ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

3 oktober 2013*

„Vrij verkeer van kapitaal — Belastingwetgeving — Vennootschapsbelasting — Rente die door een ingezeten vennootschap is betaald als tegenprestatie voor krediet dat door een in een derde land gevestigde vennootschap is verstrekt — Bestaan van een ‚bijzondere relatie' tussen die vennootschappen — Regels inzake onderkapitalisatie — Niet-aftrekbaarheid van rente op het deel van de schuld dat als te hoog wordt beschouwd — Aftrekbaarheid ingeval rente is betaald aan een op het nationaal grondgebied gevestigde vennootschap — Belastingfraude en -ontwijking — Volstrekt kunstmatige constructies — Omstandigheden van volledige mededinging — Evenredigheid"

In zaak C-282/12,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Tribunal Central Administrativo Sul (Portugal) bij beslissing van 29 mei 2012, ingekomen bij het Hof op 6 juni 2012, in de procedure

Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda

tegen

Fazenda Pública,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen, kamerpresident, K. Lenaerts, vicepresident van het Hof, waarnemend rechter van de Vierde kamer, J. Malenovský, U. Lõhmus (rapporteur) en M. Safjan, rechters,

advocaat-generaal: N. Wahl,

griffier: V. Tourrès, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 april 2013,

gelet op de opmerkingen van:

— Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda, vertegenwoordigd door P. Vidal Matos en D. Ortigão Ramos, advogados,

— de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes, J. Menezes Leitão en A. Cunha als gemachtigden,

* Procestaal: Portugees.

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door M. Afonso en W. Roels als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 56 EG en 58 EG.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda (hierna: „Itelcar") en de Fazenda Pública (Schatkist) betreffende de gedeeltelijke niet-aftrekbaarheid van rente die Itelcar heeft betaald aan de Amerikaanse vennootschap GE Capital Fleet Services International Holding, Inc. (hierna: „GE Capital") als tegenprestatie voor de haar door deze vennootschap verstrekte kredieten.

Toepasselijke bepalingen van Portugees recht

3 Het wetboek vennootschapsbelasting (Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas), in de versie die is vastgesteld bij wetsdecreet nr. 198/2001 van 3 juli 2001, zoals gewijzigd bij wet nr. 60-A/2005 van 30 december 2005 (hierna: „CIRC"), bevat een artikel 61 („Onderkapitalisatie"), dat luidt als volgt:

„1. Ingeval de schuldenlast van een belastingplichtige jegens een niet op Portugees grondgebied of in een andere lidstaat van de Unie gevestigde entiteit waarmee een bijzondere relatie bestaat in de zin van artikel 58, lid 4, na de nodige aanpassingen te hoog blijkt te zijn, is de rente op het deel van de schuld dat als te hoog wordt beschouwd, niet aftrekbaar met het oog op de vaststelling van de belastbare winst.

2. Met het bestaan van een bijzondere relatie wordt de situatie gelijkgesteld waarin de belastingplichtige schulden is aangegaan jegens een niet op Portugees grondgebied of in een andere lidstaat van de Unie gevestigde derde en één van de in artikel 58, lid 4, bedoelde entiteiten een waarborg of een zekerheid heeft gesteld.

3. Er is sprake van een te hoge schuldenlast wanneer het bedrag aan schulden jegens de in de leden 1 en 2 bedoelde entiteiten op een bepaald tijdstip in het aanslagjaar meer beloopt dan het dubbele van de waarde van de deelneming van de betrokken entiteit in het eigen vermogen van de belastingplichtige.

4. Bij de berekening van de schuldenlast wordt rekening gehouden met alle kredieten die zijn verleend door de entiteit waarmee een bijzondere relatie bestaat, ongeacht de vorm ervan – in geld dan wel in natura – of de overeengekomen tegenprestatie. Daartoe behoren ook kredieten die zijn verleend in het kader van handelstransacties, wanneer sinds de datum van opeisbaarheid daarvan meer dan zes maanden zijn verstreken.

5. Bij de berekening van het eigen vermogen wordt het geplaatste en gestorte maatschappelijk kapitaal opgeteld bij de andere overeenkomstig de toepasselijke boekhoudregelgeving als zodanig aangemerkte posten, met uitzondering van die welke potentiële of latente waardevermeerderingen of –verminderingen betreffen, in het bijzonder wanneer die resulteren uit krachtens de belastingwetgeving verboden herwaarderingen of de toepassing van de equitymethode.

