CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
L. A. GEELHOED
van 29 juni 2006 [1]

I — Inleiding

1. De onderhavige zaak, een prejudiciële verwijzing van de High Court of Justice of England and Wales, betreft de verenigbaarheid met de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van de zogenoemde „onderkapitalisatie"-regels van het Verenigd Koninkrijk, zoals herhaaldelijk gewijzigd, op grond waarvan die lidstaat de aftrek beperkt van rente die aldaar gevestigde dochtermaatschappijen betalen aan niet-ingezeten moedermaatschappijen of aan tussenvennootschappen van de groep.

2. Ook in deze zaak gaat het wederom om de verenigbaarheid met de bepalingen inzake het vrije verkeer van nationale wettelijke regelingen op het gebied van de directe belastingen die misbruik beogen te voorkomen, zoals deze in het bijzonder aan de orde kwamen in het uit 2002 daterende arrest Lankhorst-Hohorst (betreffende de Duitse onderkapitalisatieregels) en in de aanhangige zaak Cadbury Schweppes (betreffende de in het Verenigd Koninkrijk geldende regels inzake gecontroleerde buitenlandse vennootschappen). [2] Na het arrest in de zaak Lankhorst-Hohorst zijn de grenzen van toelaatbare beperkingen voor onderkapitalisaties echter niet geheel duidelijk geweest, hetgeen tot gevolg heeft gehad dat bepaalde lidstaten — waaronder het Verenigd Koninkrijk en Duitsland — hun regels betreffende onderkapitalisatie hebben uitgebreid tot nationale betalingen binnen een concern, en wel ondanks het feit dat er in louter nationale situaties geen mogelijk gevaar van „misbruik" is. Om die reden en omdat de hier aan de orde zijnde regels van het Verenigd Koninkrijk op belangrijke punten verschillen van de Duitse wettelijke regeling waar het in de zaak Lankhorst-Hohorst om ging, verlangt deze zaak dat dit punt opnieuw wordt bezien.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Arrest van 12 december 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, Jurispr. blz. I-11779); aanhangige zaak Cadbury Schweppes, C-196/04 (zie conclusie van advocaat-generaal Léger van 2 mei 2006 in die zaak).

II — Rechtskader

Toepasselijke wetgeving van het Verenigd Koninkrijk

1. Context en ratio legis van de onderkapitalisatieregels

3. Er zijn twee belangrijke manieren om een onderneming te financieren: schuldfinanciering en aandelenfinanciering. Veel lidstaten maken voor de behandeling op het gebied van de directe belasting onderscheid tussen deze twee financieringsvormen. In het geval van schuldfinanciering mogen ondernemingen in het algemeen rentebetalingen op leningen aftrekken van hun belastbare winst (dat wil zeggen vóór belasting), op grond dat dit lopende uitgaven voor ondernemingsdoeleinden vormen. Bij aandelenfinanciering mogen de ondernemingen uitkeringen aan hun aandeelhouders echter niet aftrekken van hun winst vóór belasting; dividenden worden juist betaald uit belaste inkomsten.

4. Dit verschil in fiscale behandeling betekent dat het in het kader van een concern voor een moedermaatschappij voordelig kan zijn om één van de leden van de groep door middel van leningen, en niet van aandelen te financieren. De fiscale stimulans hiertoe is met name duidelijk wanneer de dochtermaatschappij onder een jurisdictie valt met een relatief hoge belasting, terwijl de moedermaatschappij (of een tussenvennootschap van de groep die de lening verstrekt) onder een jurisdictie met een lagere belasting valt. In dergelijke omstandigheden kan wat in wezen een aandeleninvestering is, worden gepresenteerd in de vorm van een schuld, teneinde een gunstiger fiscale behandeling te verkrijgen. Dit fenomeen wordt „onderkapitalisatie" genoemd. Door manipulatie van de wijze waarop kapitaal wordt verstrekt, kan een moedermaatschappij er dus in feite voor kiezen waar winst wordt belast.

5. Veel lidstaten, die onderkapitalisatie als een vorm van misbruik zien, hebben maatregelen getroffen om dit misbruik tegen te gaan. Deze maatregelen houden in de regel in dat leningen die aan bepaalde criteria voldoen, voor belastingdoeleinden worden aangemerkt als verkapt aandelenkapitaal. Dit betekent dat rentebetalingen als winstuitkeringen worden beschouwd, zodat de dochtermaatschappij de rentebetaling niet geheel of ten dele van haar belastbare inkomsten kan aftrekken en de betaling onderworpen wordt aan de regels voor dividendbelasting. [3]

3 — Binnen de Gemeenschap verbiedt 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) dat bronbelasting wordt geheven op dividend dat een dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij uitkeert.

2. Regels die tot 1995 in het Verenigd Koninkrijk golden

6. Op grond van Section 209, lid 2, sub d, van de Income and Corporation Taxes Act 1988 (hierna: „TA") werd alle door een onderneming op een lening betaalde rente die boven een redelijke commerciële opbrengst lag, voor het gedeelte boven die opbrengst aangemerkt als winstuitkering. [4] Voor de toepasselijkheid van deze regel was niet van belang of de betaling aan een ingezeten of een niet-ingezeten kredietgever werd gedaan. Het betekende dat het excedent niet als rente van de belastbare winst van de onderneming kon worden afgetrokken, maar werd behandeld als een uitkering betaald uit winst na belasting. Het feit dat de rente als een uitkering werd behandeld betekende eveneens dat de onderneming bij betaling een voorheffing op de vennootschapsbelasting (advance corporation tax; hierna: „ACT") diende te betalen. [5]

7. Ingevolge Section 209, lid 2, sub e-iv en e-v, TA werd alle, andere dan reeds krachtens Section 209, lid 2, sub d, als uitkering behandelde rente, betaald aan een niet in het Verenigd Koninkrijk ingezeten kredietgever die tot dezelfde groep van vennootschappen (zoals gedefinieerd) behoorde, als uitkering behandeld. Deze Section gold met name voor leningen die een niet in het Verenigd Koninkrijk ingezeten onderneming verstrekte aan een aldaar ingezeten onderneming die voor 75 % haar dochtermaatschappij was, of wanneer beide ondernemingen 75 % dochter van een niet in het Verenigd Koninkrijk ingezeten derde onderneming waren. Wanneer de werking van toepasselijke bilaterale belastingverdragen buiten beschouwing wordt gelaten, een punt waarop ik hieronder zal ingaan, werden krachtens de tot 1995 in het Verenigd Koninkrijk geldende regels rentebetalingen door een in die lidstaat gevestigde onderneming aan een ander, niet-ingezeten lid van de groep (zoals gedefinieerd) dus altijd als een uitkering beschouwd, zelfs wanneer de rente een redelijke commerciële opbrengst voor de lening vormde.

8. De bepalingen van een aantal belastingverdragen die het Verenigd Koninkrijk had gesloten verhinderden echter de toepassing van bovenvermelde regels van Section 209 TA en zorgden ervoor dat de rente in bepaalde omstandigheden fiscaal aftrekbaar was van de winst. Die regelingen waren van toepassing ondanks andersluidende bepalingen in de nationale wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk. [6] Ofschoon de redactie van de bepalingen in die belastingverdragen uiteenloopt, kunnen zij, aldus de nationale rechter in de verwijzingsbeslissing, grofweg in twee categorieën worden onderscheiden.

4 — Ofschoon de bewoordingen van de TA en de wijzigingen ervan in het algemeen spreken van de verlening van zekerheden door de kredietnemer aan de kredietgever en niet van het verstrekken van een lening, zal ik in deze conclusie om wille van de eenvoud van het taalgebruik spreken van het verstrekken van een lening door de kredietgever aan de kredietnemer.

5 — Section 14 TA.

6 — Section 788, lid 3, TA.

9. Bij de eerste categorie bepalingen staat centraal of het rentepercentage, gelet op het bedrag van de lening, op de markt gebruikelijk is. Zij laten buiten beschouwing of het bedrag van de lening zelf op de markt gebruikelijk is. Dergelijke bepalingen zijn bijvoorbeeld te vinden in de belastingverdragen met Luxemburg, Japan, Duitsland, Spanje en Oostenrijk. Zo bepaalt artikel 11, lid 7, van het belastingverdrag tussen het Verenigd Koninkrijk en Luxemburg bijvoorbeeld dat „waar als gevolg van een bijzondere relatie tussen de betaler en de ontvanger of tussen hen beiden en een andere persoon, het bedrag van de betaalde rente, gelet op de schuldvordering waarvoor deze wordt betaald, het bedrag overschrijdt dat de betaler en de ontvanger bij gebreke van een dergelijke relatie zouden zijn overeengekomen, [...] het excedent belastbaar blijft volgens de wettelijke regeling van elke verdragsluitende staat, met inachtneming van de andere bepalingen van dit Verdrag."

10. In de tweede categorie bepalingen wordt meer in het algemeen onderzocht of het bedrag van de rente de normaal te betalen rente om enige reden overschrijdt. Dit betekende dat ook werd onderzocht of het bedrag van de lening zelf het bedrag overschrijdt dat normaal zou zijn geleend. Deze bepalingen zijn bijvoorbeeld te vinden in de belastingverdragen met de Verenigde Staten, Ierland, Zwitserland, Nederland, Frankrijk en Italië. Zo bepaalt artikel 11, lid 5, van het belastingverdrag tussen het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten dat „waar als gevolg van een bijzondere relatie tussen de betaler en de ontvanger van de rente of tussen hen beiden en een andere persoon, het bedrag van de betaalde rente om enige reden het bedrag overschrijdt dat bij gebreke van een dergelijke relatie zou zijn betaald, [...] het excedent belastbaar blijft volgens de wettelijke regeling van elke verdragsluitende staat, met inachtneming van de andere bepalingen van dit Verdrag."

11. De ruimere werkingssfeer van de tweede categorie bepalingen van belastingverdragen wordt bevestigd door Section 808A, lid 2, TA [7], volgens welke bij de vaststelling of een dergelijke „bijzondere relatie" bestaat, rekening moet worden gehouden met alle factoren, waaronder de vraag of de lening bij gebreke van een dergelijke relatie überhaupt zou zijn verstrekt, hoeveel zou zijn geleend en tegen welk rentepercentage. Voor beide categorieën belastingverdragen bepaalt Section 808A, lid 3, TA dat de bepaling inzake de bijzondere relatie aldus moet worden uitgelegd dat de belastingplichtige dient aan te tonen dat er geen sprake is van een bijzondere relatie dan wel (naargelang het geval) dient aan te tonen welke rente bij gebreke van de bijzondere relatie zou zijn betaald. Deze bepalingen zijn van toepassing op na 14 mei 1992 betaalde rente.

7 — Ingevoegd bij Section 52 van de Finance Act (No 2) 1992.

3. De wijzigingen van 1995

12. Section 209, lid 2, sub e-iv en e-v, TA werd ingetrokken bij de Finance Act 1995 en vervangen door Section 209, lid 2, sub da, TA, die hoofdzakelijk bepaalde dat tussen leden van een groep (zoals gedefinieerd) betaalde rente die een bedrag overschrijdt dat onder normale commerciële omstandigheden zou zijn betaald, als uitkering moest worden behandeld. [8] Deze Section is van toepassing wanneer de kredietnemer een 75 % dochtermaatschappij van de kredietgever is, of wanneer beide voor 75 % dochtermaatschappij van een derde onderneming zijn.

13. Krachtens Section 212, leden 1 en 3, TA, zoals gewijzigd, was Section 209, lid 2, sub da, TA evenwel niet van toepassing indien degene die rente betaalde en degene aan wie deze werd betaald, beide in het Verenigd Koninkrijk vennootschapsbelasting verschuldigd waren.

