorst* was het in deze prejudiciële verwijzing aan de orde gestelde probleem als zodanig immers nog nooit behandeld in de rechtspraak van het Hof.

¹²² Wat de derde voorwaarde betreft, namelijk het vereiste van een rechtstreeks causaal verband tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade, staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de gestelde schade een zodanig rechtstreeks gevolg van de schending van het gemeenschapsrecht is geweest, dat de staat daarvoor heeft op te komen (arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 218 en aangehaalde rechtspraak).

¹²³ Onder voorbehoud van het recht op schadevergoeding dat rechtstreeks voortvloeit uit het gemeenschapsrecht wanneer aan die voorwaarden is voldaan, staat het aan de lidstaat om in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht de gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan te maken, met dien verstande dat de door de

nationale wettelijke regelingen ter zake van schadevergoeding vastgestelde voorwaarden niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor gelijksoortige nationale vorderingen gelden, en niet van dien aard mogen zijn dat zij het verkrijgen van schadevergoeding in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (arrest Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald, punt 219 en aangehaalde rechtspraak).

- 124 Gepreciseerd moet worden dat de nationale rechter, met het oog op de vaststelling van de voor vergoeding in aanmerking komende schade, kan onderzoeken of de benadeelde persoon zich redelijke inspanningen heeft getroost om de schade te voorkomen of de omvang ervan te beperken, en meer in het bijzonder, of hij tijdig alle te zijner beschikking staande beroepsmogelijkheden heeft aangewend (arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, punt 84).
- 125 Dienaangaande heeft het Hof in punt 106 van het reeds aangehaalde arrest Metallgesellschaft e.a., met betrekking tot belastingbepalingen die ingezeten dochtermaatschappijen van niet-ingezeten moedermaatschappijen niet toestonden om gebruik te maken van belastingheffing naar het groepsinkomen, geoordeeld dat de uitoefening van de rechten die de particulieren aan de rechtstreeks werkende bepalingen van het gemeenschapsrecht ontleen, onmogelijk of uiterst moeilijk zou worden gemaakt indien hun op schending van het gemeenschapsrecht steunende vorderingen tot terugbetaling of vergoeding werden afgewezen of verminderd op de enkele grond dat zij niet hebben verzocht om in aanmerking te komen voor een belastingregeling die hun naar nationaal recht werd geweigerd, teneinde de weigering van de belastingautoriteiten aan te vechten met de hiervoor bestaande rechtsmiddelen en met een beroep op de voorrang en de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht.
- 126 Evenzo zou de toepassing van de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt indien de op schending van die bepalingen steunende vorderingen tot terugbetaling of vergoeding werden afgewezen of verminderd op de enkele grond dat de betrokken vennootschappen

de belastingdienst niet hadden gevraagd, rente te mogen betalen op een lening van een niet-ingezeten gelieerde vennootschap zonder dat die rente als winstuitkering wordt aangemerkt, terwijl in de betrokken omstandigheden de nationale wet, in voorkomend geval in samenhang met de relevante bepalingen van de belastingverdragen, in een dergelijke kwalificatie voorzag.

127 Het staat aan de nationale rechter om te bepalen of, wanneer blijkt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling, in voorkomend geval in samenhang met de relevante bepalingen van de belastingverdragen, niet voldeed aan de voorwaarden genoemd in punt 92 van dit arrest en dus een door artikel 43 EG verboden belemmering van de vrijheid van vestiging vormde, de toepassing van deze wettelijke regeling hoe dan ook tot afwijzing van de aanspraken van verzoeksters in het hoofdgeding bij de belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk zou hebben geleid.

128 Derhalve moet op de vijfde tot en met de tiende vraag worden geantwoord dat:

- Bij gebreke van een gemeenschapsregeling is het een aangelegenheid van het nationale recht van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontleen, waaronder de kwalificatie van vorderingen die de benadeelde personen hebben ingesteld bij de nationale rechterlijke instanties. Deze moeten echter garanderen dat de justitiabelen over een doeltreffend rechtsmiddel beschikken om terugbetaling te kunnen verkrijgen van de ten onrechte geheven belasting en van de aan die lidstaat betaalde of door hem ingehouden bedragen die rechtstreeks met die belasting verband houden. Wat andere schade betreft die een persoon eventueel

heeft geleden wegens een aan een lidstaat toe te rekenen schending van het gemeenschapsrecht, moet deze lidstaat de aan particulieren berokkende schade vergoeden onder de voorwaarden genoemd in punt 51 van het reeds aangehaalde arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame, zonder dat zulks uitsluit dat de staat naar nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn.

- Wanneer blijkt dat de wettelijke regeling van een lidstaat een door artikel 43 EG verboden belemmering van de vrijheid van vestiging vormt, kan de nationale rechter, teneinde de voor vergoeding in aanmerking komende schade te bepalen, nagaan of de benadeelde personen zich redelijke inspanningen hebben getroost om die schade te voorkomen of de omvang ervan te beperken en, meer in het bijzonder, of zij tijdig alle hun ter beschikking staande beroepsmogelijkheden hebben aangewend. Teneinde te voorkomen dat de uitoefening van de rechten die de particulieren aan artikel 43 EG ontnemen, onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt, kan de nationale rechter bepalen of de toepassing van deze wettelijke regeling, in voorkomend geval in samenhang met de relevante bepalingen van de belastingverdragen, hoe dan ook tot afwijzing van de aanspraken van verzoeksters in het hoofdgeding bij de belastingdienst van de betrokken lidstaat zou hebben geleid.