6. Tenzij schulden zijn aangegaan jegens een entiteit die is gevestigd in een land, een gebied of een regio met een duidelijk gunstiger belastingregeling, dat/die in de bij besluit van de minister van Staat en Financiën goedgekeurde lijst is opgenomen, is lid 1 bij overschrijding van de in lid 3 bedoelde coëfficiënt niet van toepassing, mits de belastingplichtige aantoont, gelet op de aard van zijn activiteiten, de sector waarin hij actief is, zijn omzet en andere relevante criteria en rekening houdend met een risicoprofiel voor de verrichting waarbij buiten beschouwing wordt gelaten de betrokkenheid van de entiteiten waarmee een bijzondere relatie bestaat, dat hij een krediet van hetzelfde bedrag tegen vergelijkbare voorwaarden ook van een onafhankelijke entiteit had kunnen verkrijgen.

7. Het in lid 6 bedoelde bewijs moet het in artikel 121 vermelde belastingdossier omvatten."

4 Artikel 58, lid 4, CIRC, waarnaar de leden 1 en 2 van artikel 61 daarvan verwijzen, luidt:

„Er is sprake van een bijzondere relatie tussen twee entiteiten wanneer één daarvan rechtstreeks of indirect een aanmerkelijke invloed kan uitoefenen op de bestuursbesluiten van de andere, hetgeen met name wordt geacht vast te staan tussen:

a) een entiteit en haar aandeelhouders of hun echtgenoten, ascendenten of descendenten die rechtstreeks of indirect ten minste 10 % van het kapitaal of de stemrechten bezitten;

b) entiteiten waarin dezelfde aandeelhouders, hun echtgenoten, ascendenten of descendenten rechtstreeks of indirect ten minste 10 % van het kapitaal of van de stemrechten bezitten;

c) een entiteit en de leden van haar vennootschapsorganen of enig orgaan belast met het bestuur, het management, de dagelijkse leiding of het toezicht, en hun echtgenoten, ascendenten en descendenten;

d) entiteiten waarbij de meerderheid van de leden van de vennootschapsorganen of van de leden van enig orgaan belast met het bestuur, het management, de dagelijkse leiding of het toezicht, dezelfde personen zijn dan wel, wanneer het andere personen zijn, er tussen hen onderlinge banden bestaan door huwelijk, geregistreerd partnerschap of verwantschap in rechte lijn;

e) entiteiten die onderling verbonden zijn door overeenkomsten die voorzien in ondergeschiktheid of pariteit dan wel door een andere overeenkomst met gelijkwaardige werking;

f) ondernemingen die zich in een zeggenschapsverhouding bevinden, zoals die is omschreven in de regelgeving houdende de verplichting tot opstelling van een geconsolideerde jaarrekening;

g) entiteiten waartussen wegens onderlinge commerciële, financiële, beroepsmatige of juridische relaties, die rechtstreeks of indirect tot stand zijn gekomen of worden aangewend, een verhouding van feitelijke afhankelijkheid bestaat bij de uitoefening van de betrokken activiteit, met name wanneer zich een van de volgende situaties voordoet:

   1) een van beide kan haar activiteit in wezen slechts uitoefenen indien de andere haar industriële- of intellectuele-eigendomsrechten of knowhow in dit verband overdraagt;

   2) een van beide is wezenlijk afhankelijk van de andere voor de levering van grondstoffen of de toegang tot netwerken voor de verkoop van producten, goederen of diensten;

   3) een wezenlijk deel van de activiteit van een van beide kan enkel samen met de andere worden uitgevoerd of hangt van de beslissingen van de andere af;

4) het recht om de prijzen of voorwaarden met een gelijkwaardige economische werking vast te stellen voor goederen of diensten die door een van beide worden verhandeld, geleverd of verworven, komt krachtens een rechtshandeling aan de andere toe;

5) een van beide kan op grond van de voorschriften en voorwaarden tot regeling van hun commerciële of juridische betrekkingen de bestuursbesluiten van de andere laten afhangen van feiten of omstandigheden die vreemd zijn aan hun eigenlijke commerciële of beroepsmatige relatie;

h) een ingezeten entiteit of een niet-ingezeten entiteit met een vaste inrichting op Portugees grondgebied en een aan een duidelijk gunstiger belastingregeling onderworpen entiteit die is gevestigd in een land, een gebied of een regio dat/die is opgenomen in de bij besluit van de minister van Staat en Financiën goedgekeurde lijst."