4. De wijzigingen van 1998

14. Section 209, lid 8B, geeft de criteria aan de hand waarvan moet worden bepaald of rentebetalingen als uitkeringen moeten worden behandeld. Deze criteria zijn de volgende: de juiste hoogte van de algehele schuldenlast van de kredietnemer; de vraag of verwacht kon worden dat de kredietnemer en een bepaald persoon partij zouden zijn geworden bij een transactie waarbij de emitterende onderneming een zekerheid afgeeft of waarbij een lening dan wel een lening van een bepaald bedrag aan die onderneming wordt verstrekt; het rentepercentage en andere voorwaarden waarvan verwacht kan worden dat zij in een bepaald geval bij een dergelijke transactie gelden. Section 209, lid 8A, juncto Section 209, lid 8D tot en met 8F, bepaalt in hoeverre vennootschappen kunnen worden gegroepeerd voor de beoordeling van de niveaus van hun leningen op een geconsolideerde basis. Deze regels staan geen consolidatie toe van afzonderlijke binnenlandse subgroepen die tot een ruimere buitenlandse groep behoren. De leningscapaciteit van elke binnenlandse subgroep wordt afzonderlijk beschouwd. [9]

15. Schedule 28AA TA, ingevoerd bij de Finance Act 1998, bevat een gedetailleerde

8 — Deze Section is van toepassing wanneer de lening „geheel of ten dele een bedrag vertegenwoordigt dat de andere onderneming niet had moeten worden betaald, indien het om ondernemingen ging tussen welke (behoudens met betrekking tot de betrokken zekerheden) geen relatie, regeling, of andere (formele of informele) band bestond, met uitzondering van, eventueel, dat deel van die uitkering dat niet een dergelijk bedrag vertegenwoordigt of een uitkering vormt op grond van sub d hierboven of een bedrag dat het kapitaal vertegenwoordigt dat door de zekerheden wordt gegarandeerd" (Section 209, lid 2, da, sub ii).

9 — Section 209, lid 8A, sub b, bepaalt dat bij de bepaling van de vraag of de in Section 209, lid 8B, genoemde factoren voor kwalificatie als een uitkering van toepassing zijn, geen rekening moet worden gehouden met enige relatie, regeling of band (andere dan die tussen de kredietnemer en de kredietgever) tussen de kredietnemer en enige persoon, behoudens wanneer die persoon i) geen relevante band (zoals gedefinieerd in Section 209, lid 8C) met de kredietnemer heeft en ii) een onderneming is die tot dezelfde groep in het Verenigd Koninkrijk behoort (zoals omschreven in Section 209, lid 8D) als de kredietnemer.

regeling voor transfer pricing, die ook van toepassing is op rentebetalingen. De regels voor transfer pricing zijn van toepassing wanneer 1) tussen twee vennootschappen onder gemeenschappelijke controle een „regeling door middel van een transactie" of een aantal transacties is getroffen. In deze context omvat controle directe of indirecte participatie in het beheer, de controle of het kapitaal van een van de betrokken vennootschappen [10]; 2) de voorwaarden van de regeling anders zouden zijn geweest indien de ondernemingen niet onder gemeenschappelijke controle stonden, en 3) de regeling één van de betrokkenen een potentieel voordeel voor de belasting in het Verenigd Koninkrijk geeft. In een dergelijk geval zullen de winst en het verlies van de mogelijk bevoordeelde(n) „voor belastingdoeleinden worden gewaardeerd alsof in plaats van de huidige regeling een normale commerciële regeling was getroffen of opgelegd". [11]

16. De regeling werd niet geacht één van de betrokkenen een potentieel voordeel te verlenen wanneer, onder meer, de andere partij bij de transactie in het Verenigd Koninkrijk inkomsten- of vennootschapsbelasting diende te betalen en aan een aantal andere voorwaarden werd voldaan. Deze voorwaarden waren dat 1) de persoon geen recht had op vrijstelling van inkomsten- of vennootschapsbelasting voor (het deel van) de inkomsten of winst waarover in het Verenigd Koninkrijk belasting verschuldigd was [12]; 2) waar die persoon voor winst uit die activiteiten inkomstenbelasting diende te betalen, hij gedurende de belastingtijdvakken waarin hij aan die belasting onderworpen was, in het Verenigd Koninkrijk woonde [13]; 3) de persoon in enig belastingtijdvak geen recht had [14] op een krediet voor buitenlandse belasting op of met betrekking tot winst uit de relevante activiteiten noch in enig belastingtijdvak een dergelijk recht zou hebben, indien die winst bestond of indien deze een bepaald bedrag overschreed [15]; en 4) de bedragen die in aanmerking werden genomen voor de berekening van de winst die of het verlies dat de persoon in een belastingtijdvak met de relevante activiteiten behaalde, geen inkomsten omvatten waarvan het bedrag ingevolge Section 811, lid 1, TA (aftrek wegens buitenlandse belasting waar geen krediet was toegestaan) verlaagd was.

17. Deze regel werd bij de Finance Act 2004 zodanig gewijzigd dat deze geldt wanneer beide partijen bij de transactie in het Verenigd Koninkrijk belastingplichtig zijn.

10 — Schedule 28AA, punt 1, sub 1-b.

11 — Schedule 28AA, punten 1 en 2. Volgens Schedule 28AA, punt 5, TA was in een concreet geval aan dit vereiste voldaan, wanneer het treffen of opleggen van de regeling tot gevolg zou hebben dat het bedrag van de aan belasting onderworpen winst in enig belastingtijdvak voor die betrokkene lager zou worden en/of het bedrag van de verliezen in enig belastingtijdvak voor die betrokkene hoger zou worden.

12 — Schedule 28AA, punt 5, sub 3-b, TA.

13 — Schedule 28AA, punt 5, sub 3-c, TA.

14 — Ingevolge enige regeling ter voorkoming van dubbele belasting of krachtens Section 790, lid 1, TA.

15 — Schedule 28AA, lid 5, punt 4, TA.

III — Feiten

A — *Lafarge-Group: relevante feiten*

18. Het Thin Cap groepsgeschil betreft vorderingen tot terugbetaling van en/of vergoeding voor fiscale nadelen en andere nadelige fiscale gevolgen als gevolg van de hierboven uiteengezette regeling betreffende onderkapitalisatie van het Verenigd Koninkrijk. Die vorderingen werden bij de High Court of Justice of England and Wales ingesteld na het arrest van het Hof in de zaak Lankhorst-Hohorst, waarin de Duitse regels betreffende onderkapitalisatie in strijd met artikel 43 EG werden verklaard. [16] Voor de onderhavige prejudiciële verwijzing werden testcases geselecteerd die de verschillende ondernemingsstructuren vertegenwoordigen en waarvan de feiten tussen partijen vaststaan. Bij elke testcase is een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij betrokken, die voor ten minste 75 % direct of indirect in handen is van een in het buitenland gevestigde moedermaatschappij, en waaraan een lening is verstrekt hetzij door de moedermaatschappij hetzij door een andere niet in het Verenigd Koninkrijk ingezeten onderneming die eveneens voor 75 % direct of indirect een dochteronderneming van de moedermaatschappij is. De voorgelegde vragen zijn daarom geformuleerd op basis van de feiten van één transactie van één testcase — die van de Lafarge-Group — en de wijze waarop de andere testcases op relevante punten daarvan verschillen.

19. Lafarge SA, een in Frankrijk gevestigd overheidsbedrijf, is de uiteindelijke moedermaatschappij van een multinationaal concern dat bouwmaterialen produceert. Voor de onderhavige zaak relevante leden van de Lafarge-groep zijn: 1) Financière Lafarge SA (de kredietgever), die in Frankrijk is gevestigd en indirect 100 % dochtermaatschappij is van de moedermaatschappij, Lafarge SA; 2) Lafarge Building Materials Limited, gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, die de uiteindelijke holdingmaatschappij is van de meeste in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen van de Lafarge-groep en zelf een directe dochtermaatschappij is van Financière Lafarge. [17] De vordering betreft ook negen andere ondernemingen van de Lafarge-groep, die alle in het Verenigd Koninkrijk gevestigde directe of indirecte dochtermaatschappijen van Lafarge Building Materials zijn (die in elke zaak meer dan 50 % van het aandelenkapitaal van deze ondernemingen bezat).

20. In december 1997 verwierf de Lafarge-groep de aandelen van Redland plc, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming. Om deze aankoop te financieren beschikte Financière Lafarge over verschillende — uiteindelijk door Lafarge SA gega-

16 — Aangehaald in voetnoot 2.

17 — Op alle relevante tijdstippen bezat Financière Lafarge meer dan 75 % van de uitgegeven aandelen van Lafarge Building Materials.

randeerde — kredietfaciliteiten bij de externe bankiers van de Lafarge-groep, waardoor zij financieringsleningen kon verstrekken aan ondernemingen van de groep of waaruit dochtermaatschappijen die daarvoor toestemming hadden gekregen rechtstreeks financiering konden krijgen. Meer bepaald, om de aankoop van Redland te financieren verleende Financière Lafarge een kortetermijnlening aan Lafarge Building Materials, die op haar beurt een soortgelijke lening verstrekte aan een ander lid van de Lafarge-groep, Minerals UK. Globaal financierde deze lening (dat wil zeggen via Financière Lafarge en Lafarge Building Materials) ongeveer 50 % van de aankoopprijs van de Redland-aandelen, terwijl de rest werd gefinancierd met gelden die Minerals UK rechtstreeks had verkregen uit de kredietfaciliteiten van de Lafarge-groep bij haar externe bankiers. De meeste van die leningen werden in 1998 afbetaald door middel van leningen van Lafarge SA aan Minerals UK, na herfinanciering door Lafarge SA en Financière Lafarge van hun externe kredietfaciliteiten door de uitgifte van obligaties met het oog op betere financieringsvoorwaarden.

21. Na verwerving van de Redland-aandelen wezen hun belastingadviseurs erop dat de belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk de over deze leningen door Lafarge Building Materials betaalde rente althans voor een deel krachtens Section 209, lid 2, sub da, TA als uitkeringen zou beschouwen. De Lafarge-groep verminderde daarop de schuld van Lafarge Building Materials aan Financière Lafarge door omstreeks maart 1998 ongeveer 75 % van het toentertijd voorgeschoten bedrag om te zetten in aandelen. Dit geschiedde door de uitgifte van extra aandelenkapitaal in Lafarge Building Materials aan ondernemingen van de Lafarge-groep, waarbij de meerderheid van de aandelen naar Financière Lafarge ging. De betalingen die deze ondernemingen voor die aandelen deden werden vervolgens verrekend met de schuld van Lafarge Building Materials aan Financière Lafarge voor hetzelfde bedrag.

22. In maart 1999 startte de belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk een onderzoek naar de verwerving van de Redland-aandelen. De belastingdienst aanvaardde niet de stelling van Lafarge dat een externe bank in de regel onder vergelijkbare voorwaarden als die tussen Financière Lafarge en Lafarge Building Materials enerzijds en tussen Minerals UK en Lafarge SA anderzijds soortgelijke leningen zou hebben verstrekt en stelde dat een deel van de rente krachtens Section 209, lid 2, sub da, TA moest worden aangemerkt als uitkering. Na een aantal besprekingen tussen de belastingdienst en de adviseurs van Lafarge kwam er een overeenkomst tot stand, waarin een deel van de rentebetalingen van Financière Lafarge aan Lafarge Building Materials en van Minerals UK aan Lafarge SA werd geherkwalificeerd als uitkering, met name indien een vastgestelde verhouding van de totale nettoschuld tot de winst uit onderneming vóór belasting boven bepaalde drempels lag.