Verzoek tot beperking van de gevolgen van dit arrest in de tijd

- ¹²⁹ Ter terechtzitting heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk het Hof verzocht, ingeval het het gemeenschapsrecht aldus zou uitleggen dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, de werking van zijn arrest in de tijd te beperken, zelfs met betrekking tot rechtsvorderingen die zijn ingesteld vóór de datum van de uitspraak van dit arrest. Die regering schat de kosten van een voor haar ongunstige uitlegging van het gemeenschapsrecht op 300 miljoen EUR.

- 130 Vastgesteld zij dat de regering van het Verenigd Koninkrijk in casu niet heeft gepreciseerd op welke basis zij tot haar cijfermatige raming van de gevolgen van dit arrest is gekomen, en evenmin of dit bedrag uitsluitend de financiële gevolgen in de zaak in het hoofdgeding betreft dan wel ook de gevolgen van dit arrest in andere zaken.
- 131 Bovendien gaat het door die regering genoemde bedrag uit van de hypothese dat de door het Hof gegeven antwoorden ertoe leiden dat de vorderingen van verzoeksters in het hoofdgeding volledig worden toegewezen, hetgeen de verwijzende rechter echter moet nagaan.
- 132 In deze omstandigheden beschikt het Hof niet over voldoende gegevens om het verzoek van de regering van het Verenigd Koninkrijk te onderzoeken.
- 133 Derhalve is er geen reden om de werking van dit arrest in de tijd te beperken.

Kosten

- 134 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:

- 1) **Artikel 43 EG verzet zich tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die een beperking stelt aan de mogelijkheid van een ingezeten vennootschap om de rente op een lening die haar is verstrekt door een directe of indirecte niet-ingezeten moedermaatschappij of door een door die moedermaatschappij gecontroleerde niet-ingezeten vennootschap, af te trekken van de belasting, zonder dat die beperking geldt voor een ingezeten vennootschap die een lening heeft gekregen van een eveneens ingezeten vennootschap, tenzij die wettelijke regeling zich baseert op een onderzoek van objectieve en verifieerbare elementen op grond waarvan kan worden vastgesteld of er sprake is van een louter kunstmatige constructie die alleen is opgezet voor belastingdoeleinden, door te voorzien in de mogelijkheid voor de belastingplichtige om, in voorkomend geval en zonder buitensporige administratieve moeite, bewijs aan te voeren met betrekking tot de commerciële redenen die aan de betrokken transactie ten grondslag liggen, en die wettelijke regeling voorts, wanneer het bestaan van een dergelijke constructie wordt aangetoond, die rente alleen als winstuitkering aanmerkt voor zover deze meer bedraagt dan hetgeen onder normale commerciële omstandigheden zou zijn overeengekomen.**

- 2) **Een wettelijke regeling van een lidstaat als in de eerste vraag wordt bedoeld, valt niet onder artikel 43 EG wanneer zij wordt toegepast op een situatie waarin een ingezeten vennootschap een lening krijgt van een in een andere lidstaat of in een derde land gevestigde vennootschap die zelf geen controle uitoefent over de vennootschap waaraan de lening wordt verstrekt en die twee vennootschappen direct of indirect worden gecontroleerd door een in een derde land gevestigde gemeenschappelijke moedermaatschappij.**

- 3) **Bij gebreke van een gemeenschapsregeling is het een aangelegenheid van het nationale recht van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen**

en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontleen, waaronder de kwalificatie van vorderingen die de benadeelde personen hebben ingesteld bij de nationale rechterlijke instanties. Deze moeten echter garanderen dat de justitiabelen over een doeltreffend rechtsmiddel beschikken om terugbetaling te kunnen verkrijgen van de ten onrechte geheven belasting en van de aan die lidstaat betaalde of door hem ingehouden bedragen die rechtstreeks met die belasting verband houden. Wat andere schade betreft die een persoon eventueel heeft geleden wegens een aan een lidstaat toe te rekenen schending van het gemeenschapsrecht, moet deze lidstaat de aan particulieren berokkende schade vergoeden onder de voorwaarden genoemd in punt 51 van het arrest van 5 maart 1996, Brasserie du Pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93), zonder dat zulks uitsluit dat de staat naar nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn.

Wanneer blijkt dat de wettelijke regeling van een lidstaat een door artikel 43 EG verboden belemmering van de vrijheid van vestiging vormt, kan de nationale rechter, teneinde de voor vergoeding in aanmerking komende schade te bepalen, nagaan of de benadeelde personen zich redelijke inspanningen hebben getroost om die schade te voorkomen of de omvang ervan te beperken en, meer in het bijzonder, of zij tijdig alle hun ter beschikking staande beroepsmogelijkheden hebben aangewend. Teneinde te voorkomen dat de uitoefening van de rechten die de particulieren aan artikel 43 EG ontleen, onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt, kan de nationale rechter bepalen of de toepassing van deze wettelijke regeling, in voorkomend geval in samenhang met de relevante bepalingen van de verdragen ter vermijding van dubbele belasting, hoe dan ook tot afwijzing van de aanspraken van verzoeksters in het hoofdgeding bij de belastingdienst van de betrokken lidstaat zou hebben geleid.

ondertekeningen