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

5 Itelcar is een Portugese vennootschap waarvan de economische activiteit met name bestaat in de verhuur van lichte motorrijtuigen. Tot 2005 was haar maatschappelijk kapitaal volledig in handen van General Electric International (Benelux) BV, een Belgische vennootschap waarvan meer dan 10 % van het kapitaal in handen is van GE Capital. Sinds 2006 is 99,98 % van het kapitaal van Itelcar in handen van de voornoemde Belgische vennootschap en 0,02 % in handen van GE Capital.

6 Op 23 juli 2001 is tussen Itelcar en GE Capital een kredietovereenkomst met een looptijd van tien jaar ingegaan waarbij een doorlopend krediet aan Itelcar werd verleend, tegen vergoeding van rente tegen het Euribor-tarief verhoogd met een „spread" van 0,5 %.

7 Concreet heeft Itelcar in het kader van die overeenkomst in 2004 122 072 179,97 EUR, in 2005 131 772 249,75 EUR, in 2006 212 113 789,46 EUR en in 2007 272 113 789,46 EUR aan krediet opgenomen.

8 Itelcar heeft zich tot de directeur-generaal van de dienst belastingen gewend, teneinde aan te tonen dat zij voor elk van de jaren van 2004 tot en met 2007 een krediet van hetzelfde bedrag als het haar door GE Capital verstrekte krediet tegen vergelijkbare voorwaarden ook van een onafhankelijke entiteit had kunnen verkrijgen en dat de met GE Capital overeengekomen rentespread in overeenstemming was met het zakelijkheidsbeginsel.

9 Bij berichten van 5 december 2008 en 8 januari 2009 is Itelcar in kennis gesteld van de eindverslagen van de belastinginspectie waarin op grond van artikel 61 CIRC voor de jaren 2004 tot en met 2007 correcties waren doorgevoerd in de belastinggrondslag van die vennootschap. Volgens die verslagen was er sprake van een te hoge schuldenlast in de zin van artikel 61, lid 3, CIRC en waren de door Itelcar overgelegde bewijzen ontoereikend om lid 6 van dat artikel te kunnen toepassen.

10 In 2009 heeft Itelcar twee bezwaarprocedures ingeleid tegen die correcties. Nadat haar bezwaren waren afgewezen, heeft zij beroep ingesteld bij het Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra. Dat beroep is ten dele verworpen op grond dat de in casu toegepaste bepalingen van nationaal recht geen schending opleverden van het in artikel 56 EG erkende vrije kapitaalverkeer.

11 Itelcar heeft tegen het vonnis van het Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter, die van oordeel is dat de uitkomst van het bij hem aanhangige geding afhangt van de vraag of de toepasselijke bepalingen van de CIRC verenigbaar zijn met het Unierecht.

12 Daarop heeft het Tribunal Central Administrativo Sul de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Verzetten de artikelen 63 VWEU en 65 VWEU (voorheen de artikelen 56 EG en 58 EG) zich tegen een wettelijke regeling van een lidstaat als artikel 61 CIRC [...], volgens welke ingeval een in Portugal ingezeten belastingplichtige een schuld is aangegaan jegens een in een derde land gevestigde entiteit waarmee een bijzondere relatie bestaat in de zin van artikel 58, lid 4, CIRC, de rente fiscaal niet als kosten aftrekbaar is voor het gedeelte dat betrekking heeft op de te hoge schuldenlast in de zin van artikel 61, lid 3, CIRC, wanneer de op het nationale grondgebied gevestigde belastingplichtige deze rente heeft betaald tegen dezelfde voorwaarden als voor rente die zou zijn betaald door een in Portugal gevestigde belastingplichtige die een te hoge schuldenlast heeft jegens een in Portugal gevestigde entiteit waarmee een bijzondere relatie bestaat?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

13 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 56 EG aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat volgens welke de rente op het als te hoog beschouwde deel van een schuld met het oog op de bepaling van de belastbare winst niet als kosten aftrekbaar is wanneer zij door een ingezeten belastingplichtige is betaald aan een in een derde land gevestigde kredietgever waarmee een bijzondere relatie bestaat, terwijl een dergelijke rente wél aftrekbaar is wanneer zij is betaald aan een ingezeten kredietgever waarmee de kredietnemer een bijzondere relatie heeft.

