

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 10 september 2009¹**I — Inleiding**

1. Wanneer een vennootschap een met haar verbonden vennootschap abnormale of goedgunstige voordelen toekent, kan dit de belastbare grondslag van de betrokken vennootschappen beïnvloeden. De vennootschap die het voordeel toekent, heeft daardoor mogelijk kleiner winsten of kan een overeenkomstig bedrag als beroepskost aftrekken, waardoor haar belastingdruk vermindert. Anderzijds mag worden aangenomen dat deze verrijking de belastbare grondslag van de verkrijgende vennootschap vermeerderd.
2. Ingeval de bij de transactie betrokken vennootschappen in verschillende lidstaten zijn gevestigd, leidt de toekenning van een abnormaal of goedgunstig voordeel derhalve in bepaalde gevallen tot een verschuiving van belastbare materie van de ene naar de andere staat.
3. Dit effect wordt tegengegaan door de in het hoofdgeding toegepaste Belgische regeling. Op basis van het zogenoemde at arm's length-beginsel corrigeert deze regeling voor belastingdoeleinden de toekenning van dergelijke voordelen tussen gelieerde vennootschappen, maar meestal enkel wanneer de verkrijgende vennootschap haar zetel in het buitenland heeft. Derhalve vraagt de Rechtbank van eerste aanleg te Bergen zich af of een dergelijke regeling verenigbaar is met de vrijheid van vestiging en met het vrije verkeer van kapitaal.
4. Daartoe moet worden geverifieerd of een eventuele beperking van de fundamentele vrijheden gerechtvaardigd is. In dit verband verwijzen de aan de procedure deelnemende lidstaten en de Commissie allereerst naar het vereiste van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, en verder naar de strijd tegen misbruiken. De onderhavige procedure biedt dus de gelegenheid om de verhouding tussen deze rechtvaardigingsgronden nader te onderzoeken.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

II — Rechtskader

een overeenkomstsluitende Staat en van een onderneming van de andere overeenkomstsluitende Staat,

A — OESO-Modelverdrag

5. Het at arm's length-beginsel is in artikel 9 van het OESO-Modelverdrag inzake dubbele belasting naar het inkomen en het vermogen geformuleerd als volgt:

en, in het éne of in het andere geval, tussen de ondernemingen in hun handelsbetrekkingen of financiële betrekkingen, voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd die afwijken van die welke zouden worden overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen, mag winst die één van de ondernemingen zou hebben behaald maar ten gevolge van die voorwaarden niet heeft behaald, worden begrepen in de winst van die onderneming en dienovereenkomstig worden belast.

„1. Indien

- a) een onderneming van een overeenkomstsluitende Staat rechtstreeks of onrechtstreeks deelneemt aan de leiding van, aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een onderneming van een andere overeenkomstsluitende Staat, of
- b) dezelfde personen rechtstreeks of onrechtstreeks deelnemen aan de leiding van, aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een onderneming van

2. Indien een overeenkomstsluitende Staat in de winst van een onderneming van die Staat winst opneemt — en dienovereenkomstig belast — ter zake waarvan een onderneming van de andere overeenkomstsluitende Staat in die andere Staat werd belast, en de aldus opgenomen winst is die waarvan had mogen worden verwacht dat zij door de onderneming van de eerstgenoemde Staat zou zijn behaald, indien de voorwaarden overeengekomen tussen de twee ondernemingen dezelfde waren geweest als die welke overeengekomen zouden zijn tussen onafhankelijke ondernemingen, herziet de andere Staat op passende wijze het bedrag aan belasting dat aldaar over die winst werd geheven. Bij deze herziening wordt rekening gehouden met de overige bepalingen van deze Overeenkomst en, indien nodig, plegen de bevoegde autoriteiten van de overeenkomstsluitende Staten overleg met elkaar.”

B — Arbitrageverdrag van de lidstaten

6. De lidstaten van de Europese Gemeenschap hebben zich op de regeling van artikel 9 van het OESO-Modelverdrag geïnspireerd voor het Verdrag ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen (90/436/EEG) van 23 juli 1990² (hierna: „Arbitrageverdrag”). Dit op artikel 220 EEG-Verdrag (nadien artikel 220 EG-Verdrag, thans artikel 293 EG) gebaseerde verdrag is door alle lidstaten gesloten, of zij zijn ertoe toegetreden.³

7. Artikel 4, lid 1, van het Arbitrageverdrag is in dezelfde bewoordingen geformuleerd als artikel 9, lid 1, van het OESO-Modelverdrag. Wanneer een winstcorrectie ingevolge artikel 4 van het Arbitrageverdrag tot dubbele belasting leidt, dient op verzoek van een getroffen onderneming onderling overleg te worden gepleegd en in voorkomend geval een arbitrageprocedure tussen de belasting-administraties van de betrokken lidstaten te worden gevoerd (artikelen 6 en 7 van het Arbitrageverdrag).

2 — PB L 225, blz. 10.

3 — Zie laatstelijk betreffende de toetreding van Bulgarije en Roemenië: artikel 3 van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Republiek Bulgarije en Roemenië en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond (PB 2005, L 157, blz. 203), in samenhang met besluit 2008/492/EG van de Raad van 23 juni 2008 betreffende de toetreding van Bulgarije en Roemenië tot het Verdrag van 23 juli 1990 ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen (PB L 174, blz. 1), en besluit 2008/493/EG van de Raad van 23 juni 2008 tot wijziging van bijlage I bij de Akte van toetreding van Bulgarije en Roemenië (PB L 174, blz. 6).

C — Belgisch recht

8. Artikel 26 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (hierna: „WIB 92”) bepaalt:

„Wanneer een in België gevestigde onderneming abnormale of goedgunstige voordelen verleent, worden die voordelen, onder voorbehoud van het bepaalde in artikel 54, bij haar eigen winst gevoegd, tenzij die voordelen in aanmerking komen voor het bepalen van de belastbare inkomsten van de verkrijger.

Niettegenstaande de in het eerste lid vermelde beperking worden de abnormale of goedgunstige voordelen bij de eigen winst gevoegd wanneer die voordelen worden verleend aan:

- 1° een in artikel 227 vermelde belastingplichtige ten aanzien waarvan de in België gevestigde onderneming zich rechtstreeks of onrechtstreeks in enigerlei band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt;
- 2° een in artikel 227 vermelde belastingplichtige of aan een buitenlandse inrichting die krachtens de bepalingen van de wetgeving van het land waar zij gevestigd zijn, aldaar niet aan een inkomstenbelasting zijn onderworpen of aan een aanzienlijk gunstigere belastingregeling zijn onderworpen dan die waaraan de in België gevestigde onderneming is onderworpen;

3° een in artikel 227 vermelde belastingplichtige die belangen gemeen heeft met de in 1° of 2° vermelde belastingplichtige of inrichting.”