B — *Andere Test Claimants: relevante feiten*

23. De andere testcases die voor deze prejudiciële verwijzing zijn geselecteerd betreffen de volgende concerns.

24. De eerste andere testcase betreft de Volvo-groep, waarvan de voor deze zaak relevante leden zijn: 1) AB Volvo, de in Zweden gevestigde en aan de beurs genoteerde moedermaatschappij; 2) Volvo Treasury AB, een in Zweden gevestigde onderneming en de directe volledige dochtermaatschappij van AB Volvo; 3) Volvo Truck and Bus Limited, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming en de indirecte volledige dochtermaatschappij van AB Volvo via in Zweden en Nederland gevestigde tussenvennootschappen; 4) VFS Financial Services (UK) Limited, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming en de indirecte volledige dochtermaatschappij van AB Volvo via in Zweden gevestigde tussenvennootschappen. Meer bepaald, betreft de testcase de verstrekking van geld door Volvo Treasury in oktober 1999 in het kader van een leningsovereenkomst aan Volvo Truck and Bus. In soortgelijke omstandigheden als hierboven voor de Lafarge-groep uiteengezet, werd een deel van die schuld in december 1999 omgezet in aandelenkapitaal in Volvo Truck and Bus. De Volvo-groep bereikte overeenstemming met de belastingdienst over de voorwaarden waaronder haar rentebetalingen in 2000 niet als uitkeringen zouden worden geherkwalificeerd.

25. De tweede andere testcase betreft de PepsiCo-groep, waarvan de voor deze zaak relevante leden zijn: 1) PepsiCo Inc, de in de Verenigde Staten gevestigde moedermaatschappij; 2) PepsiCo Finance Europe Limited, een vennootschap naar het recht van het Verenigd Koninkrijk, gevestigd in Luxemburg, in Zwitserland werkzaam via een filiaal en de indirecte volledige dochtermaatschappij van PepsiCo Inc via in Ierland en andere derde landen gevestigde tussenholdings; 3) PepsiCo Holdings, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming en de indirecte volledige dochtermaatschappij van PepsiCo Inc via in lidstaten en derde landen gevestigde tussenvennootschappen. Vanaf 1999 verstrekte PepsiCo Finance Europe via haar Zwitserse filiaal leningen aan PepsiCo Holdings, waarvan de rentebetalingen onderworpen waren aan het in 1968 tussen het Verenigd Koninkrijk en Luxemburg gesloten belastingverdrag.

26. De derde en de vierde andere testcase betreffen de Caterpillar-groep, die vorderingen heeft ingediend die tot twee verschillende soorten testcases hebben geleid.

27. Voor de derde andere testcase zijn de relevante leden van de Caterpillar-groep: 1) Caterpillar Inc, de in de Verenigde Staten

gevestigde moedermaatschappij; 2) Caterpillar International Finance plc, een in Ierland gevestigde onderneming en de indirecte volledige dochtermaatschappij van Caterpillar Inc via in het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten gevestigde tussenholdings (waaronder de in de Verenigde Staten gevestigde Caterpillar Financial Services Corporation); 3) Caterpillar Financial Services (UK) Ltd, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming en de indirecte volledige dochtermaatschappij van Caterpillar Inc via in het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten gevestigde tussenholdings, waaronder Caterpillar Financial Services Corporation. Meer bepaald, verstrekte Caterpillar International Finance een lening aan Caterpillar Financial Services (UK), waarvan de rentebetaling onderworpen was aan het in 1976 tussen het Verenigd Koninkrijk en Ierland gesloten belastingverdrag.

28. Voor de vierde andere testcase zijn de relevante leden van de Caterpillar-groep: 1) Caterpillar Inc; 2) Caterpillar Overseas SA, een in Zwitserland gevestigde onderneming en, afhankelijk van het betrokken tijdstip, de directe of indirecte volledige dochtermaatschappij van Caterpillar Inc. In de perioden waarin de onderneming een indirecte dochtermaatschappij was, waren de tussenholdings in de Verenigde Staten gevestigd; 3) Caterpillar Peterlee Limited, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming en de indirecte volledige dochtermaatschappij van Caterpillar Inc via in het Verenigd Koninkrijk gevestigde tussenholdings. Meer bepaald, verstrekte Caterpillar Overseas een lening aan Caterpillar Peterlee, waarvan de rentebetaling onderworpen was aan het in 1977 tussen het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland gesloten belastingverdrag.

IV — Prejudiciële vragen en procedure voor het Hof

29. Nadat overeenstemming was bereikt over de feiten van de testcases, heeft de verwijzende rechter op 21 december 2004 de behandeling van de hoofdgedingen geschorst en de volgende vragen aan het Hof voorgelegd:

„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 Income and Corporation Taxes Act 1988 (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 beper-

king 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 door-

gegeven 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 vennootschapsbelastingschuld, 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 vennootschapsbelastingschuld 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 belastingschulden die zijn ontstaan voor de kredietgever in diens land van vestiging over de aangenomen of toegerekende 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, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93; 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 arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, 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, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93)

zijn tussen een schending van de artikelen 43 EG, 49 EG en 56 EG en de verliezen van de in vraag 5 a tot en met 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?"

30. Overeenkomstig artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door verzoeksters, de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Duitse regering en de Commissie. Op 31 januari 2006 vond een terechtzitting plaats, tijdens welke alle partijen alsmede de Nederlandse regering opmerkingen hebben gemaakt.

V — Analyse

A — *Toepasselijke verdragsbepaling(en)*

31. Aangezien de nationale rechter de verenigbaarheid van de relevante wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk met de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging, het vrije verkeer van diensten en het vrije kapitaalverkeer (artikelen 43 EG, 49 EG en 56 EG) aan de orde heeft gesteld, moet eerst worden onderzocht aan welke verdragsbepalingen de wettelijke regeling moet worden getoetst. Dit is om twee redenen van belang. In de eerste plaats, terwijl de artikelen 43 EG en 49 EG enkel gelden voor beperkingen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van diensten tussen lidstaten, verbiedt artikel 56 EG ook beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten en derde landen. In de tweede plaats is de werking van artikel 56 EG in de tijd anders dan die van de

artikelen 43 EG en 49 EG; meer bepaald, artikel 56 EG trad op 1 januari 1994 in werking en werd onmiddellijk effectief en is, wat derde landen betreft, afhankelijk van een standstill-bepaling (artikel 57 EG) (ofschoon het beginsel van vrij kapitaalverkeer reeds was vastgesteld bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad). [18]

32. Wat om te beginnen artikel 43 EG betreft, heeft het Hof herhaaldelijk geoordeeld dat een in een lidstaat gevestigde onderneming die een deelneming in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming bezit waardoor zij „zodanig invloed op de besluiten van die onderneming heeft dat zij de activiteiten ervan kan bepalen" haar recht van vestiging uitoefent. [19]

33. In casu lijkt mij dat de relevante wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk op grond van de bewoordingen van elke aan het Hof voorgelegde gewijzigde versie alleen geldt voor situaties waarin een onderneming zodanige invloed op de besluiten van een andere onderneming heeft (of op het relevante tijdstip had) in de zin van de rechtspraak van het Hof. Zo gold Section 209, lid 2, sub e, in de versie van de tot de wijzigingen in 1995 geldende wettelijke regeling, met name voor leningen die een niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming verstrekte aan een in die lidstaat gevestigde onderneming die voor 75 % haar dochtermaatschappij was, of waar beide ondernemingen voor 75 % dochtermaatschappij waren van een niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde derde onderneming (dat wil zeggen waar de lening was verstrekt door een andere dochtermaatschappij van de moedermaatschappij) Deze voorwaarde voor toepasselijkheid bleef in stand na de wijzigingen bij de Finance Act 1995. [20]

34. De situatie wijzigde enigszins bij de Finance Act 1998, waarbij transacties die voorheen onder de specifieke regels betreffende onderkapitalisatie vielen onder de algemene regels betreffende transfer pricing werden gebracht. Laatstgenoemde regels gelden echter alleen waar er sprake is van een regeling door middel van een transactie gesloten of opgelegd tussen twee ondernemingen die onder gemeenschappelijke controle staan, dat wil zeggen waar één van die ondernemingen direct of indirect participeert in het bestuur, de controle of het kapitaal van de andere partij, of waar dezelfde persoon direct of indirect participeert in het bestuur, de controle of het kapitaal van beide ondernemingen. [21] Deze voorwaarde volstaat mijns inziens om aan te nemen dat in casu wordt voldaan aan het criterium van „zodanige invloed". Elk van de

18 — Richtlijn van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag (PB L 178, blz. 5).

19 — Arrest van 13 april 2000, Baars (C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 22). Ofschoon die zaak een deelneming van een onderdaan van een lidstaat betrof, en niet een onderneming, geldt het beginsel ook voor in die lidstaat gevestigde ondernemingen. Zie eveneens artikel 58, lid 2, EG, dat bepaalt dat de toepassing van de bepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer „geen afbreuk doen aan de toepasbaarheid van beperkingen inzake het recht van vrije vestiging welke verenigbaar zijn met dit Verdrag".

20 — Zie Section 209, lid 2, sub da, TA.

21 — Schedule 28AA, punt 1, sub 1-b, TA.

testcases betreft hoe dan ook een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij die voor ten minste 75 % direct of indirect in handen is van een buitenlandse moedermaatschappij of van een andere buitenlandse onderneming die eveneens voor 75 % direct of indirect in handen is van de moedermaatschappij. Men zou zelfs kunnen zeggen dat de conclusie dat artikel 43 EG op grond van de uitdrukkelijke bewoordingen van de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk van toepassing is, wordt versterkt door de ratio legis van de nationale regels betreffende onderkapitalisatie en transfer pricing die, zoals ik hierboven heb opgemerkt, berusten op de gedachte dat het in bepaalde omstandigheden voordelig kan zijn voor de algehele fiscale situatie van grensoverschrijdende concerns om te trachten overeenstemming te bereiken over andere transactievoorwaarden of een ander soort transactie dan onder normale voorwaarden zouden zijn overeengekomen. Dit heeft alleen zin in de situatie van een concern, dat wil zeggen waar de moedermaatschappij (en/of tussenvennootschappen van de groep) een bepaalde invloed op dochtermaatschappijen heeft. [22]

35. De betrokken wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk moet derhalve worden onderzocht op haar verenigbaarheid met de verdragsregels inzake de vrijheid van vestiging. Dit betekent uiteraard dat artikel 49 EG, dat niet een permanente, maar een tijdelijke basis in een andere lidstaat veronderstelt, niet van toepassing is. [23] Wel is het in beginsel mogelijk dat de verdragsbepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer gelijktijdig met die inzake de vrijheid van vestiging van toepassing zijn. [24] Ik wil op dit punt verwijzen naar de conclusie van advocaat-generaal Alber in de zaak Baars, waarin hij zich op het standpunt stelde dat waar het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging mogelijk beide in het geding zijn, het Hof zou moeten onderzoeken welke van deze twee vrijheden rechtstreeks wordt aangetast door de relevante nationale regels. Worden beide vrijheden rechtstreeks aangetast, dan zouden de nationale regels dus op hun verenigbaarheid met artikel 43 EG én met artikel 56 EG moeten worden onderzocht. Is er echter sprake van een rechtstreekse aantasting van de vrijheid van vestiging die wegens de belemmering van het recht van vestiging indirect tot een vermindering van de kapitaalstromen tussen de lidstaten leidt, dan zijn daarop alleen de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging van toepassing. [25] Ik ben het met deze redenering eens.