Toepasselijke vrijheid

14 Aangaande de toepasselijkheid van artikel 56 EG op de feiten van het hoofdgeding zij van meet af aan vastgesteld dat door niet-ingezetenen aan ingezetenen verstrekte financiële leningen en kredieten kapitaalbewegingen in de zin van die bepaling vormen, zoals overigens blijkt uit rubriek VIII van de nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag (artikel ingetrokken bij het Verdrag van Amsterdam) (PB L 178, blz. 5) en uit de verklarende aantekeningen in die bijlage (zie in die zin arrest van 3 oktober 2006, Fidium Finanz, C-452/04, Jurispr. blz. I-9521, punten 41 en 42).

15 De Portugese regering stelt echter dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling gebaseerd is op het bestaan van een „bijzondere relatie”, doordat de kredietgever rechtstreeks of indirect een aanmerkelijke invloed kan uitoefenen op de bestuurs- en financieringsbesluiten van de kredietnemer. Volgens haar heeft het Hof dergelijke regelingen uitsluitend onderzocht in het licht van de vrijheid van vestiging, die niet van toepassing is op transacties die, zoals in casu, worden verricht met een in een derde land gevestigde entiteit.

16 Dienaangaande heeft het Hof met betrekking tot een nationale wettelijke regeling inzake de fiscale behandeling van uit een derde land afkomstige dividenden geoordeeld dat reeds uit het onderzoek van het voorwerp van die wettelijke regeling kan worden opgemaakt of de fiscale behandeling in kwestie onder de bepalingen van het EG-Verdrag inzake het vrije verkeer van kapitaal valt. Een dergelijke wettelijke regeling kan namelijk niet onder artikel 43 EG vallen, aangezien het hoofdstuk van het Verdrag inzake de vrijheid van vestiging geen enkele bepaling bevat op grond waarvan de werkingssfeer van de voorschriften ervan kan worden verruimd tot situaties betreffende de vestiging van een vennootschap van een lidstaat in een derde land of van een vennootschap van een derde land in een lidstaat (zie arrest van 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-35/11, punten 96 en 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 Het Hof heeft voorts geoordeeld dat wanneer een dergelijke nationale wettelijke regeling blijkens het voorwerp ervan enkel van toepassing is op participaties waarmee een zodanige invloed op de besluiten van de betrokken vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, noch artikel 43 EG noch artikel 56 EG met succes kan worden aangevoerd (arrest Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald, punt 98).

18 Een nationale regeling betreffende de fiscale behandeling van uit een derde land afkomstige dividenden die niet uitsluitend van toepassing is op situaties waarin de moedermaatschappij een beslissende invloed uitoefent op de uitkerende vennootschap, moet daarentegen aan artikel 56 EG worden getoetst. Een in een lidstaat gevestigde vennootschap kan zich dus op deze bepaling beroepen om de wettigheid van een dergelijke regeling te betwisten, ongeacht de omvang van de participatie die zij in de in een derde land gevestigde uitkerende vennootschap aanhoudt (arrest Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald, punt 99, en arrest van 28 februari 2013, Beker, C-168/11, punt 30).

19 Bovenstaande overwegingen zijn van toepassing op een nationale regeling als die in het hoofdgeding, die ziet op de fiscale behandeling van rente die door een ingezeten vennootschap is betaald aan een in een derde land gevestigde kredietverstrekker waarmee zij een bijzondere relatie heeft. Een dergelijke regeling zou namelijk noch onder artikel 43 EG noch onder artikel 56 EG vallen indien zij uitsluitend zag op situaties waarin een dergelijke kredietverstrekker in de ingezeten kredietnemer een participatie heeft op grond waarvan hij op die kredietnemer een beslissende invloed kan uitoefenen.

20 Wat de regeling in het hoofdgeding betreft, moet er met Itelcar en de Europese Commissie op worden gewezen dat het begrip „bijzondere relatie", zoals omschreven in artikel 58, lid 4, CIRC, niet alleen betrekking heeft op situaties waarin de in een derde land gevestigde kredietgever op grond van zijn participatie in het kapitaal van de ingezeten kredietnemer op deze laatste een beslissende invloed uitoefent in de zin van de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof. Met name de in lid 4, sub g, van dat artikel opgesomde situaties, die tussen de betrokken vennootschappen bestaande commerciële, financiële, beroepsmatige of juridische relaties betreffen, impliceren niet noodzakelijkerwijs dat de kredietgever een participatie aanhoudt in het kapitaal van de kredietnemer.