9. Een voordeel is volgens de nationale rechtspraak abnormaal wanneer het volgens de economische omstandigheden van dat ogenblik en de economische situatie van de partijen in strijd is met de gewone gang van zaken, met de gevestigde handelsbeginselen of -gebruiken. Een voordeel is goedgeunstig wanneer het zonder verplichting of zonder enige tegenwaarde is verleend.⁴

10. Artikel 227 WIB 92 definieert niet-ingezetenen als volgt:

„buitenlandse vennootschappen [...] die hun maatschappelijke zetel, hun voornaamste inrichting of hun zetel van bestuur of beheer niet in België hebben”.

⁴ — Zie arrest van het Belgische Grondwettelijk Hof van 6 november 2008 (nr. 151/2008, *Belgisch Staatsblad* van 4 december 2008, blz. 63824, B.4.2.), alsook arrest van het Belgische Hof van Cassatie van 10 april 2000, Arresten van het Hof van Cassatie 2000, 240, *Pasicrisie belge* 2000, I, 240.

11. Artikel 49 WIB 92 luidt als volgt:

„Als beroepskosten zijn aftrekbaar de kosten die de belastingplichtige in het belastbare tijdperk heeft gedaan of gedragen om de belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden en waarvan hij de echtheid en het bedrag verantwoordt door middel van bewijsstukken of, in geval zulks niet mogelijk is, door alle andere door het gemeen recht toegelaten bewijsmiddelen, met uitzondering van de eed.

Als in het belastbare tijdperk gedaan of gedragen worden beschouwd, de kosten die in dat tijdperk werkelijk zijn betaald of gedragen of het karakter van zekere en vaststaande schulden of verliezen hebben verkregen en als zodanig zijn geboekt.”

12. Artikel 79 WIB 92 beperkt de aftrek van verliezen bij de verkrijger van een abnormaal of goedgeunstig voordeel:

„Beroepsverliezen worden niet afgetrokken van het gedeelte van de winst of de baten dat voorkomt uit abnormale of goedgeunstige voordelen die de belastingplichtige, in welke vorm of door welk middel ook, rechtstreeks of

onrechtstreeks heeft verkregen uit een onderneming ten aanzien waarvan hij zich rechtstreeks of onrechtstreeks in enige band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt.”

Naast andere maatregelen werd daarin een bedrag van 1 891 806 BEF (46 897 EUR) overeenkomstig artikel 26 WIB 92 aan de winsten van SGI toegevoegd. Het ging om een rente van 5 % per jaar op een bedrag van 37 836 113 BEF, dat SGI als renteloze lening aan Recydem had toegekend.

13. Artikel 207 WIB 92 sluit bovendien andere aftrekken uit van winsten die uit abnormale of goedgunstige voordelen voortkomen.

III — Feiten en prejudiciële vragen

14. De SA Société de Gestion Industrielle NV (SGI) is een holdingvennootschap naar Belgisch recht die actief is in de metaalverwerkende industrie. Zij bezit een participatie van 65 % in de naamloze vennootschap naar Frans recht Recydem en zetelt in de raad van bestuur van laatstgenoemde onderneming. De Luxemburgse SA Cobelpin is lid van de raad van bestuur van SGI en is ook een van de afgevaardigd bestuurders van deze onderneming. Bovendien heeft Cobelpin 34 % van de aandelen van SGI in handen. Een andere bestuurder van SGI is Domenico Leone. Hij behoort tot de raad van bestuur van zowel Cobelpin als Recydem.

15. Naar aanleiding van een controle hebben de Belgische belastingautoriteiten op 13 oktober 2003 twee berichten van wijziging voor de aanslagjaren 2001 en 2002 verstuurd.

16. Volgens de verwijzende rechterlijke instantie heeft de administratie bij de toevoeging van die rente artikel 26 WIB 92 juist toegepast. Er bestaat namelijk geen enkele economische reden voor de toekenning van een renteloze lening door SGI aan Recydem. Terwijl Recydem zich in de betrokken periode in een financieel veilige situatie bevond en winst maakte, ging SGI gebukt onder hoge leningen.

17. Daarnaast heeft de belastingadministratie de aftrek van de aan Cobelpin betaalde vergoeding van 350 000 LUF (8 676,00 EUR) per maand voor haar activiteiten in de raad van bestuur van SGI geweigerd. Deze betalingen voldeden niet aan de in artikel 49 WIB 92 gestelde voorwaarden voor aftrekbaarheid, aangezien zij kennelijk onredelijk waren en totaal niet in verhouding stonden met het economische nut van de prestaties. De vertegenwoordiger van Cobelpin in de raad van bestuur is niemand minder dan Philippe Brilot, die reeds op eigen naam lid van de raad van bestuur van SGI is. Het gaat om een verliestransactie die uitsluitend bedoeld was om belasting te ontwijken.

18. Ook volgens de verwijzende rechterlijke instantie vormen deze vergoedingen geen overeenkomstig artikel 49 WIB 92 aftrekbare beroepskosten. Volgens artikel 26 WIB 92 kunnen de door SGI aan Cobelpin toegekende abnormale voordelen fiscaal niet worden vrijgesteld en moeten zij bij de eigen winst van SGI worden gevoegd.

19. Na afloop van de bezwaarprocedure heeft SGI bij de Rechtbank van eerste aanleg te Bergen beroep tegen de betrokken belastingaanslagen ingesteld. Bij beslissing van 19 juni 2007 heeft deze rechterlijke instantie het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- 1) Verzet artikel 43 EG junctis de artikelen 48 EG en, in voorkomend geval, 12 EG zich tegen een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke, zoals in casu, een abnormaal of goedgunstig voordeel wordt belast bij de Belgische ingezeten vennootschap die dit voordeel heeft toegekend aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap waarmee de Belgische vennootschap zich rechtstreeks of indirect in enigerlei band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt, terwijl de Belgische ingezeten vennootschap in gelijke omstandigheden niet kan worden belast over een abnormaal of goedgunstig voordeel zo dat voordeel is toegekend aan een andere in België gevestigde vennootschap waarmee de Belgische vennootschap zich rechtstreeks of indirect in enigerlei band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt?
- 2) Verzet artikel 56 EG junctis de artikelen 48 EG en, in voorkomend geval, 12 EG zich tegen een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke, zoals in casu, een abnormaal of goedgunstig voordeel wordt belast bij de Belgische ingezeten vennootschap die dit voordeel heeft toegekend aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap waarmee de Belgische vennootschap zich rechtstreeks of indirect in enigerlei band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt, terwijl de Belgische ingezeten vennootschap in gelijke omstandigheden niet kan worden belast over een abnormaal of goedgunstig voordeel zo dat voordeel is toegekend aan een andere in België gevestigde vennootschap waarmee de Belgische vennootschap zich rechtstreeks of indirect in enigerlei band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt?
20. SGI, de Belgische, de Duitse en de Zweedse regering, alsook de Commissie van de Europese Gemeenschappen hebben in de loop van de procedure bij het Hof schriftelijke opmerkingen ingediend en mondelinge opmerkingen gemaakt.