36. Toepassing van dit criterium op de onderhavige zaak leidt mijn inziens tot de conclusie dat, ofschoon de uitoefening, door niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde

22 — Zie eveneens artikel 4, lid 1, van het Arbitrageverdrag, bepalende dat een voorwaarde voor de toepassing van de daarin opgenomen regels betreffende verrekenprijzen is, dat een onderneming van een verdragsluitende staat onmiddellijk of middellijk deelneemt aan de leiding van, het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een onderneming van een andere verdragsluitende staat, alsmede dat dezelfde personen onmiddellijk of middellijk deelnemen aan de leiding van, het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een onderneming van een verdragsluitende staat en een onderneming van een andere verdragsluitende staat. Zie eveneens artikel 9, lid 1, van het OESO modelverdrag inzake heffing van inkomsten- en vermogensbelasting, met toelichting op de artikelen, OESO, Parijs, 1977, zoals gewijzigd.

23 — Zie bijvoorbeeld arrest van 4 december 1986, Commissie/Duitsland (205/84, Jurispr. blz. 3755).

24 — Arrest van 14 november 1995, Svensson en Gustavsson (C-484/93, Jurispr. blz. I-3955).

25 — Conclusie bij het arrest Baars, aangehaald in voetnoot 19, punt 26. Zie eveneens mijn conclusie bij het arrest Reisch (C-515/99 en C-527/99–C-540/99, Jurispr. blz. I-2157, punt 59).

moedermaatschappijen, van de vrijheid van vestiging via de oprichting van een in die lidstaat gevestigde dochtermaatschappij noodzakelijkerwijs kapitaalverkeer naar het Verenigd Koninkrijk meebrengt voorzover dit voor de oprichting van die dochtermaatschappij nodig is, dit verkeer een louter indirect gevolg van die vestiging is. De betrokken wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk moet dus enkel op haar verenigbaarheid met artikel 43 EG worden onderzocht.

B — *Vraag 1*

37. Met zijn eerste vraag wenst de nationale rechter te vernemen, of de artikelen 43 EG, 49 EG of 56 EG zich ertegen verzetten dat een lidstaat bepalingen als die van Sections 209, 212 en Schedule 28AA van de ICTA 1988 handhaaft en toepast, die beperkingen stellen aan de mogelijkheid van een in die lidstaat gevestigde dochtermaatschappij om de rente op een lening die haar door een middellijke of onmiddellijke buitenlandse moedermaatschappij is verstrekt, af te trekken van de belasting, waar die beperkingen voor de kredietnemer niet zouden gelden indien haar moedermaatschappij in hetzelfde land als de kredietnemer was gevestigd.

38. De voor deze vraag relevante testcase is die van de Lafarge-groep. Om de zojuist uiteengezette redenen, zal ik de wettelijke regeling alleen op haar verenigbaarheid met artikel 43 EG onderzoeken.

39. Het is vaste rechtspraak dat de directe belastingen in beginsel weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, doch dat deze niettemin verplicht zijn, die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen, hetgeen de in artikel 43 EG opgenomen verplichting impliceert om beperkingen te verbieden betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd. [26] Artikel 43, tweede alinea, EG specificeert dat de vrijheid van vestiging het recht omvat om in een lidstaat ondernemingen op te richten en te beheren overeenkomstig de voorwaarden die door die staat voor zijn eigen onderdanen zijn vastgesteld.

40. Zoals ik in mijn conclusies in de zaken Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Test Claimants in the FII Group Litigation, Kerckhaert en Morres alsmede Denkavit [27] heb opgemerkt, is artikel 43 EG van toepassing waar de verschillende behandeling van grensoverschrijdende

26 — Zie bijvoorbeeld arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 29, en aldaar aangehaalde zaken).

27 — Zie mijn conclusie van 23 februari 2006 in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, aanhangig bij het Hof, punten 32 e.v.); mijn conclusie van 6 april 2006 in de zaak Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, aanhangig bij het Hof, punt 37 e.v.); mijn conclusie van 6 april 2006 in de zaak Kerckhaert en Morres (C-513/04, aanhangig bij het Hof, punten 18 en 19), en mijn conclusie van 27 april 2006 in de zaak Denkavit (C-170/05, aanhangig bij het Hof, punt 20).

en louter nationale situaties niet een rechtstreeks en logisch gevolg is van het feit dat, bij de huidige stand van ontwikkeling van het gemeenschapsrecht, verschillende fiscale verplichtingen voor personen kunnen gelden voor grensoverschrijdende en voor louter nationale situaties. [28] Dit betekent in het bijzonder dat een nadelige fiscale behandeling, om onder artikel 43 EG te vallen, het gevolg moet zijn van rechtstreekse of verkapte discriminatie als gevolg van de regels van één belastingstelsel, en niet slechts van dispariteiten of verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de belastingstelsels van twee of meer lidstaten of van het naast elkaar bestaan van nationale belastingdiensten (hetgeen ik „quasi-beperkingen" heb genoemd). [29]

41. Bij toepassing van dit criterium op de onderhavige zaak rijst allereerst de vraag, of, zoals verzoeksters stellen, de regels van het Verenigd Koninkrijk tot gevolg hebben dat in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen op basis van de locatie van hun directe of indirecte moedermaatschappij, een nadelige fiscale behandeling genieten. Indien dit het geval is, rijst vervolgens de vraag of die nadelige fiscale behandeling louter het gevolg is van een quasi-beperking, zodat deze buiten de werkingssfeer van artikel 43 EG valt. Is dit niet het geval, dan is ten slotte de vraag of die nadelige fiscale behandeling het gevolg is van discriminatie, en of die discriminatie gerechtvaardigd kan worden.

28 — Zie voor een uitgebreide uiteenzetting hierover, de punten 31-54 van mijn conclusie in de zaak Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, aangehaald in voetnoot 27.

29 — Ibidem, punt 55. Zie eveneens mijn conclusie in de zaak Denkavit, aangehaald in voetnoot 27, punt 20.

1. Is de nadelige fiscale behandeling van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen gebaseerd op de locatie van hun directe of indirecte moedermaatschappij?

42. Het lijkt mij duidelijk dat het verschil in fiscale behandeling dat in de tot 2004 geldende versies van de regels van het Verenigd Koninkrijk was opgenomen tot gevolg had dat in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen met buitenlandse moedermaatschappijen een nadeliger fiscale behandeling genoten dan in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen met moedermaatschappijen die eveneens in die lidstaat waren gevestigd.

43. In de eerste plaats was het verschil in fiscale behandeling dat de regels van het Verenigd Koninkrijk tussen aldaar gevestigde dochtermaatschappijen maakten inderdaad gebaseerd op de locatie van hun moedermaatschappij:

— Ofschoon krachtens de tot 1995 geldende regels alle rente die een onderneming op een lening betaalde — of dit nu aan een ingezeten of een niet-ingezeten kredietgever was — en die een meer dan redelijke commerciële opbrengst op de lening vertegenwoordigde als winstuitkering moest worden aangemerkt voorzover deze die opbrengst overschreed [30], werd die rente, wanneer deze werd betaald aan een in het buitenland gevestigde kredietgever die lid was van

30 — Section 209, lid 2, sub d, TA.

hetzelfde concern, altijd als uitkering behandeld. [31] Met andere woorden, het was in geen geval mogelijk dat rente die aan een niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde kredietgever werd betaald, in het Verenigd Koninkrijk voor belastingdoeleinden ook verder als rente werd behandeld.

— Krachtens de tussen 1995 en 1998 geldende regels gold de bepaling op grond waarvan tussen leden van een concern betaalde rente die een bedrag overschreed dat normaliter zou zijn betaald, als uitkering werd behandeld [32], niet, indien de betaler en de ontvanger van de rente beiden in het Verenigd Koninkrijk vennootschapsbelastingplichtig waren. [33] (Klaarblijkelijk zal een verschil in behandeling gebaseerd op de vraag of de ontvanger in het Verenigd Koninkrijk vennootschapsbelastingplichtig is, zeer waarschijnlijk relevant zijn waar de ontvanger is opgericht of hoofdzakelijk actief is in een andere lidstaat dan het Verenigd Koninkrijk).

— Krachtens de tussen 1998 en 2004 geldende regels werden rentebetalingen binnen een concern behandeld volgens de algemene regels voor transfer pricing van het Verenigd Koninkrijk. [34] Een regeling door middel van een transactie werd evenwel geacht één van de betrokkenen geen potentieel voordeel te verlenen waar, onder andere, de andere partij bij de transactie in het Verenigd Koninkrijk inkomsten- of vennootschapsbelasting verschuldigd was (en aan bepaalde andere voorwaarden werd voldaan). [35]

44. De Finance Act 2004 bracht echter zodanige wijziging in dit onderscheid dat de regels betreffende transfer pricing van het Verenigd Koninkrijk ook gelden waar beide partijen bij de transactie in het Verenigd Koninkrijk belastingplichtig zijn. Dit had duidelijk tot doel en tot gevolg dat het door mij omschreven verschil in behandeling verdween (zij het dat, en ik zal daar hieronder nader op ingaan, dit wellicht heeft betekend dat de toepassing van de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk werd uitgebreid tot gevallen die buiten haar raison d'être vallen). Vanaf 2004 valt de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk dus buiten de werkingssfeer van artikel 43 EG: de hieronder uiteengezette redenering geldt dus alleen voor de wettelijke regeling zoals die tot die datum gold.

45. In de tweede plaats leidde de behandeling die dochtermaatschappijen met de gespecificeerde „buitenlandse" groepscomponenten genoten duidelijk tot een fiscaal

31 — Section 209, lid 2, sub e-iv, TA.

32 — Section 209, lid 2, sub da, TA.

33 — Section 212, leden 1 en 3, TA, zoals gewijzigd.

34 — Schedule 28AA TA.

35 — Schedule 28AA, punt 5, lid 2, TA.

nadeel. Voor de dochtermaatschappij betekende herkwalificatie van (een deel van) de rentebetalingen als uitkeringen dat dergelijke betalingen niet langer aftrekbaar waren van haar belastbare winst, zodat zij, indien andere factoren gelijk bleven, in het Verenigd Koninkrijk meer belasting diende te betalen dan zonder die herkwalificatie het geval zou zijn geweest. Voor gevallen waarin de Advanced Corporation Tax-regeling nog van kracht was — de regeling werd in 1999 afgeschaft — betekende herkwalficatie bovendien dat de dochtermaatschappij bij betaling van de „uitkering" ACT verschuldigd was.

46. Het Verenigd Koninkrijk stelt in dit verband dat, aangezien het criterium voor onderscheid niet de nationaliteit of vestigingsplaats van de binnenlandse dochtermaatschappij, maar die van haar moedermaatschappij is, dit geen onderscheid op grond van nationaliteit in de zin van artikel 43 EG vormt. Voorts stelt het dat, voorzover men zou kunnen stellen dat zijn wettelijke regeling moedermaatschappijen die in het Verenigd Koninkrijk dochtermaatschappijen willen oprichten ervan zou kunnen weerhouden dit te doen, die mogelijkheid niet een voldoende rechtstreeks en zeker gevolg van zijn regels is om, naar analogie van 's Hofs rechtspraak over het vrije verkeer van goederen in het arrest Keck, binnen de werkingssfeer van artikel 43 EG te vallen. Volgens het Verenigd Koninkrijk bestond er voor buitenlandse moedermaatschappijen geen praktisch beletsel om in het Verenigd Koninkrijk nevenvestigingen op te richten of bewijs dat verzoeksters feitelijk zijn ontmoedigd om dit te doen. Het Verenigd Koninkrijk wilde een dergelijke investering op zijn grondgebied juist aanmoedigen. De wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk beoogde veeleer te verzekeren dat in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen gelijk werden behandeld, en wel door te pogen het gat te dichten dat voor grensoverschrijdende concerns beschikbaar was, maar dat voor volledig binnenlandse concerns niet bestond.