21 Ter terechtzitting heeft de Portugese regering in antwoord op een vraag van het Hof echter te kennen gegeven dat die regeling uitsluitend van toepassing is op situaties waarin de kredietverstrekker rechtstreeks of indirect een participatie aanhoudt in het kapitaal van de kredietnemer.

22 Gesteld al dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling enkel geldt voor situaties waarin een relatie bestaat tussen een kredietnemer en een kredietgever die ten minste 10 % van het kapitaal of van de stemrechten in de kredietnemer bezit, of tussen vennootschappen waarin dezelfde personen een dergelijke participatie houden, zoals bedoeld in artikel 58, lid 4, sub a en b, CIRC, zij echter vastgesteld dat een participatie van een dergelijke omvang niet noodzakelijkerwijs impliceert dat de houder daarvan een beslissende invloed uitoefent op de besluiten van de vennootschap waarvan hij aandeelhouder is (zie in die zin arresten van 13 april 2000, Baars, C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 20, en 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punt 58).

23 Bijgevolg kan een ingezeten vennootschap, ongeacht of een in een derde land gevestigde kredietgever een participatie in haar kapitaal houdt en los van de omvang daarvan, zich ter betwisting van de wettigheid van een dergelijke nationale regeling beroepen op de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van kapitaal (zie naar analogie arrest van 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald, punt 104).

24 Voorts bestaat bij de uitlegging van die bepalingen in het licht van de betrekkingen met derde landen in casu geen gevaar dat de in die landen gevestigde kredietgevers, die buiten de territoriale werkingssfeer van de vrijheid van vestiging vallen, profijt kunnen halen uit die vrijheid. Anders dan de

Portugese regering ter terechtzitting heeft betoogd, ziet een nationale regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde immers niet op de voorwaarden waaronder dergelijke vennootschappen in de betrokken lidstaat toegang tot de markt krijgen, maar betreft zij enkel de fiscale behandeling van de rente op een als te hoog beschouwde schuld die door een ingezeten vennootschap is aangegaan bij een in een derde land gevestigde vennootschap waarmee zij een bijzondere relatie heeft in de zin van artikel 58, lid 4, CIRC (zie naar analogie arrest van 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald, punt 100).

25 Daaruit volgt dat een regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde uitsluitend moet worden onderzocht in het licht van het in artikel 56 EG erkende vrije verkeer van kapitaal.

Bestaan van een beperking en eventuele rechtvaardigingsgronden

26 Volgens vaste rechtspraak zijn de lidstaten, hoewel de directe belastingen tot hun bevoegdheid horen, verplicht deze bevoegdheid in overeenstemming met het recht van de Unie uit te oefenen (arrest van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a., C-338/11–C-347/11, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 Eveneens volgens vaste rechtspraak omvatten de maatregelen die ingevolge artikel 56, lid 1, EG verboden zijn op grond dat zij het kapitaalverkeer beperken, mede de maatregelen die niet-ingezetenen ervan doen afzien, in een lidstaat investeringen te doen, of ingezetenen van deze lidstaat ontmoedigen in andere staten investeringen te doen (arrest van 25 januari 2007, Festersen, C-370/05, Jurispr. blz. I-1129, punt 24, en arrest Santander Asset Management SGIIC e.a., reeds aangehaald, punt 15).

28 In het onderhavige geval blijkt uit artikel 61, lid 1, CIRC dat wanneer de schuld van een ingezeten vennootschap jegens een in een derde land gevestigde vennootschap waarmee een bijzondere relatie in de zin van artikel 58, lid 4, CIRC bestaat, als te hoog in de zin van lid 3 van voornoemd artikel 61 wordt beschouwd, de rente op het te hoge deel van de schuld niet aftrekbaar is met het oog op de bepaling van de belastbare winst van de ingezeten vennootschap.

29 Uit artikel 61, lid 1, CIRC blijkt echter ook dat die rente wél aftrekbaar is wanneer de kredietgever op het Portugese grondgebied of in een andere lidstaat is gevestigd.

30 De Portugese regering erkent dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie, ingeval het Hof zou oordelen dat die onder het vrije verkeer van kapitaal valt, meebrengt dat een ingezeten vennootschap die een schuld boven een bepaald bedrag aangaat jegens een in een derde land gevestigde vennootschap fiscaal minder gunstig wordt behandeld dan een ingezeten vennootschap die een dergelijke schuld aangaat jegens een op het nationale grondgebied of in een andere lidstaat gevestigde vennootschap.