IV — Juridische bespreking

21. Met haar twee prejudiciële vragen wenst de verwijzende rechterlijke instantie in wezen te vernemen of een nationale bepaling zoals

artikel 26 WIB 92 verenigbaar is met de vrijheid van vestiging van artikel 43 EG en met het door artikel 56 EG gewaarborgde vrije verkeer van kapitaal, in voorkomend geval gelezen in samenhang met artikel 12 EG.

22. Alvorens ik deze vragen evenwel nader bespreek, wens ik een korte opmerking te maken over de in het hoofdgeding toepasselijke nationale bepalingen.

23. Volgens de verwijzende rechterlijke instantie vormt artikel 26 WIB 92 de rechtsgrondslag voor de toevoeging van de niet gevorderde rente aan de inkomsten van SGI en voor de „reïntegratie” in haar inkomsten van de buitensporige vergoedingen voor de bestuurdersactiviteiten. Blijkens de verwijzingsbeslissing heeft de belastingadministratie blijkbaar evenwel niet artikel 26 WIB 92 toegepast op de door SGI aan Cobelpin betaalde bestuurdersvergoedingen. Veeleer heeft zij de aftrek van deze betalingen als beroepskosten geweigerd op basis van artikel 49 WIB 92.

24. De Belgische regering wijst erop dat de verhouding tussen deze beide bepalingen in de Belgische rechtspraak en rechtsleer omstreden is. In antwoord op een vraag van het Hof verwijst zij evenwel naar een recent arrest van het Grondwettelijk Hof. Volgens dit

arrest kunnen beide bepalingen los van elkaar worden toegepast.⁵

25. Hoewel de Rechtbank van eerste aanleg te Bergen eveneens van mening is dat de betaalde vergoedingen volstrekt buitensporig zijn en dus overeenkomstig artikel 49 WIB 92 niet als beroepskosten kunnen worden afgetrokken, heeft zij enkel met betrekking tot artikel 26 WIB 92 om uitlegging van de fundamentele vrijheden verzocht. Derhalve kan hier in het midden worden gelaten, welke betekenis daarnaast ook artikel 49 WIB 92 voor de afdoening van het hoofdgeding kan hebben.⁶

A — *Toepasselijke fundamentele vrijheid*

26. Allereerst moet worden uitgemaakt of zowel de vrijheid van vestiging als het vrije verkeer van kapitaal in casu van toepassing is, en in voorkomend geval welke van beide vrijheden bij voorrang als toetsingsnorm geldt.

5 — Arrest van 6 november 2008 (aangehaald in voetnoot 4), B.10.3 en B.10.4. Dit arrest heeft evenwel betrekking op een nieuwe, sinds 1 januari 2008 geldende versie van artikel 26 WIB 92. Daarin wordt thans uitdrukkelijk gepreciseerd dat deze bepaling geldt „onverminderd de toepassing van artikel 49”.

6 — Louter terzijde zij opgemerkt dat artikel 49 WIB 92 in tegenstelling tot artikel 26 WIB 92 geen verschillende regelingen voor binnenlandse en grensoverschrijdende uitgaven bevat.

27. Aangezien artikel 43 EG en artikel 56 EG reeds specifieke uitdrukkingen vormen van het algemene verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, dient daarnaast evenwel niet tevens een beroep te worden gedaan op artikel 12 EG.⁷

28. Volgens vaste rechtspraak moet voor de beoordeling van de vraag onder welke fundamentele vrijheid een nationale rechtsregel valt, het voorwerp van deze rechtsregel in aanmerking worden genomen.⁸

29. Wanneer de nationale bepalingen betrekking hebben op deelnemingen die de houder ervan een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, is de vrijheid van vestiging bij voorrang van toepassing.⁹ Het Hof heeft evenwel geen algemene deelnemingsdrempel vastgelegd die moet zijn

bereikt om van een beslissende invloed te kunnen gewagen.¹⁰

30. Evenzo heeft het Hof ook bepalingen die alleen de relaties binnen een groep van ondernemingen betreffen, „hoofdzakelijk” tot de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging gerekend.¹¹ In die context heeft het echter evenmin gepreciseerd, welke voorwaarden moeten zijn vervuld om verschillende ondernemingen als een groep te kunnen beschouwen.

31. Artikel 26, lid 2, 1^o, WIB 92 geldt voor voordelen die een vennootschap toekent aan een andere vennootschap waarmee zij zich rechtstreeks of indirect in enigerlei band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt. Een band van wederzijdse afhankelijkheid kan maar moet niet noodzakelijkerwijs uit een deelneming in het kapitaal van een bepaalde omvang bestaan, zoals de Belgische regering in antwoord op een vraag heeft opgemerkt. Wederzijdse afhankelijkheid kan immers ook voortvloeien uit bijvoorbeeld financiële betrekkingen of een afhankelijke positie met betrekking tot sommige grondstoffen of technologieën.

7 — Zie in die zin arresten van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punten 38 en 39); 11 oktober 2007, Hollmann (C-443/06, Jurispr. blz. I-8491, punten 28 en 29), en 17 januari 2008, Lammers & Van Cleef (C-105/07, Jurispr. blz. I-173, punt 14).

8 — Aldus samenvattend arrest van 24 mei 2007, Holböck (C-157/05, Jurispr. blz. I-4051, punt 22), onder verwijzing naar arresten van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punten 31-33); 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, Jurispr. blz. I-11673, punten 37 en 38), en 12 december 2006, Test Claimants in the FI Group Litigation (C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punt 36), alsook 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Jurispr. blz. I-2107, punten 26-34).

9 — Zie arresten van 13 april 2000, Baars (C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 21); 18 juli 2007, Oy AA (C-231/05, Jurispr. blz. I-6373, punt 20); 2 oktober 2008, Heinrich Bauer Verlag (C-360/06, Jurispr. blz. I-7333, punt 27), en 22 december 2008, Truck Center (C-282/07, Jurispr. blz. I-10767, punt 25).

10 — Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB L 225, blz. 6), zoals gewijzigd bij richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003 (PB 2004, L 7, blz. 41), is sinds 1 januari 2009 reeds van toepassing bij een deelneming van 10%.

11 — Arresten Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 8, punt 32), Oy AA (aangehaald in voetnoot 9, punt 23) en Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (aangehaald in voetnoot 8, punt 33).