47. Ik vind geen van deze argumenten overtuigend. Om te beginnen betekent het feit dat het verschil in behandeling niet op grond van de vestigingsplaats van de dochtermaatschappij zelf, maar op grond van die van de moedermaatschappij werd gemaakt, niet dat dit geen relevant verschil in behandeling in de zin van artikel 43 EG kan opleveren. Zoals het Hof bijvoorbeeld in de arresten Metallgesellschaft e.a. en Lankhorst-Hohorst heeft geoordeeld valt een wettelijke regeling die in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen verschillend behandelt naargelang hun moedermaatschappij al dan niet eveneens in die lidstaat is gevestigd, waarbij dochtermaatschappijen met binnenlandse moedermaatschappijen een fiscaal voordeel wordt verleend, in beginsel onder artikel 43 EG. [36] In de tweede plaats wil ik, voor wat betreft de gestelde indirecte werking van de regels van het Verenigd Koninkrijk op de beslissing van buitenlandse moedermaatschappijen om in het Verenigd Koninkrijk een dochtermaatschappij op te richten, opmerken dat het voor de toepasselijkheid van artikel 43 EG volstaat om een relevant verschil in behande-

36 — Zie bijvoorbeeld arrest van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punten 43 en 44), en arrest Lankhorst-Hohorst, aangehaald in voetnoot 2, punten 27-32.

ling en een fiscaal voordeel aan te tonen. Er behoeft niet te worden aangetoond dat bepaalde niet-ingezeten ondernemingen door de regels feitelijk ervan zijn weerhouden, hun recht van vrije vestiging uit te oefenen.

48. Ik wil hieraan toevoegen dat ik van mening ben dat de Keck-rechtspraak, die op het gebied van het vrije verkeer van goederen is ontwikkeld, niet zonder meer kan worden toegepast bij de beoordeling van de verenigbaarheid van nationale maatregelen op het gebied van de directe belastingen met artikel 43 EG. [37] Meer bepaald, zoals ik in mijn conclusie in de zaak ACT heb uitgelegd, kan het concept van zonder onderscheid toepasselijke „beperkingen" van het vrije verkeer zoals dat in 's Hofs algemene rechtspraak over het vrije verkeer wordt gebruikt, op zich niet zinvol worden toegepast op het gebied van de directe belastingen. Aangezien criteria voor de vaststelling van de heffingsbevoegdheid in het algemeen gebaseerd zijn op de nationaliteit of de woonplaats, is de vraag of de nationale maatregel op het gebied van de directe belasting ofwel indirect of rechtstreeks discriminerend is, ofwel een „quasi-beperking" vormt zoals hierboven omschreven. [38]

49. Dit wil niet zeggen dat de ernst van het gevolg voor de uitoefening van het vrije verkeer in geen enkele fase van de beoordeling van de verenigbaarheid met artikel 43 EG in aanmerking moet worden genomen. Deze kan belangrijk zijn wanneer het punt van de rechtvaardiging aan de orde komt, en met name wanneer de evenredigheid van de maatregel wordt beoordeeld.

2. Is de nadelige fiscale behandeling het gevolg van een quasi-beperking?

50. De volgende vraag is, of de nadelige fiscale behandeling van binnenlandse dochtermaatschappijen met een directe of indirecte buitenlandse moedermaatschappij louter het gevolg is van quasi-beperkingen — dat wil zeggen beperkingen als gevolg van dispariteiten of de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de belastingstelsels van twee of meer lidstaten (hetgeen betekent dat artikel 43 EG niet van toepassing is), en niet van discriminatie als gevolg van de regels van één belastingstelsel.

51. Het Verenigd Koninkrijk merkt op dit punt op dat de betwiste regels enkel de fiscale bevoegdheid tussen hem en zijn partners bij de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting (hierna: „belastingverdragen") beoogden te regelen. Zijns inziens volgt uit de redenering van het Hof in het arrest Gilly [39] dat artikel 43 EG überhaupt niet van toepassing is in de onderhavige zaak: dit artikel geldt alleen

37 — Arrest van 24 november 1993, Keck en Mithouard (C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. 6097).

38 — ACT, aangehaald in voetnoot 27, punten 32 e.v.

39 — Arrest van 12 mei 1998 (C-336/96, Jurispr. blz. I-2793).

voor de uitoefening, en niet voor de verdeling van nationale fiscale bevoegdheden. Meer bepaald stelt het Verenigd Koninkrijk dat de betrokken regels de na onderhandeling van de toepasselijke belastingverdragen overeengekomen uitoefening van verdeling weerspiegelden, aangezien alle belastingverdragen die het met andere landen heeft gesloten een bepaling bevatten die de respectieve bevoegde autoriteiten toestaat om een compensatie overeen te komen op grond waarvan elke toename van de in het Verenigd Koninkrijk belastbare winst wordt gecompenseerd met een vermindering van een gelijk bedrag van de belastbare winst van de kredietgever in het land waarin hij is gevestigd.

52. Ik vind dit argument niet overtuigend.

53. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak ACT [40] heb opgemerkt, is het inderdaad zo dat bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht de bevoegdheid om criteria vast te stellen voor de verdeling van de (voorrang van) heffingsbevoegdheid uitsluitend bij de lidstaten berust (zoals beheerst door het internationale belastingrecht). Het Hof heeft dit herhaaldelijk erkend, in het bijzonder in de arresten Gilly en D. [41] Tot op heden bestaan er in het gemeenschapsrecht geen alternatieve criteria en biedt dit recht evenmin een basis voor de vaststelling van dergelijke criteria. De noodzaak om de heffingsbevoegdheid over het inkomen van grensoverschrijdende marktdeelnemers te verdelen tussen lidstaten (dislocatie van de heffingsgrondslag) is bovendien een onvermijdelijk gevolg van het feit dat de stelsels van directe belastingen nationaal zijn: beperkingen als gevolg van die verdeling moeten inderdaad als quasi-beperkingen worden aangemerkt die buiten de werkingssfeer van artikel 43 EG vallen.

54. Ik ben echter van mening dat de in deze zaak aan de orde zijnde regels van het Verenigd Koninkrijk verder gaan dan alleen maar een verdeling van de bevoegdheid tussen het Verenigd Koninkrijk en zijn partners bij belastingverdragen. Vóór 1998 verlangden die regels in wezen dat leningen van buitenlandse moedermaatschappijen aan binnenlandse dochtermaatschappijen als uitkeringen werden geherkwalificeerd (tot 1995 in alle gevallen, behoudens wanneer de belastingverdragen anders bepaalden; na 1995 waar het bedrag van de betaalde rente hoger lag dan onder normale commerciële omstandigheden zou zijn betaald). Mij lijkt dat het Verenigd Koninkrijk er hiermee volledig eenzijdig voor heeft gekozen hoe het transacties voor belastingdoeleinden wil indelen, teneinde zijn eigen belastingstelsel te organiseren en misbruik ervan te voorkomen, met andere woorden, hoe het zijn fiscale bevoegdheden wil uitoefenen. Het onderliggende doel van de regels is duidelijk, of dit nu in een nationale wet tot uitdrukking wordt gebracht of, zoals voor 1995 in bepaalde gevallen gebeurde, in een bepaling van een belastingverdrag. Bovendien werd deze eenzijdige keuze op haar beurt gemaakt

40 — Aangehaald in voetnoot 27, punten 48-54.

41 — Arrest Gilly, aangehaald in voetnoot 39, en arrest van 5 juli 2005, D. (C-376/03, Jurispr. blz. I-5821).

in de context van een eerdere eenzijdige keuze van het Verenigd Koninkrijk om onderscheid te maken tussen de fiscale behandeling van rentebetalingen (die volgens nationaal recht werden behandeld als aftrekbare betalingen vóór belasting) en uitkeringen (die volgens nationaal recht werden behandeld als niet-aftrekbare betalingen). Ofschoon het Verenigd Koninkrijk vanaf 1998 de kwestie van onderkapitalisatie regelde door middel van zijn algemene regels voor transfer pricing, en niet met een afzonderlijke wettelijke regeling voor onderkapitalisatie, vormt ook dit nog steeds een eenzijdige keuze van het Verenigd Koninkrijk om bepaalde transacties die niet onder normale commerciële omstandigheden tot stand zijn gekomen te behandelen alsof dit wel het geval is geweest, teneinde misbruik van het nationale belastingstelsel te voorkomen.

55. Ik wil hieraan toevoegen dat het feit dat dergelijke praktijken in internationaal belastingrecht wellicht geaccepteerd worden niet noodzakelijkerwijs betekent dat zij een regel ter verdeling van heffingsbevoegdheid vormen; evenmin behoeft dit te betekenen dat een dergelijke praktijk in overeenstemming is met artikel 43 EG. [42]

56. Deze analyse wordt evenmin gewijzigd door het argument van het Verenigd Koninkrijk dat zijn belastingverdragen met lidstaten bepalingen bevatten die verlangen dat de andere verdragsluitende staat compensatie biedt voor elke herkwalificatie door de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk. Mij lijkt dat dergelijke bepalingen via een bilateraal belastingverdrag vermindering willen bieden van de potentiële dubbele belasting als gevolg van de eenzijdige herkwalificatie van regels door het Verenigd Koninkrijk (bijvoorbeeld, om gevallen te vermijden waarin het Verenigd Koninkrijk een rentebetaling als uitkering herkwalificeert, maar de woonstaat van de moedermaatschappij deze als rentebetaling blijft zien). Zij doen niet het eenzijdige karakter teniet van de oorspronkelijk nationale regel waarvan de bepaling van het belastingverdrag uitgaat. Zoals ik in mijn conclusies in de zaken ACT en Denkavit [43] echter heb opgemerkt en ik hieronder nader zal uiteenzetten, moet het gevolg van deze bepalingen van een belastingverdrag voor de situatie van een bepaalde belastingplichtige wel in aanmerking worden genomen bij de beantwoording van de vraag, of een wettelijke regeling van een lidstaat feitelijk discriminerend is, in het bijzonder of er in werkelijkheid sprake is van een verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen dat een fiscaal nadeel oplevert.

57. Dit betekent dat de nadelige fiscale behandeling door de regels van het Verenigd Koninkrijk van binnenlandse dochtermaatschappijen met buitenlandse moedermaatschappijen, vergeleken met die van binnenlandse dochtermaatschappijen met binnenlandse moedermaatschappijen, niet simpel-

42 — Zie bijvoorbeeld mijn conclusies in de zaken Kerkhaert en Morres, aangehaald in voetnoot 27, punt 37, en in de zaak Denkavit, aangehaald in voetnoot 27, punt 43.

43 — ACT, aangehaald in voetnoot 27, punt 70 e.v.; Denkavit, aangehaald in voetnoot 27, punt 33 e.v.

weg als een quasi-beperking moet worden beschouwd, maar veeleer als een verschil in behandeling enkel en alleen als gevolg van de regels van één heffingsbevoegdheid.