31 Een dergelijke nadelige behandeling kan een ingezeten vennootschap ervan doen afzien een als te hoog beschouwde schuld aan te gaan jegens een in een derde land gevestigde vennootschap waarmee zij een bijzondere relatie heeft in de zin van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, en vormt dus een in beginsel bij artikel 56 EG verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal.

32 Volgens vaste rechtspraak is een dergelijke beperking toelaatbaar wanneer zij wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. Daarenboven moet de beperking in een dergelijk geval geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en mag zij niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken (zie arrest van 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, reeds aangehaald, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 Volgens de Portugese regering beoogt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling belastingfraude en -ontwijking te bestrijden door toepassing van de praktijk van „onderkapitalisatie" te verhinderen, die tot erosie van de belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting in Portugal leidt, doordat aftrekbare rente in plaats van niet-aftrekbare winst wordt betaald. Bij deze praktijk worden belastbare inkomsten willekeurig overgeheveld van deze lidstaat naar een derde land, zodat de winst van een vennootschap niet wordt belast in de staat waar hij is behaald.

34 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat een nationale maatregel die het vrije kapitaalverkeer beperkt, volgens vaste rechtspraak gerechtvaardigd kan zijn wanneer hij specifiek ziet op volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en alleen bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaliter verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied (zie in die zin arresten van 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, Jurispr. blz. I-2107, punten 72 en 74, en 17 september 2009, Glaxo Wellcome, C-182/08, Jurispr. blz. I-8591, punt 89).

35 Door te bepalen dat bepaalde rentebedragen die door een ingezeten vennootschap zijn betaald aan een in een derde land gevestigde vennootschap waarmee een bijzondere relatie bestaat, niet aftrekbaar zijn met het oog op de bepaling van de belastbare winst van de ingezeten vennootschap, kan een regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde 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 regeling geschikt is om het doel, belastingfraude en -ontwijking te bestrijden, te verwezenlijken (zie naar analogie arrest Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, reeds aangehaald, punt 77).

36 Desalniettemin dient te worden nagegaan of deze regeling niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken.

37 In dit verband blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat een nationale regeling niet verder gaat dan nodig is om belastingfraude en -ontwijking te voorkomen, wanneer zij zich voor de vraag of een transactie een uitsluitend voor belastingdoeleinden opgezette, volstrekt kunstmatige constructie is, baseert op een onderzoek van objectieve en verifieerbare factoren en zij de belastingplichtige in elk geval waarin het bestaan van een dergelijke constructie niet kan worden uitgesloten, in staat stelt om zonder buitensporige administratieve moeite bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen waarom de transactie heeft plaatsgevonden (zie in die zin arrest Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, reeds aangehaald, punt 82, en arrest van 5 juli 2012, SIAT, C-318/10, punt 50).

38 Voorts heeft het Hof reeds geoordeeld dat wanneer de betrokken transactie afwijkt van hetgeen de betrokken vennootschappen in omstandigheden van volledige mededinging zouden zijn overeengekomen, de fiscale correctiemaatregel, opdat deze niet als onevenredig wordt aangemerkt, dient te worden beperkt tot het deel van de verrichting dat verder gaat dan hetgeen in dergelijke omstandigheden zou zijn overeengekomen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punt 83, en SIAT, punt 52).

39 Het is juist dat in het onderhavige geval artikel 61, lid 6, CIRC bepaalt dat de ingezeten vennootschap die een als te hoog beschouwde schuld is aangegaan jegens een in een derde land gevestigde vennootschap waarmee zij een bijzondere relatie heeft, mag bewijzen – voor zover laatstbedoelde vennootschap niet is gevestigd in een land, een gebied of een regio met een duidelijk gunstiger belastingregeling – dat een krediet van hetzelfde bedrag haar tegen vergelijkbare voorwaarden ook door een onafhankelijke entiteit zou zijn verleend. Voorts is overeenkomstig artikel 61, lid 1, CIRC alleen de rente op het deel van de schuld dat als te hoog wordt beschouwd, niet aftrekbaar.