32. In die omstandigheden moet ervan worden uitgegaan dat de betrokken nationale bepaling stellig typisch ziet op feitelijke situaties die binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging vallen. Een onderneming zal immers een andere onderneming met name dan abnormale of goedgunstige voordelen toekennen, wanneer zijzelf of haar aandeelhouders indirect profijt uit deze transactie trekken, bijvoorbeeld omdat daarmee de totale belastingdruk op de ondernemingsgroep kan worden verminderd.

33. Niettemin is het niet uitgesloten dat daarnaast ook andere fundamentele vrijheden aan de orde zijn. Zo zouden het vrije verkeer van goederen en van kapitaal of de vrijheid van dienstverlening kunnen gelden, wanneer het voordeel wegens een bijzonder belang bij sommige leveringen van goederen, financiële transacties of andere diensten wordt toegekend, zonder dat dit voordeel een specifieke tegenprestatie in het kader van een concrete transactie vormt.

34. Aangezien artikel 26 WIB 92 dus mogelijkwijs niet alleen gevallen regelt waarin de belastingplichtige van de vrijheid van vestiging gebruikmaakt, moet in een tweede fase worden onderzocht hoe de concrete feiten van het hoofdgeding dienen te worden gekwalificeerd.

35. In dit verband moet worden vastgesteld dat zowel de deelneming van Cobelpin in SGI als de deelneming van SGI in Recydem van zodanige omvang is dat deze de aandeelhouders telkens een beslissende invloed op de

betrokken vennootschappen verleent. Daarbij komt dat Cobelpin lid is van de raad van bestuur van SGI en ook in die hoedanigheid een doorslaggevende invloed op de leiding van deze onderneming heeft. Aangezien beide met SGI verbonden ondernemingen bovendien in andere lidstaten gevestigd zijn dan SGI — Recydem in Frankrijk en Cobelpin in Luxemburg — dienen de onderhavige feiten in eerste instantie aan artikel 43 EG juncto artikel 48 EG te worden getoetst.

36. In feite kan in casu in het midden worden gelaten of in een situatie zoals in het hoofdgeding naast de vrijheid van vestiging ook het vrije verkeer van kapitaal of mogelijkwijs nog andere fundamentele vrijheden van toepassing zijn.¹²

37. De beantwoording van de vraag inzake de samenloop van de verschillende vrijheden heeft evenwel enkel invloed op de afdoening van de zaak, wanneer daarin betrekkingen

12 — In een reeks arresten heeft het Hof vastgesteld dat nationale rechtsregels, bovenop de vrijheid van vestiging, niet bijkomend aan artikel 56 EG moeten worden getoetst, wanneer de beperking van het vrije verkeer van kapitaal het onvermijdelijke gevolg van een eventuele beperking van de vrijheid van vestiging is [zie arrest *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (aangehaald in voetnoot 8, punt 34 en aangehaalde rechtspraak)]. Recent heeft het Hof deze oplossing voor de samenloop van de vrijheden ook toegepast op het geval waarin de nationale rechtsregel ongeacht de omvang van de deelneming van toepassing is, maar het concrete geschil in het hoofdgeding enkel betrekking heeft op deelnemingen op basis waarvan een bepaalde invloed op de leiding van de betrokken vennootschap kan worden uitgeoefend [arresten van 26 juni 2008, *Burda* (C-284/06, Jurispr. blz. I-4571, punten 71-74), en 18 juni 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha* (C-303/07, Jurispr. blz. I-5145, punt 33)]. De vraag rijst of de uitspraken van het Hof in die zin moeten worden opgevat dat het vrije verkeer van kapitaal telkens naar de achtergrond verschuift wanneer de concrete feiten van het hoofdgeding deelnemingsverhoudingen betreffen die binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging vallen [zie ter zake ook conclusie van advocaat-generaal Bot van 9 juli 2009, *Glaxo Wellcome* (C-182/08, aanhangig bij het Hof, punten 86 e.v.)].

met derde landen aan de orde zijn, waardoor de ruimere werkingssfeer van het vrije verkeer van kapitaal van belang wordt. In zuiver intracommunautaire situaties kan de vraag betreffende de verhouding tussen de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal uiteindelijk onbeantwoord blijven, aangezien de toetsingscriteria van deze fundamentele vrijheden grotendeels identiek zijn.

38. In de onderhavige zaak is er geen aanknopingspunt met een derde land. Aangezien toetsing aan het beginsel van vrij verkeer van kapitaal derhalve niet tot een ander resultaat kan leiden dan toetsing aan het beginsel van vrijheid van vestiging, zal ik om redenen van proceseconomie de zaak die in casu aan de orde is enkel tegen de achtergrond van laatstgenoemde fundamentele vrijheid onderzoeken.

B — *Beperking van de vrijheid van vestiging*

39. De vrijheid van vestiging brengt voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, het recht mee om in andere lidstaten hun bedrijfsactiviteit uit te

oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap.¹³

40. Hoewel de bepalingen van het Verdrag betreffende de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan het recht op behandeling als eigen onderdaan of onderneming beogen te garanderen, verbieden zij eveneens dat de lidstaat van herkomst de vestiging van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap in een andere lidstaat belemmert of minder aantrekkelijk maakt.¹⁴

41. Volgens artikel 26, lid 1, WIB 92 wordt een abnormaal of goedgunstig voordeel gevoegd bij de eigen winst van de onderneming die dit voordeel heeft toegekend. Van deze toevoeging wordt evenwel afgezien wanneer het voordeel in aanmerking wordt genomen voor het bepalen van de belastbare inkomsten van de verkrijger. Deze uitzondering op de toevoeging aan de winst geldt evenwel enkel wanneer het voordeel aan een binnenlandse vennootschap toekomt. Indien de verkrijgende vennootschap haar zetel daarentegen in een andere lidstaat heeft en zij zich in een band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt met de vennootschap die het voordeel toekent, kan volgens artikel 26, lid 2, 1°, WIB 92 niet worden afgezien van toevoeging van het voordeel aan de winst.

13 — Arresten van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35), en 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 30), en arrest Aberdeen Property Fininvest Alpha (aangehaald in voetnoot 12, punt 37).

14 — Zie arrest van 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 21), arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 13, punt 31) en Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 8, punt 42), en arrest van 27 november 2008, Papillon (C-418/07, Jurispr. blz. I-8947, punt 16).

42. Deze bepaling voorziet bijgevolg in een verschillende regeling naargelang de vennootschap waaraan een binnenlandse vennootschap een abnormaal of goedgunstig voordeel toekent en waarmee zij zich in een band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt, haar zetel in eigen land dan wel in een andere lidstaat heeft.