3. Is de nadelige fiscale behandeling een gevolg van discriminatie?

58. De laatste vraag is, of gesteld kan worden dat de nadelige fiscale het gevolg is van discriminatie. Het Hof heeft geoordeeld dat discriminatie bestaat in de toepassing van verschillende regels op vergelijkbare situaties of in de toepassing van dezelfde regel op verschillende situaties, tenzij dat onderscheid gerechtvaardigd is. [44]

59. Zoals ik hierboven reeds heb uiteengezet, paste het Verenigd Koninkrijk voor de wijzigingen in 2004 verschillende regels toe op binnenlandse dochtermaatschappijen met buitenlandse moedermaatschappijen, hetgeen tot een fiscaal nadeel voor die dochtermaatschappijen leidde. Op het eerste gezicht lijkt duidelijk dat dit moet worden gezien als een verschillende behandeling van ondernemingen die in een vergelijkbare situatie verkeren; ook het Verenigd Koninkrijk heeft in zijn opmerkingen geen andere opvatting verdedigd. De aard en de omvang van de relevante heffingsbevoegdheid die het Verenigd Koninkrijk over binnenlandse dochtermaatschappijen met buitenlandse moedermaatschappijen uitoefende was in beginsel dezelfde als die welke het over binnenlandse dochtermaatschappijen met binnenlandse moedermaatschappijen uitoefende. Bij de uitoefening van die bevoegdheid was het Verenigd Koninkrijk ingevolge artikel 43 EG dus verplicht geen onderscheid te maken in de fiscale behandeling van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen, louter op basis van de locatie van hun moedermaatschappij. Op het eerste gezicht heeft het Verenigd Koninkrijk niet aan deze verplichting voldaan.

60. Het Verenigd Koninkrijk mag echter aantonen dat dit verschil in behandeling gerechtvaardigd was. Hiervoor moet het bewijzen dat 1) zijn wettelijke regeling een rechtmatig doel nastreeft dat zich met het Verdrag verdraagt en gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang; 2) de toepassing van die wettelijke regeling geschikt is om het aldus nagestreefde doel te verwezenlijken, en 3) die toepassing niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken. [45]

61. Het Verenigd Koninkrijk stelt dienaangaande dat zijn regels een evenredig antwoord op rechtmatige beleidsdoelstellingen vormden, die verschillend kunnen worden ingedeeld als doelstellingen van fiscale samenhang (zoals in het arrest Bachmann) [46], het voorkomen van belastingontduiking (zoals in het arrest ICI) [47] of de noodzaak

44 — Zie bijvoorbeeld arrest van 29 april 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Jurispr. blz. I-2651, en aldaar aangehaalde zaken).

45 — Zie arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 26, punt 35.

46 — Arrest van 28 januari 1992 (C-204/90, Jurispr. blz. I-249).

47 — Arrest van 16 juli 1998 (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695).

om volkomen kunstmatige constructies te vermijden die bedoeld zijn om de belastingwetgeving te omzeilen. Deze doelstellingen vormen zijns inziens een legitiem doel, namelijk het verzekeren van een eerlijke en coherente fiscale behandeling, met name door ervoor te zorgen dat de economische activiteit van de kredietnemer wordt belast in het land waarin die activiteit plaatsvond. Ik zal de toepasselijkheid van deze rechtvaardigingen achtereenvolgens onderzoeken.

a) Rechtvaardigingsgrond: het voorkomen van misbruik

62. Het Hof heeft in talrijke zaken erkend dat lidstaten ter voorkoming van misbruik van recht in beginsel maatregelen op het gebied van de directe belastingen kunnen treffen die anders discriminerend zouden zijn (ofschoon het tot op heden in feite nog nooit een nationale maatregel om die reden gerechtvaardigd heeft geacht). Het meest recente voorbeeld hiervan is het arrest Marks & Spencer, waarin het Hof oordeelde dat een nationale regel die de aftrek van grensoverschrijdende verliezen beperkte in beginsel gerechtvaardigd kon worden door het risico van belastingontwijking, en in het bijzonder het risico dat het verlies binnen een concern werd overgedragen aan ondernemingen in lidstaten waar het belastingtarief het hoogst is, en waar de fiscale waarde van een verlies dus het grootst is. [48] Die erkenning was eveneens duidelijk in 's Hofs arresten Lankhorst-Hohorst, X en Y, ICI [49], Leur-Bloem (betreffende de fusierichtlijn), Halifax (betreffende indirecte belastingen) en in talrijke arresten op niet-fiscale gebieden. [50]

63. Aan de aanvaarding van die rechtvaardiging ligt de volgende reden ten grondslag. Het is in beginsel volkomen rechtsgeldig en zelfs een grondbeginsel voor de idee van een interne markt, dat belastingplichtigen hun (grensoverschrijdende) belastingzaken op de voor hen meest gunstige manier proberen te regelen. [51] Dit is echter alleen toegestaan, voorzover die regeling eerlijk is, dat wil zeggen niet een volkomen kunstmatige constructie bedoeld om de nationale belastingwetgeving te misbruiken en te omzeilen. [52]

48 — Arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 26, punten 49 en 50.

49 — Arrest Lankhorst-Hohorst, aangehaald in voetnoot 2. Arrest van 21 november 2002, X en Y (C-436/00, Jurispr. blz. I-10829), en arrest ICI, aangehaald in voetnoot 47.

50 — Arresten van 17 juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Jurispr. blz. I-4161), en 21 februari 2006, Halifax e.a. (C-255/02, Jurispr. blz. I-1609). Zie eveneens arresten van 12 mei 1998, Kefalas (C-367/96, Jurispr. blz. I-2843), en 14 december 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, Jurispr. blz. I-11569).

51 — Zie bijvoorbeeld het arrest Halifax, aangehaald in voetnoot 50, punt 73. Zie eveneens het arrest van 26 oktober 1999, Eurowings (C-294/97, Jurispr. blz. I-7447): „Een eventueel fiscaal voordeel voor dienstverrichters in de vorm van een lagere belastingdruk in de lidstaat waar zij zijn gevestigd, verleent een andere lidstaat niet het recht om de op zijn grondgebied gevestigde ontvangers van de dienst fiscaal minder gunstig te behandelen [...] Zoals de Commissie terecht opmerkte, doen dergelijke compenserende fiscale heffingen afbreuk aan de grondslagen van de interne markt" (punten 44 en 45).

52 — Zie in het bijzonder de formulering van het Hof in de arresten Lankhorst-Hohorst, aangehaald in voetnoot 2, en ICI, aangehaald in voetnoot 47.

Zo kan het feit dat een binnenlandse onderneming in een andere lidstaat een tweede vestiging opricht op zich geen aanleiding zijn voor een algemeen vermoeden van belastingfraude of -ontwijking [53], zelfs waar die lidstaat een relatief laag belastingniveau heeft (of zelfs een regeling die valt onder de definitie van „schadelijke belastingmaatregelen" als bedoeld in de Gedragscode inzake de belastingregeling voor ondernemingen). [54]

64. Het volgende punt is, of de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk geschikt is om dit doel te bereiken. Dit is duidelijk het geval: indien het Verenigd Koninkrijk wil voorkomen dat grensoverschrijdende concerns feitelijke uitkeringen ten onrechte en kunstmatig aanmerken als rentebetalingen op leningen, is herkwalificatie van de rentebetalingen als uitkeringen duidelijk een doeltreffend middel om dat misbruik tegen te gaan.

65. Het laatste punt is, of de antimisbruikwetgeving van het Verenigd Koninkrijk een voor dit doel evenredig antwoord is en op evenredige wijze wordt toegepast.

66. Dienaangaande ben ik van mening dat, afhankelijk van de formulering en toepassing ervan, wettelijke regelingen ter voorkoming van onderkapitalisatie in beginsel een evenredige antimisbruikmaatregel kunnen zijn. Het is juist dat de gedachte dat ondernemingen gerechtigd zijn om hun zaken zo te regelen als zij willen, in beginsel betekent dat zij hun dochtermaatschappijen met eigen of met vreemd vermogen mogen financieren. Deze mogelijkheid eindigt echter daar waar de keuze van de onderneming misbruik van recht oplevert. Mij lijkt dat het arm's lengthbeginsel, dat in internationaal belastingrecht is aanvaard als het geschikte middel om kunstmatige manipulatie van grensoverschrijdende transacties tegen te gaan, in beginsel een geldig uitgangspunt is voor de vraag of een transactie misbruik oplevert of niet. Om de redenering te gebruiken die het Hof heeft ontwikkeld op het gebied van de indirecte belasting en andere niet-fiscale gebieden, het arm's length-criterium betekent in deze context een objectieve factor op grond waarvan kan worden beoordeeld of het wezenlijke doel van de betrokken transactie de verkrijging van een belastingvoordeel is. [55] Bovendien is het mijns inziens rechtsgeldig en moet het zelfs worden aangemoedigd dat lidstaten bepaalde redelijke criteria vaststellen op grond waarvan zij beoordelen of een transactie in overeenstemming is met het arm's length-beginsel en, indien dat niet het geval is, aannemen dat die transactie misbruik oplevert, tenzij het

53 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak Cadbury Schweppes, aangehaald in voetnoot 2, punten 53 en 56. Zie eveneens arrest X en Y, aangehaald in voetnoot 49, punt 62.

54 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak Cadbury Schweppes, aangehaald in voetnoot 2, punt 54.

55 — Zie het arrest Halifax, aangehaald in voetnoot 50, punt 86.

tegendeel wordt bewezen.[56] De vaststelling van deze criteria dient volgens mij zowel de rechtszekerheid van belastingplichtigen als de werkbaarheid voor de fiscale autoriteiten. Deze benadering staat in contrast met, bijvoorbeeld, het gebruik van één vast criterium dat in alle gevallen moet worden toegepast, zoals een vaste verhouding schulden-aandelenkapitaal, en dat niet de mogelijkheid biedt om rekening te houden met andere omstandigheden.

67. De formulering en praktische toepassing van een dergelijk criterium moeten echter ook aan het evenredigheidsvereiste voldoen. Dit betekent volgens mij dat:

— de belastingplichtige moet kunnen bewijzen dat, ofschoon de transactievoorwaarden geen normale voorwaarden waren, er niettemin echte commerciële redenen voor de transactie waren die geen verband hielden met de verkrijging van een fiscaal voordeel. Met andere woorden, zoals het Hof in het arrest Halifax opmerkte, „het verbod van onrechtmatige praktijken geldt niet wanneer er voor de betrokken economische activiteit een andere verklaring bestaat dan de loutere verkrijging van belastingvoordelen".[57] Als voorbeeld kan worden genoemd de situatie in de zaak Lankhorst-Hohorst, waarin het doel van de lening bestond in een reddingspoging van de dochtermaatschappij via het besparen van kosten en het verwezenlijken van rentebesparingen, welk doel door het Hof werd aanvaard. Men kan zich echter voorstellen dat soortgelijke situaties (dat wil zeggen waar een transactie niet onder normale omstandigheden is gesloten, maar niettemin geen misbruik vormt en niet louter ter verkrijging van een fiscaal voordeel) nogal uitzonderlijk is[58];

— indien de belastingplichtige dergelijke commerciële redenen aanvoert, de geldigheid daarvan van geval tot geval moet worden beoordeeld teneinde uit te maken of de transacties moeten worden aangemerkt als volkomen kunstmatig en alleen bestemd ter verkrijging van een belastingvoordeel;

— de informatie die de belastingplichtige moet verstrekken om het vermoeden te weerleggen niet onevenredig mag zijn en de verstrekking ervan niet extreem moeilijk of onmogelijk mag zijn;

56 — Dit kan worden onderscheiden van zaken als de zaak Kefalas, aangehaald in voetnoot 50, punt 26 e.v., waarin het Hof oordeelde dat de toepassing van een vermoeden van misbruik waar de belastingplichtige een bepaald recht niet had gebruikt, in strijd was met het gemeenschapsrecht (in dat geval een voorkeurrecht krachtens artikel 29, lid 1, van de Tweede richtlijn (77/91/EEG) van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB 1977, L 26, blz. 1). In dergelijke gevallen kon de factor die het vermoeden deed ontstaan — anders dan het arm's length-criterium in deze zaak — geen objectieve factor worden geacht op grond waarvan kon worden beoordeeld of het wezenlijke doel van de transactie de verkrijging van een belastingvoordeel was.