40 Toch gaat een regeling als die in het hoofdgeding verder dan nodig is om het daarmee beoogde doel te bereiken.

41 Uit punt 20 van het onderhavige arrest blijkt namelijk dat het begrip „bijzondere relatie", zoals omschreven in artikel 58, lid 4, CIRC, situaties omvat waarin de in een derde land gevestigde kredietgever niet noodzakelijkerwijs een participatie aanhoudt in het kapitaal van de ingezeten kredietnemer. Bij gebreke van een dergelijke participatie leidt de in artikel 61, lid 3, CIRC vastgestelde wijze van berekening van de te hoge schuldenlast ertoe dat elke tussen de kredietgever en de kredietnemer bestaande schuld als te hoog moet worden aangemerkt.

42 Vastgesteld zij dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling in de in het vorige punt beschreven omstandigheden ook verrichtingen treft waaraan ontegensprekelijk een economische realiteit ten grondslag ligt. Voor zover die regeling onder dergelijke omstandigheden ervan uitgaat dat de belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting die door de ingezeten kredietnemer is verschuldigd, wordt uitgehold, gaat zij verder dan nodig is om het gestelde doel te bereiken.

43 Voorts zij erop gewezen dat hoewel de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling volgens de verklaringen van de Portugese regering, zoals geresumeerd in punt 21 van het onderhavige arrest, enkel toepassing vindt op situaties waarin de kredietgever rechtstreeks of indirect een participatie aanhoudt in het kapitaal van de kredietnemer, zodat de in punt 41 van het onderhavige arrest aangehaalde omstandigheid zich niet voordoet, het een feit blijft dat een dergelijke beperking van de werkingssfeer van die regeling niet blijkt uit de bewoordingen ervan, die integendeel lijken te suggereren dat zij eveneens ziet op bijzondere relaties waarbij er van een dergelijke participatie geen sprake is.

44 In die omstandigheden kan uit de betrokken regeling niet vooraf met voldoende nauwkeurigheid worden afgeleid wat de werkingssfeer ervan is. Zij voldoet bijgevolg niet aan de vereisten van de rechtszekerheid, die verlangt dat rechtsregels duidelijk en nauwkeurig zijn en de gevolgen ervan voorzienbaar zijn, met name wanneer zij nadelige gevolgen kunnen hebben voor particulieren en ondernemingen. Een regel die niet voldoet aan de vereisten van het rechtszekerheidsbeginsel, kan niet worden geacht evenredig te zijn aan de nagestreefde doelen (zie arrest SIAT, reeds aangehaald, punten 58 en 59).

45 Gelet op het voorgaande moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 56 EG aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat volgens welke de rente op het als te hoog beschouwde deel van een schuld met het oog op de bepaling van de belastbare winst niet als kosten aftrekbaar is wanneer zij door een ingezeten belastingplichtige is betaald aan een in een derde land gevestigde kredietgever waarmee een bijzondere relatie bestaat, terwijl een dergelijke rente wél aftrekbaar is wanneer zij is betaald aan een ingezeten kredietgever waarmee de kredietnemer een bijzondere relatie heeft, voor zover die regeling ook ingeval de in een derde land gevestigde kredietgever geen participatie in het kapitaal van de ingezeten kredietnemer houdt, ervan uitgaat dat de volledige schuld van die kredietnemer past in een constructie ter ontwijking van de normaliter verschuldigde belasting of voor zover uit die regeling niet vooraf met voldoende nauwkeurigheid kan worden afgeleid wat de werkingssfeer ervan is.

Kosten

46 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende 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 (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 56 EG moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat volgens welke de rente op het als te hoog beschouwde deel van een schuld met het oog op de bepaling van de belastbare winst niet als kosten aftrekbaar is wanneer zij door een ingezeten belastingplichtige is betaald aan een in een derde land gevestigde kredietgever waarmee een bijzondere relatie bestaat, terwijl een dergelijke rente wél aftrekbaar is wanneer zij is betaald aan een ingezeten kredietgever waarmee de kredietnemer een bijzondere relatie heeft, voor zover die regeling ook ingeval de in een derde land gevestigde kredietgever geen participatie in het kapitaal van de ingezeten kredietnemer houdt, ervan uitgaat dat de volledige schuld van die kredietnemer past in een constructie ter ontwijking van de normaliter verschuldigde belasting of voor zover uit die regeling niet vooraf met voldoende nauwkeurigheid kan worden afgeleid wat de werkingssfeer ervan is.

ondertekeningen