43. De Belgische en de Duitse regering voeren evenwel aan dat deze regeling, rekening houdend met de ruimere context ervan, niet tot benadeling van de grensoverschrijdende situatie leidt. Weliswaar wordt van de toevoeging aan de winst van het abnormale of goedgunstige voordeel in binnenlandse situaties afgezien wanneer de voordelen in aanmerking worden genomen voor de vaststelling van de belastbare inkomsten van de verkrijger, maar de verkrijger van het voordeel kan de desbetreffende inkomsten overeenkomstig de artikelen 79 en 207 WIB 92 niet met zijn eigen verliezen verrekenen. Dergelijke inkomsten worden bijgevolg ook in binnenlandse situaties in hetzelfde belastbare tijdperk aan belasting onderworpen, alleen niet bij de vennootschap die het voordeel toekent, maar bij de vennootschap die het voordeel ontvangt.

44. Daarmee hebben de Belgische en de Duitse regering evenwel niet volkomen weerlegd dat de regeling de toekenning van een abnormaal of goedgunstig voordeel aan een buitenlandse vennootschap ongunstiger behandelt dan eenzelfde transactie tussen binnenlandse vennootschappen.

45. In dit verband moet worden opgemerkt dat voornoemde regeringen zich op een

totaalbeeld van de ondernemingsgroep baseren en ervan uitgaan dat het geen verschil maakt aan welke vennootschap binnen de groep bepaalde inkomsten worden toegerekend, voor zover die verschuiving niet tot een betere verliescompensatie binnen de groep kan leiden. Wanneer de betrokken vennootschappen elkaar niet rechtstreeks of indirect ten belope van 100 % in handen hebben, is deze benadering evenwel niet noodzakelijk gerechtvaardigd. Voor een vennootschap X en haar aandeelhouders kan het stellig een verschil maken of een abnormaal voordeel dat X aan een andere vennootschap heeft toegekend, bij haar eigen winst dan wel bij de winst van de verkrijgende vennootschap wordt gevoegd. Ingeval de verkrijgende vennootschap naast X nog andere aandeelhouders heeft, wordt de belastingdruk immers ook door andere schouders gedragen.

46. Maar zelfs wanneer wordt aangenomen dat de groep ondernemingen in globo in aanmerking mag worden genomen om de fiscale bepalingen te beoordelen, is er in grensoverschrijdende gevallen niettemin sprake van nadelige gevolgen. Zoals SGI onderstreept en de Belgische regering eveneens betoogt, kan een winstcorrectie in de staat van vestiging van de vennootschap die een abnormaal voordeel heeft toegekend, immers tot dubbele belasting van dezelfde inkomsten leiden.

47. Aldus werden de bestuurdersvergoedingen die SGI aan Cobelpin heeft betaald, bij de winst van SGI gevoegd (dan wel niet van haar inkomsten afgetrokken). Tegelijkertijd kwamen diezelfde betalingen in de belastbare

grondslag van Cobelpin terecht en werden zij in Luxemburg aan belasting onderworpen.¹⁵ Ook de fictieve rente van de lening aan Recydem dreigt verschillende malen te worden belast. Deze rente werd bij de winst van SGI gevoegd. Aangezien Recydem die rente evenwel niet daadwerkelijk heeft betaald, zal de Franse fiscus deze evenwel niet zonder meer als beroepskost aanvaarden.

48. Stellig wijzen de lidstaten er terecht op dat dubbele belasting kan worden voorkomen door het Arbitrageverdrag toe te passen. Zo kunnen Cobelpin respectievelijk Recydem krachtens dit verdrag om een correctie van de vaststelling van hun inkomsten verzoeken, waarbij rekening wordt gehouden met de fiscale behandeling in België van de door SGI toegekende voordelen. Tot het daartoe in voorkomend geval vereiste onderlinge overleg tussen de betrokken belastingadministraties wordt evenwel enkel overgegaan op verzoek van de belastingplichtige, hetgeen van deze laatste dus een extra administratieve inspanning vergt. Bovendien moet de belastingplichtige deze dubbel geheven belasting gedurende die procedure voorfinancieren. Daarbij kunnen een overleg- en eventueel daarop aansluitende arbitrageprocedure meerdere jaren in beslag nemen, ingeval de in het verdrag voorziene proceduretermijnen volledig worden benut.

49. In soortgelijke binnenlandse situaties is het gevaar voor dubbele belasting daaren-

tegen grotendeels uitgesloten, aangezien de toevoeging aan de winst van het voordeel dan achterwege blijft, wanneer het voordeel fiscaal in aanmerking wordt genomen bij de verkrijger.¹⁶

50. De mogelijke dubbele belasting van dezelfde inkomsten is in casu evenmin uitsluitend het gevolg van de parallelle uitoefening van heffingsbevoegdheid door twee lidstaten, hetgeen volgens de rechtspraak van het Hof bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht niet tegen de fundamentele vrijheden indruist.¹⁷ Veeleer vloeit zij voort uit de verschillende fiscale behandeling van vergelijkbare situaties door een en dezelfde lidstaat.

51. Deze lidstaat zou in beginsel het gevaar voor dubbele belasting kunnen afwenden, indien hij ook voor voordelen die een ingezeten vennootschap aan een niet-ingezeten vennootschap toekent, van de winstcorrectie zou afzien wanneer het voordeel bij de verkrijgende vennootschap wordt belast. Die lidstaat moet dan wel de verschuiving van belastbare materie naar de staat van vestiging

15 — Blijkens de door de verwijzende rechterlijke instantie verstrekte gegevens kon Cobelpin deze inkomsten weliswaar met eigen verliezen compenseren, maar ook dan blijft het zo dat deze inkomsten in Luxemburg werden belast en in elk geval de overdracht van verliezen naar het volgende aanslagjaar hebben verminderd.

16 — Op grond van de voormelde nieuwe versie van artikel 26 WIB 92 (zie voetnoot 5 supra), die de gelijktijdige toepassing van artikel 49 WIB 92 toestaat, kan er inmiddels ook in binnenlandse gevallen sprake zijn van een meervoudige belasting van dezelfde inkomsten, hetgeen volgens het Belgische Grondwettelijk Hof evenwel moet worden aanvaard (zie arrest van 6 november 2008, aangehaald in voetnoot 4). Deze nieuwe versie geldt echter *ratione temporis* niet voor de zaak in het hoofdgeding.

17 — Zie in die zin arresten van 14 november 2006, Kerckhaert en Morres (C-513/04, Jurispr. blz. I-10967, punt 20); 6 december 2007, Columbus Container Services (C-298/05, Jurispr. blz. I-10451, punten 43 en 51); 12 februari 2009, Block (C-67/08, Jurispr. blz. I-883, punten 28 en 31), en 16 juli 2009, Damseaux (C-128/08, Jurispr. blz. I-6823, punt 35).

van de verkrijgende vennootschap aanvaarden. Of het gemeenschapsrecht dit daadwerkelijk verlangt, moet zo dadelijk in het kader van de beoordeling van de rechtvaardigingsgronden worden onderzocht.