57 — Arrest Halifax, aangehaald in voetnoot 50, punten 74 en 75.

58 — Arrest Lankhorst-Hohorst, aangehaald in voetnoot 2.

— in gevallen waarin de betalingen als misbruik (verkapte uitkeringen) werden aangemerkt in bovenvermelde zin, alleen het gedeelte van de betalingen dat boven het bedrag ligt dat onder normale omstandigheden zou zijn overeengekomen, als uitkering mag worden geherkwalificeerd en dus worden belast in de staat van vestiging van de dochtermaatschappij, en

— de uitkomst van dat onderzoek vatbaar moet zijn voor rechterlijke toetsing. [59]

68. Evenmin ben ik van mening dat lidstaten, om aan artikel 43 EG te voldoen, verplicht zijn hun wettelijke regeling betreffende onderkapitalisatie uit te breiden tot louter nationale situaties, waar geen gevaar van misbruik is. Ik vind het ontzettend spijtig dat het gebrek aan duidelijkheid over de werkingssfeer van de in het kader van artikel 43 EG aangevoerde rechtvaardiging ontleend aan het voorkomen van misbruik, tot een situatie heeft geleid waarin de lidstaten, die geen duidelijkheid hebben over de mate waarin zij op het eerste gezicht „discriminerende" antimisbruikwetgeving kunnen vaststellen, zich verplicht hebben gevoeld op „veilig te spelen" door de werkingssfeer van hun regels uit te breiden tot louter nationale situaties, waar geen gevaar van misbruik bestaat. [60] Een dergelijke uitbreiding van wetgeving tot situaties die volkomen buiten de ratio legis ervan vallen, met louter formalistische bedoelingen en met een aanzienlijke extra administratieve last voor nationale ondernemingen en fiscale autoriteiten, is volstrekt zinloos en heeft een averechts effect op de economische efficiency. Als zodanig vormt zij een anathema voor de interne markt.

69. Ik wil hieraan toevoegen dat ik het met de Commissie eens ben dat, wil de toepassing van regels betreffende onderkapitalisatie evenredig zijn aan hun doel, de lidstaat die deze regels toepast via een belastingverdrag moet verzekeren dat de herkwalificatie van de binnen zijn heffingsbevoegdheid vallende transactie, in de lidstaat van de moedermaatschappij op gelijkwaardige wijze wordt geherkwalificeerd (dat wil zeggen van ontvangst van rentebetalingen in ontvangst van dividenduitkeringen). Het nalaten hiervan zou mijns inziens verder gaan dan noodzakelijk is om het doel van de onderkapitalisatieregels te bereiken en zou een onevenredige last (dubbele belasting) op de groep als geheel leggen. Ik heb elders reeds opgemerkt dat bij de vraag of een wettelijke regeling van een lidstaat in overeenstemming is met artikel 43 EG, rekening moet worden gehouden met het gevolg van belastingverdragen voor de situatie van een belastingplichtige. [61] Hiervoor geldt de waarschuwing

59 — Zie arrest Leur-Bloem, aangehaald in voetnoot 50, punt 41.

60 — Een voorbeeld is de uitbreiding van de Duitse regels betreffende onderkapitalisatie tot volledig nationale situaties na het arrest Lankhorst-Hohorst, aangehaald in voetnoot 2.

61 — Zie mijn conclusies in de zaken ACT, aangehaald in voetnoot 27, punt 71 e.v., en Denkavit, aangehaald in voetnoot 27, punt 33 e.v.

dat als verweer voor een schending van artikel 43 EG niet kan worden aangevoerd dat de andere verdragpartij niet aan haar verplichtingen ingevolge het belastingverdrag had voldaan door de door de moedermaatschappij ontvangen betalingen niet in overeenstemming met de herkwalificatie ervan door het Verenigd Koninkrijk te behandelen. [62]

70. Uit het bovenstaande zal duidelijk zijn dat de bewoordingen van de bepaalde onderkapitalisatieregeling en de wijze waarop deze in de praktijk werkt, cruciaal zijn voor de vraag of zij aan het evenredigheidscriterium voldoet.

71. Laten wij als voorbeeld de tot op heden enige andere zaak waarin het Hof een nationale onderkapitalisatieregeling heeft onderzocht, de zaak Lankhorst-Hohorst, eens bekijken. In die zaak bepaalde de betrokken Duitse wettelijke regeling dat betalingen zouden worden geherkwalificeerd, indien het vreemd vermogen meer dan driemaal de deelneming in het kapitaal van de aandeelhouder bedroeg (dat wil zeggen een vast criterium), een vermoeden dat alleen kon worden weerlegd indien de dochtermaatschappij „dit vreemd vermogen bij voor het overige gelijke omstandigheden ook van een derde had kunnen verkrijgen of indien het gaat om de opname van middelen ter financiering van normale banktransacties". [63] Dit betekende dat, zoals ik hierboven heb opgemerkt, het niet mogelijk was dat vermoeden te weerleggen in gevallen waarin er geen sprake was van misbruik, maar de lening niettemin niet aan het criterium van de wet voldeed (zoals in die zaak, waarin het Hof vaststelde dat de lening was aangegaan om een verlieslijdende dochtermaatschappij te helpen de rentelast van haar bankkrediet te verminderen, in omstandigheden waarin de verliezen aanzienlijk hoger waren dan de aan haar moedermaatschappij betaalde rente). Voorts lijkt mij dat de Duitse wettelijke regeling niet alleen leidde tot herkwalificatie van het gedeelte van de betaling dat hoger lag dan het bedrag dat tegen commerciële voorwaarden zou zijn verleend, maar van de volledige betaling van de dochter- aan de moedermaatschappij. Ten slotte blijkt uit het arrest niet dat er door middel van de toepasselijke belastingverdragen een mechanisme bestond dat verzekerde dat de herkwalificatie van rente door Duitsland zou worden „gecompenseerd" door de andere verdragsluitende lidstaten teneinde dubbele belasting te vermijden.

72. Zoals het Verenigd Koninkrijk in zijn opmerkingen stelt, was (en is) de situatie krachtens de in deze zaak aan de orde zijnde wettelijke regeling op vele punten verschillend.

73. Wat, om te beginnen, de tot 1995 geldende wettelijke regeling betreft, diende alle rente die een onderneming — hetzij aan een binnenlandse hetzij aan een buitenlandse kredietgever — op een lening betaalde en die een meer dan redelijke commerciële opbrengst op die lening vormde, als een

62 — Zie bijvoorbeeld mijn conclusie in de zaak Denkavit, aangehaald in voetnoot 27, punt 43.

63 — Arrest Lankhorst-Hohorst, aangehaald in voetnoot 2, punt 3.

winstuitkering te worden beschouwd voorzover de rente die opbrengst overschreed (Section 209, lid 2, sub d, TA). Rente betaald aan een niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde kredietgever die lid was van dezelfde groep (niet zijnde rente die krachtens Section 209, lid 2, sub d, reeds als uitkering was behandeld) werd echter in alle gevallen als uitkering behandeld. [64] Deze bepaling was duidelijk onevenredig in de hierboven omschreven zin, en wel om twee redenen. In de eerste plaats werd een lening aan een binnenlandse dochtermaatschappij door een in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij in alle gevallen als uitkering geherkwalificeerd, zonder dat deze werd getoetst aan het arm's length-criterium. In de tweede plaats had die dochtermaatschappij geen enkele mogelijkheid om aan te tonen dat de lening om geldige commerciële redenen was aangegaan en niet louter om een fiscaal voordeel te behalen. Deze algemene regel ging verder dan redelijkerwijs nodig was om het doel van de wettelijke regeling te verwezenlijken.

74. Het Verenigd Koninkrijk stelt echter dat de met andere lidstaten gesloten belastingverdragen tot gevolg hadden dat die rente in feite aftrekbaar was, tenzij en voorzover het rentepercentage overdreven was. Rente was overdreven indien, in het geval van oudere belastingverdragen gebaseerd op het model uit 1963 [65], het rentepercentage, gelet op het bedrag van de lening, hoger was dan op de markt gebruikelijk was of, in het geval van nieuwere belastingverdragen gebaseerd op latere OESO modellen [66], het rentebedrag om enige reden het bedrag van de normaal te betalen rente overschreed, omdat hetzij het percentage hetzij het bedrag van de lening zelf op de markt niet gebruikelijk was. Voor de tweede categorie belastingverdragen bevatte Section 808A TA vanaf 1992 aanwijzingen over de omstandigheden waarin het bedrag van een lening of het percentage van de daarop betaalde rente boven het bedrag lagen dat onder normale omstandigheden zou zijn overeengekomen. Volgens die aanwijzingen moest bij toetsing aan het arm's length-criterium rekening worden gehouden met alle factoren, waaronder de vraag of de lening bij gebreke van de bijzondere relatie (tussen de kredietgever en de kredietnemer) überhaupt zou zijn gesloten; het bedrag van de lening die bij gebreke van die relatie zou zijn verstrekt alsmede het rentepercentage en andere voorwaarden die zonder die relatie zouden zijn overeengekomen. [67]

75. Mij lijkt dat de bewoordingen van elk van deze categorieën belastingverdragen in beginsel evenredig zijn aan het aangegeven doel van de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk, namelijk het voorkomen van misbruik. De grondslag voor de beoordeling is in elk geval in wezen het arm's length-beginsel. Er is in geen enkel geval een absoluut vast criterium (bijvoorbeeld een vaste verhouding vreemd-eigen vermogen)

64 — Section 209, lid 2, sub e-iv en e-v, TA.

65 — Bijvoorbeeld, de belastingverdragen met Luxemburg, Duitsland, Spanje en Oostenrijk.

66 — Bijvoorbeeld, de belastingverdragen met Nederland, Frankrijk, Ierland en Italië.

67 — Section 808A, lid 2, TA.

voor hetgeen is toegestaan: op grond van de gebruikte bewoordingen biedt elke categorie de mogelijkheid om bij de vraag wat op de markt gebruikelijk is, rekening te houden met de omstandigheden van elk afzonderlijk geval. Daarnaast wordt in elk geval alleen het excedent van de grensoverschrijdende betalingen (boven hetgeen tegen commerciële voorwaarden zou zijn betaald) als uitkering geherkwalificeerd. Dergelijke bepalingen lijken mij in beginsel daarom gerechtvaardigd uit hoofde van artikel 43 EG. Voor deze conclusie gelden echter de volgende belangrijke voorwaarden, die alle afzonderlijk door de nationale rechter moeten worden onderzocht.

76. In de eerste plaats moet de belastingplichtige de gelegenheid hebben gehad, zonder buitensporige moeite aan te tonen dat een transactie in feite heeft plaatsgevonden om echte commerciële redenen die niet bestonden in de verkrijging van een belastingvoordeel. Ofschoon men zich, zoals ik hierboven heb opgemerkt, kan voorstellen dat de omstandigheden waarin dit kan worden aangetoond, tamelijk beperkt zullen zijn (een voorbeeld is de redding door een moeder- van haar dochtermaatschappij), is mij uit de bewoordingen van de belastingverdragen die als voorbeeld aan het Hof zijn voorgelegd niet duidelijk, of die mogelijkheid onder de regeling van het Verenigd Koninkrijk bestond. De nationale rechter dient dit op basis van de feiten van de bij hem aanhangige zaak te bepalen.