52. Als tussentijdse conclusie dient te worden vastgesteld dat een nationale bepaling zoals artikel 26 WIB 92 wegens de verschillende behandeling van binnenlandse en grensoverschrijdende situaties de oprichting van vestigingen in een andere lidstaat kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken. Bijgevolg beperkt deze bepaling de uitoefening van de door artikel 43 EG gewaarborgde vrijheid van vestiging.

C — *Rechtvaardiging van de beperking*

53. Een beperking van de vrijheid van vestiging is slechts toelaatbaar wanneer zij gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Bovendien moet in een dergelijk geval de beperking geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en mag zij niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.¹⁸

18 — Arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 13, punt 35); Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 8, punt 47), Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (aangehaald in voetnoot 8, punt 64) en Aberdeen Property Fininvest Alpha (aangehaald in voetnoot 12, punt 57).

54. De betrokken regeringen en de Commissie zijn het erover eens dat een regeling zoals artikel 26 WIB 92 ertoe strekt, een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen. Tegelijkertijd verwijzen zij naar de rechtvaardigingsgrond inzake de bestrijding van belastingontwijking door het voorkomen van misbruiken.

55. De Duitse regering legt daarbij de klemtoon op eerstgenoemde rechtvaardigingsgrond en is van mening dat deze ook los van de rechtvaardiging uit hoofde van de bestrijding van misbruiken moet gelden. Hoe dan ook mag de draagwijdte van de rechtvaardigingsgrond inzake de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid niet worden beperkt door een al te strikte evenredigheidstoets, zoals het Hof deze inzake de bestrijding van misbruiken hanteert.

1. Verhouding tussen de rechtvaardigingsgrond inzake de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid en de rechtvaardigingsgrond inzake de bestrijding van misbruiken

56. In het arrest Marks & Spencer heeft het Hof zoals bekend de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten erkend als dwingende reden van algemeen belang die een beperking van de fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen.

Aanvankelijk heeft het dienaangaande als daarmee verbonden elementen verwezen naar het vermijden van dubbele verliescompensatie en de bestrijding van belastingontduiking/belastingontwijking.¹⁹ Nadien heeft het Hof de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid ook als rechtvaardigingsgrond erkend wanneer deze bijkomende elementen niet beide aanwezig waren.²⁰

57. Met de erkenning van deze rechtvaardigingsgrond houdt het Hof rekening ermee dat de heffing van directe belastingen in wezen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort.²¹ Bij gebreke van harmonisatie in het gemeenschaprecht staat het tevens aan de lidstaten, de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid vast te stellen door dubbelbelastingverdragen te sluiten of door eenzijdige maatregelen te nemen.²² Zoals het Hof eveneens heeft verklaard, is het in dit verband niet onredelijk dat de lidstaten zich door de

internationale praktijk en de door de OESO opgestelde modelverdragen laten leiden.²³

58. In andere gevallen heeft het Hof de nadruk gelegd op de rechtvaardigingsgrond van het voorkomen van belastingontwijking. Op grond daarvan zijn beperkingen van de fundamentele vrijheden ter bestrijding van misbruiken gerechtvaardigd, wanneer de betrokken regelingen specifiek gericht zijn op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de wetgeving van de betrokken lidstaat te omzeilen.²⁴

59. Dergelijke met het oog op misbruik opgezette constructies zijn derhalve slechts een bijzondere vorm van inbreuk op de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. Wanneer kunstmatige constructies worden gekozen om inkomsten in een lidstaat aan belastingheffing te onttrekken en deze inkomsten in plaats daarvan in een andere staat aan belasting te onderwerpen, vormt dit niet anders dan een ontwrichting van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.²⁵ Het bestrijden van dergelijke praktijken is in de regel dan ook geen doel op zich, maar dient een hoger doel,

19 — In de Franse versie van de desbetreffende arresten, te weten de taalversie waarin de beraadslaging over deze arresten heeft plaatsgevonden, wordt stevast het begrip „*évasion fiscale*” gebruikt. Aldus lijken belastingontduiking en belastingontwijking louter verschillende vertalingen te zijn van hetzelfde Franse begrip, en betekenen zij dus ook hetzelfde. Derhalve zal ik hierna enkel het begrip belastingontwijking gebruiken.

20 — Arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 9, punt 60) en arrest van 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Jurispr. blz. I-3601, punt 40).

21 — Zie arresten Marks & Spencer (aangehaald in voetnoot 13, punt 29); Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 8, punt 40), Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (aangehaald in voetnoot 8, punt 25) en Aberdeen Property Fininvest Alpha (aangehaald in voetnoot 12, punt 24).

22 — Zie arresten van 12 mei 1998, Gilly (C-336/96, Jurispr. blz. I-2793, punten 24 en 30), en 23 februari 2006, Van Hilten-van der Heijden (C-513/03, Jurispr. blz. I-1957, punt 47), alsook arresten Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (aangehaald in voetnoot 8, punt 49) en Oy AA (aangehaald in voetnoot 9, punt 52).

23 — Arresten Gilly (aangehaald in voetnoot 22, punt 31), Van Hilten-van der Heijden (aangehaald in voetnoot 22, punt 48) en Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 20, punt 22).

24 — Zie inzonderheit arresten Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 8, punt 51) en Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (aangehaald in voetnoot 8, punt 72).

25 — Zie arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 8, punt 56).

te weten het waarborgen van het recht van een lidstaat om zijn heffingsbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot de activiteiten die plaatsvinden op zijn grondgebied.

60. Dit betekent evenwel niet dat de rechtvaardigingsgrond inzake de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid enkel dan geldt wanneer tevens de voorwaarden van de rechtvaardigingsgrond inzake de bestrijding van misbruiken vervuld zijn. Naargelang de vorm en de doelstelling van de te toetsen nationale bepaling kan de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid ook alleen of samen met andere rechtvaardigingsgronden de doorslag geven.

61. Het criterium betreffende kunstmatige constructies dient steeds te worden toegepast wanneer grensoverschrijdende transacties volgens hun uiterlijke schijn normale economische handelingen lijken. In beginsel geldt dan het vermoeden dat de transactie in het kader van de rechtmatige uitoefening van de vrijheid van vestiging heeft plaatsgevonden.²⁶ Enkel wanneer deze schijnconstructie wordt blootgelegd door het bewijs dat er in werkelijkheid geen echte economische bestaansreden voor de transactie in die specifieke vorm bestaat, wordt afbreuk gedaan aan de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.

26 — Zie in die zin arresten *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (aangehaald in voetnoot 8, punt 73 en aangehaalde rechtspraak) en *Lammers & Van Cleeff* (aangehaald in voetnoot 7, punt 27).

62. De regeling van artikel 26 WIB 92 vereist dat concrete transacties tussen gelieerde ondernemingen worden beoordeeld. Op basis van het at arm's length-beginsel moet worden uitgemaakt of normale dan wel uit economisch oogpunt onbegrijpelijke voorwaarden zijn overeengekomen. In het kader van een mogelijke rechtvaardiging ligt het bijgevolg voor de hand, eerst te toetsen of deze bepaling strekt tot het bestrijden van kunstmatige constructies die werden gekozen omwille van belastingontwijking. De handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid als feitelijke rechtvaardigingsgrond moet dan in zekere zin pas in tweede instantie worden beoordeeld.

63. Aangezien de bestrijding van misbruiken in de vorm van kunstmatige constructies ter ontwijking van belasting zoals gezegd een deelaspect van de rechtvaardigingsgrond van de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid vormt, moeten in het kader van deze respectieve rechtvaardigingsgronden evenmin verschillende criteria worden toegepast bij de evenredigheidstoets. Nationale beperkingen die niet alleen met het oog op misbruik opgezette constructies maar ook gewone transacties treffen, zijn onevenredig, omdat zij verder gaan dan ter verwezenlijking van het doel is vereist. Wanneer in verschillende lidstaten gevestigde ondernemingen overeenkomsten met normale economische condities sluiten, wordt de verdeling van de heffingsbevoegdheid daardoor niet aangetast. Indien een nationale bepaling niettemin in de weg zou staan aan dergelijke overeenkomsten, zou zij eveneens onevenredig zijn.

2. Beoordeling van de rechtvaardigingsgronden

zien wanneer overeenkomsten tussen verbonden vennootschappen de toetsing aan het at arm's length-beginsel niet doorstaan.

64. Allereerst moet worden beoordeeld of artikel 26 WIB 92 geschikt is ter verwezenlijking van de beoogde doelstellingen.

65. Teneinde kunstmatige constructies, die de verdeling van de heffingsbevoegdheid ondermijnen, te onderscheiden van normale transacties, houdt artikel 26 WIB 92 in de eerste plaats rekening met het bestaan van een band van wederzijdse afhankelijkheid tussen de betrokken ondernemingen, en in de tweede plaats met het feit dat het toegekende voordeel abnormaal of goedgeunstig is. Zo deze voorwaarden zijn vervuld, wordt het voordeel aan de belastbare grondslag van de toekenende vennootschap toegevoegd.

66. In het hoofdgeding heeft de toepassing van deze bepaling ertoe geleid dat de rente van 5 %, die SGI volgens de schatting van belastingadministratie voor de lening aan Recydem had kunnen verkrijgen, bij de inkomsten van SGI is gevoegd. De betalingen aan Cobelpin voor haar activiteiten in de raad van bestuur zijn eveneens opnieuw in de belastbare grondslag van SGI opgenomen, aangezien daar geen daadwerkelijke tegenprestatie van Cobelpin tegenover stond.

67. De betrokken nationale bepaling is gebaseerd op artikel 9 van het OESO-Modelverdrag en op artikel 4 van het Arbitrageverdrag die in soortgelijke winstcorrecties voor-

68. In het arrest *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* heeft het Hof in beginsel erkend dat het at arm's length-beginsel een geschikt criterium vormt om kunstmatige constructies van reële economische transacties te onderscheiden. Het Hof oordeelde over de in die zaak in geding zijnde regels inzake onderkapitalisatie als volgt:

„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.”²⁷

27 — Arrest *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (aangehaald in voetnoot 8, punt 81). Zie ook arrest *Lammers & Van Cleeff* (aangehaald in voetnoot 7, punt 30).

69. Het is juist dat artikel 26 WIB 92 lichtjes afwijkt van artikel 9 van het OESO-Modelverdrag, waarin de lidstaten een feitelijk richtsnoer voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid wordt geboden. Aldus is volgens deze bepaling voor het bewijs van het bestaan van een band van wederzijdse afhankelijkheid tussen de ondernemingen niet noodzakelijkerwijs vereist dat een deelneming aan de leiding van, aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van de onderneming wordt aangetoond. Voorts verlangt artikel 26 WIB 92 niet uitdrukkelijk dat een vergelijking wordt gemaakt met de voorwaarden waaronder een overeenkomstige transactie tussen onafhankelijke ondernemingen tot stand zou zijn gekomen. Uit de uitlegging van het begrip abnormaal voordeel in de nationale rechtspraak blijkt evenwel duidelijk dat daarmee nauwelijks wat anders bedoeld wordt.²⁸

70. Door het begrip rechtstreekse of indirecte band van wederzijdse afhankelijkheid wordt de verhouding afgebakend tussen de ondernemingen die er belang bij kunnen hebben, elkaar atypische contractvoorwaarden te verlenen om belasting te ontwijken. Dit begrip is evenwel zeer ruim opgevat. Ofschoon het Hof met betrekking tot het gemeenschapsrecht heeft geoordeeld dat inzonderheid bij regelingen die financiële consequenties kunnen hebben, de belastingplichtige duidelijk zijn verplichtingen moet kunnen kennen²⁹, schendt deze bepaling daarom het rechtszekerheidsbeginsel nog niet. Bepalingen die misbruiken moeten bestrijden, dienen immers noodzakelijkerwijs onbepaalde rechtsbegrippen te bevatten, teneinde in voorkomend geval tal van mogelijke constructies te kunnen dekken die zijn opgezet ter ontwijking van de belasting.

Bovendien is het bestaan van een band van wederzijdse afhankelijkheid niet het enige beslissende feitelijke kenmerk. Veeleer is vooral van belang of er tussen de gelieerde ondernemingen abnormale of goedgeunstige voordelen zijn toegekend.

71. Ondanks deze afwijkingen van artikel 9 van het OESO-Modelverdrag en van artikel 4 van het Arbitrageverdrag is artikel 26 WIB 92 geschikt ter verwezenlijking van de doelstelling, kunstmatige constructies tegen te gaan die tot stand zijn gebracht omwille van belastingontwijking.

72. Doordat artikel 26 WIB 92 uitsluit dat verbonden ondernemingen elkaar abnormale of goedgeunstige voordelen toekennen en op die manier winsten uit de belastbare grondslag van een ingezeten vennootschap naar de belastbare grondslag van een niet-ingezeten vennootschap kunnen overhevelen, waarborgt deze bepaling ook de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.

73. Dergelijke voordelen vormen in werkelijkheid immers verdoken winstoverdrachten tussen verbonden ondernemingen. In het arrest Oy AA heeft het Hof reeds vastgesteld dat overdrachten tussen gelieerde ondernemingen de verdeling van de heffingsbevoegdheid omzeilen. Indien dergelijke transfers fiscaal in aanmerking zouden moeten worden genomen, zouden de ondernemingen

28 — Zie punt 9 supra van onderhavige conclusie.

29 — Zie arrest van 21 februari 2006, Halifax e.a. (C-255/02, Jurispr. blz. I-1609, punt 72).

van een groep immers vrij kunnen kiezen in welke lidstaat zij die inkomsten aan belasting onderwerpen, zonder rekening te moeten houden met de plaats waar deze zijn verwezenlijkt.³⁰

74. Verder moet evenwel worden nagegaan of de betrokken wettelijke bepalingen niet verder gaan dan voor het bereiken van deze doelstellingen nodig is.

75. In dit verband volgt in de eerste plaats uit het arrest *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* dat bepalingen die kunstmatige constructies voorkomen met een beroep op het at arm's length-beginsel, dergelijke constructies enkel fiscaal mogen negeren in de mate dat deze afwijken van hetgeen onder normale voorwaarden van vrije mededinging tussen van elkaar onafhankelijke ondernemingen zou zijn overeengekomen.³¹ Een buitensporig lage of hoge prijs voor een prestatie tussen verbonden ondernemingen mag er bijvoorbeeld niet toe leiden dat deze transactie fiscaal volstrekt niet in aanmerking wordt genomen. Veeleer moeten dergelijke prijzen met het oog op de belastingheffing tot het gebruikelijke niveau worden vermeerderd dan wel verminderd.³²

30 — Zie in die zin arrest *Oy AA* (aangehaald in voetnoot 9, punten 55 en 56) alsook, specifiek betreffende de overdracht van verliezen, arresten *Marks & Spencer* (aangehaald in voetnoot 13, punten 45 en 46) en *Lidl Belgium* (aangehaald in voetnoot 20, punt 32).

31 — Arresten *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (aangehaald in voetnoot 8, punt 80) en *Lammers & Van Cleeff* (aangehaald in voetnoot 7, punt 29).

32 — Zie in die zin arrest *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (aangehaald in voetnoot 8, punt 83).

76. Uit de bewoordingen van artikel 26 WIB 92 kan weliswaar niet met zekerheid worden afgeleid dat de winstcorrectie daadwerkelijk wordt beperkt tot het terugbrengen van de abnormale voordelen tot het gebruikelijke niveau, maar deze bepaling wordt blijkbaar door de belastingadministratie en door de rechterlijke instanties op die manier opgevat en toegepast. Zo werd het bedrag van de rente die bij de inkomsten van SGI is gevoegd, op basis van de gewone marktrente berekend. Onder voorbehoud van de definitieve vaststellingen van de verwijzende rechterlijke instantie moet er dan ook van worden uitgegaan dat de concrete toepassing van de betrokken bepaling ter zake met het evenredigheidsbeginsel strookt.

77. In de tweede plaats moeten bepalingen ter bestrijding van misbruiken de belastingplichtige die van een kunstmatige constructie wordt verdacht, in elk geval de mogelijkheid bieden om bewijzen over te leggen met betrekking tot de eventuele economische redenen waarom de transactie heeft plaatsgevonden.³³

78. Artikel 26 WIB 92 vereist dat een abnormaal of goedgunstig voordeel is toegekend. Deze bepaling sluit niet uit dat de belastingplichtige dergelijke kwalificatie van de transactie door de belastingadministratie weerlegt. Daartoe moet hij aantonen dat de gelaakte

33 — Zie in die zin arrest *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (aangehaald in voetnoot 8, punt 82) en beschikking van 23 april 2008, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation* (C-201/05, Jurispr. blz. I-2875, punt 84).

transactie daadwerkelijk een reële economische bestaansreden heeft en ook in omstandigheden van vrije mededinging tussen onafhankelijke ondernemingen onder dezelfde voorwaarden zou zijn afgesloten.

tige verdeling van de heffingsbevoegdheid voorhanden lijkt.³⁵

79. In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat er voor de toekenning van een renteloze lening door SGI aan Recydem geen economische reden bestond, aangezien SGI zelf hoge schulden had en Recydem zich in een veilige financiële positie bevond. Ook voor de betalingen aan Cobelpin heeft SGI blijkens de informatie van de verwijzende rechterlijke instantie niet kunnen aantonen dat deze een passende vergoeding voor de activiteiten in de raad van bestuur vormden.

81. Derhalve gaat een regeling zoals artikel 26 WIB 92 niet verder dan hetgeen voor de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en het voorkomen van belastingontwijking noodzakelijk is.

80. Ten slotte moet erop worden gewezen dat de nadelige effecten van de winstcorrectie krachtens artikel 26 WIB 92 grotendeels teniet worden gedaan doordat de verkrijgende onderneming er ingevolge het Arbitrageverdrag aanspraak op kan maken dat deze correctie op overeenkomstige wijze met betrekking tot haar belastingsituatie in aanmerking wordt genomen. De daarmee gepaard gaande extra belasting³⁴ is onvermijdelijk, aangezien geen minder ingrijpende maatregel ter handhaving van een evenwicht-

82. Bijgevolg leidt een regeling zoals artikel 26 WIB 92 weliswaar tot een beperking van de door artikel 43 EG juncto artikel 48 EG gewaarborgde vrijheid van vestiging, maar is een dergelijke regeling op grond van de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en het voorkomen van belastingontwijking gerechtvaardigd.

34 — Zie punt 48 supra.

35 — Met de regeling van het Arbitrageverdrag gaan de lidstaten zelfs verder dan hetgeen het gemeenschapsrecht verlangt. Volgens de rechtspraak van het Hof is een lidstaat bij de toepassing van zijn eigen fiscale wetgeving immers niet verplicht, rekening te houden met de eventueel ongunstige gevolgen voortvloeiende uit de bijzonderheden van een regeling van een andere staat die van toepassing is op een vestiging die een binnenlandse vennootschap op het grondgebied van die andere staat heeft opgericht [zie arrest van 23 oktober 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, Jurispr. blz. I-8061, punt 49 en aangehaalde rechtspraak)].

V — Conclusie

83. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 43 EG juncto artikel 48 EG verzet zich niet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat, zoals artikel 26 van het Belgische wetboek inzake inkomstenbelastingen 1992, volgens welke een abnormaal of goedgunstig voordeel wordt belast bij een ingezeten vennootschap die dit voordeel heeft toegekend aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap waarmee zij zich rechtstreeks of indirect in enigerlei band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt, terwijl een ingezeten vennootschap in gelijke omstandigheden niet kan worden belast over een dergelijk voordeel dat zij heeft toegekend aan een binnenlandse vennootschap waarmee zij zich rechtstreeks of indirect in enigerlei band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt.”