77. In de tweede plaats is deze analyse louter gebaseerd op de formele bewoordingen van de aan het Hof voorgelegde belastingverdragen. Indien de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk die bepalingen in de praktijk bijvoorbeeld zo toepasten dat zij een volkomen inflexibele regel opleverden die zonder aandacht voor de omstandigheden van het bepaalde geval werd toegepast en zonder dat de belastingplichtige een reële mogelijkheid heeft gehad om argumenten aan te voeren en ervoor te zorgen dat die omstandigheden in aanmerking werden genomen (of de bepalingen van het belastingverdrag helemaal niet hebben toegepast, hetgeen betekende dat Section 209, lid 2, sub e-iv en e-v, van toepassing was), zou dit niettemin onevenredig zijn. Ofschoon het bestaan van een „advance clearance procedure", waardoor belastingplichtigen zich van hun positie kunnen vergewissen voordat de onderkapitalisatieregels op hen kunnen worden toegepast, in het belang van behoorlijk bestuur bijdraagt tot de transparantie en de zekerheid van de belastingstelsels van de lidstaten, is dit mijns inziens niet doorslaggevend voor de verenigbaarheid met artikel 43 EG van anderszins evenredige nationale regels. Ik wijs erop dat verzoeksters in de onderhavige zaak de efficiency en de betrouwbaarheid betwisten van de advance clearance-procedure waarop het Verenigd Koninkrijk zich tot staving van zijn betoog beroept.

78. In de derde plaats geldt de analyse alleen voorzover het Verenigd Koninkrijk ook echt een belastingverdrag met dergelijke bewoordingen met de relevante lidstaat had gesloten. Uit de verwijzingsbeslissing is niet duidelijk hoeveel van dergelijke belastingverdragen het met andere lidstaten heeft gesloten.

79. Ten slotte zou zelfs in door dergelijke belastingverdragen beheerste gevallen de verenigbaarheid van de regels met artikel 43 EG, zoals ik hierboven heb opgemerkt, afhangen van de erkenning van de herkwalificatie van het Verenigd Koninkrijk door de andere lidstaat die partij is bij het belastingverdrag (teneinde er met name voor te zorgen dat de herkwalificatie geen dubbele belasting veroorzaakt). Zoals ik hierboven reeds heb opgemerkt, kan het Verenigd Koninkrijk niet als verweer aanvoeren dat de andere partij bij het belastingverdrag niet aan zijn uit dat verdrag voortvloeiende verplichtingen voldeed, door de betalingen die de moedermaatschappij ontving niet te behandelen in overeenstemming met hun herkwalificatie door het Verenigd Koninkrijk. Ofschoon het Verenigd Koninkrijk in casu stelt dat een dergelijke aanpassing in feite bijna altijd plaatsvond, wijs ik erop dat het de taak van de nationale rechter is om te onderzoeken of dit in een bepaald bij hem aanhangig geval inderdaad zo was.

80. Ik wil hieraan toevoegen dat, anders dan verzoeksters stellen, het feit dat het in Section 209, lid 2, sub d, genoemde nationale arm's length-criterium voor herkwalificatie anders (en ruimer) kan zijn dan het criterium van de belastingverdragen, op zich niet betekent dat de regels van het Verenigd Koninkrijk in strijd waren met artikel 43 EG: zoals ik hierboven heb opgemerkt, kan van lidstaten niet worden verlangd dat zij louter nationale leningen binnen een groep van ondernemingen voor dit doel op dezelfde wijze beoordelen als grensoverschrijdende leningen binnen een groep. Voorts lijkt de uitbreiding van de beoordeling in die zin dat niet alleen wordt onderzocht of het rentepercentage, maar ook het bedrag van de lening tegen commerciële voorwaarden werd verleend, volledig aan te sluiten bij het doel van de wettelijke regeling om misbruik tegen te gaan, aangezien het vergroten van de omvang van de lening tot niet-commerciële proporties in theorie eveneens een effectieve manier kan vormen om de belasting van winst naar een andere jurisdictie te verleggen.

81. Ik wil nu ingaan op de evenredigheid van de in 1995 ingevoerde wijzigingen. Zoals het Verenigd Koninkrijk opmerkt, werd met deze wijzigingen het arm's length-beginsel, dat voorheen door middel van belastingverdragen gold, in wezen in de wet opgenomen. Zo bepaalden zij dat tussen leden van een concern betaalde rente die boven een bedrag lag dat onder normale commerciële omstandigheden zou zijn betaald, als uitkering moest worden aangemerkt. [68] Een lening werd behandeld als onder andere dan normale commerciële omstandigheden te zijn verleend, waar de lening geheel of ten dele „een bedrag vertegenwoordigt dat de andere onderneming niet had moeten worden betaald, indien het om ondernemingen ging tussen welke (behoudens met betrekking tot de betrokken zekerheden) geen relatie, regeling, of andere band bestond, met uitzondering van, eventueel, dat deel van die uitkering dat niet een dergelijk bedrag vertegenwoordigt [...]". [69] Voorts gaf de wettelijke regeling een lijst van criteria aan de hand waarvan moest worden bepaald of

68 — Section 209, lid 2, sub da, TA.

69 — Section 209, lid 2, sub da-ii, TA.

rentebetalingen als uitkeringen moesten worden behandeld. Deze criteria waren: het niveau van de algehele schuldenlast van de kredietnemer; de vraag of verwacht kon worden dat de kredietnemer en een bepaald persoon partij zouden zijn geworden bij een transactie waarbij de emitterende onderneming een zekerheid afgeeft of waarbij een lening dan wel een lening van een bepaald bedrag aan die onderneming wordt verstrekt; het rentepercentage en andere voorwaarden waarvan verwacht kan worden dat zij in een bepaald geval bij een dergelijke transactie gelden.

82. Op het eerste gezicht en om soortgelijke redenen als met betrekking tot de wettelijke regeling vóór 1995 zijn besproken, lijken de bewoordingen van deze wettelijke regeling mij in beginsel evenredig aan haar doel, mits wordt voldaan aan de vier belangrijke voorwaarden die hierboven zijn genoemd. Het criterium voor herkwalificatie is uitdrukkelijk gebaseerd op het arm's length-beginsel, zoals dat in de genoemde criteria is gespecificeerd. In casu is niet gesteld dat deze criteria en de formulering van de wettelijke regeling niet op de juiste wijze uitdrukking geven aan het arm's length-beginsel. Het feit dat de bepalingen niet gelden indien de betaler en de ontvanger van de rente beiden in het Verenigd Koninkrijk vennootschapsbelastingplichtig zijn [70], betekent op zich ook hier niet dat zij onevenredig zijn.

83. Precies dezelfde overwegingen gelden voor het onderzoek van de evenredigheid van de wijzigingen van de regels in 1998, waarin de kwestie van onderkapitalisatie wordt geregeld als een onderdeel van de algemene regels van het Verenigd Koninkrijk betreffende transfer pricing. Wederom is de arm's length-regel als uitgangspunt genomen, dit keer met de bewoordingen „anders dan zij zouden zijn overeengekomen, indien de ondernemingen niet onder gemeenschappelijke controle stonden". En wederom gelden dezelfde voorwaarden als ik hierboven heb uiteengezet.

84. Ofschoon het Verenigd Koninkrijk zijn transfer pricing-regels in 2004 zodanig heeft gewijzigd dat zij ook gelden waar beide partijen bij de transactie in het Verenigd Koninkrijk belastingplichtig zijn, zal uit mijn eerdere verklaringen duidelijk zijn dat ik dit voor de verenigbaarheid van de regels met artikel 43 EG niet noodzakelijk acht.

b) Rechtvaardiging op grond van fiscale samenhang?

85. Het Verenigd Koninkrijk heeft als andere rechtvaardiging aangevoerd dat de betrokken wettelijke regeling nodig was om de samenhang van het belastingstelsel te verzekeren. Die regeling beoogde te verzekeren dat verkapte uitkeringen één keer werden belast en in de juiste fiscale jurisdictie (dat wil

70 — Section 212, leden 1 en 3, TA.

zeggen de jurisdictie waarin de winst werd gegenereerd). Voorts stelt het dat de toepassing van zijn onderkapitalisatieregels, wanneer men de fiscale samenhang beziet vanuit het oogpunt van het gehele concern en de gehele Gemeenschap, die samenhang verzekerde, door ervoor te zorgen dat winst niet via een kunstmatige constructie kon worden „geëxporteerd" teneinde te worden belast in een jurisdictie waarin die winst niet was verdiend.

86. Dit argument kan kort worden afgehandeld, aangezien het, toegepast in de onderhavige context, mijns inziens precies dezelfde punten aan de orde stelt en aan dezelfde beperkingen is onderworpen als hierboven zijn besproken in het kader van de rechtvaardiging ontleend aan het voorkomen van misbruik.

87. Het biedt echter de gelegenheid voor wat meer algemene opmerkingen over de aard en functie van het ietwat vage verweer van de „fiscale samenhang". Het Hof heeft slechts in één zaak, het arrest Bachmann [71], dit verweer expliciet aanvaard, ofschoon het zonder succes in vele zaken daarna is aangevoerd. In het arrest Bachmann gebruikte het Hof het concept om aan te geven dat België gerechtigd was om een „verband" te handhaven tussen de aftrekbaarheid van de in het kader van een verzekering tegen ouderdom en overlijden betaalde premies en de latere heffing van belasting over de bedragen die ingevolge die verzekeringscontracten werden uitgekeerd. België mocht de aftrekbaarheid van die premies beperken tot gevallen waarin het de later uitbetaalde bedragen kon belasten. Sindsdien heeft het Hof geoordeeld dat er voor het slagen van dit verweer een „rechtstreeks verband" moet bestaan tussen de toekenning van een fiscaal voordeel en de compensatie van dit voordeel door een fiscale heffing. Zo beklemtoonde het bijvoorbeeld in de zaak Verkooijen dat in de zaak Bachmann het belastingvoordeel en het belastingnadeel beide in het kader van dezelfde belasting plaatsvonden en dezelfde belastingplichtige betroffen, en verwierp het het verweer op basis van de feiten van die zaak, omdat het daarin ging om twee afzonderlijke belastingen met verschillende belastingplichtigen. [72] Deze benadering werd gevolgd in zaken als de zaak Baars en de zaak Bosal. [73]

88. De beperking van de werkingssfeer van het verweer tot een formalistisch „één belasting, één belastingplichtige" is onder meer bekritiseerd door de advocaten-generaal Kokott en Poiares Maduro in hun conclusies in de zaak Manninen respectievelijk Marks & Spencer. [74] Het Hof lijkt in zijn arresten in die zaken inderdaad een ruimere benadering aan dit concept te geven. In de zaak Manninen verwierp het op basis van de feiten van die zaak weliswaar het verweer,

71 — Arrest Bachmann, aangehaald in voetnoot 46 (zie eveneens het parallelle arrest van 28 januari 1992, Commissie/België, C-300/90, Jurispr. blz. I-305, betreffende soortgelijke punten).

72 — Arrest van 6 juni 2000, Verkooijen (C-35/98, Jurispr. blz. I-4071, punt 58).

73 — Arrest Baars, aangehaald in voetnoot 19. Arrest van 18 september 2003, Bosal (C-168/01, Jurispr. blz. I-9409).

74 — Arrest van 7 september 2004 (Manninen, C-319/02, Jurispr. blz. I-7477), en arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 26.

doch het redeneerde dat de samenhang van het Finse belastingstelsel in die zaak gewaarborgd was voorzover er een onderling verband bestond tussen het fiscale voordeel voor de aandeelhouder (een belastingkrediet) en de vennootschapsbelasting betaald over de winst die in die aandelen was opgenomen. Dat die vennootschapsbelasting niet in Finland, maar in Zweden was betaald, deed aan dit verband niet af.[75] In het arrest Marks & Spencer was de redenering van het Hof enigszins verschillend en gebruikte het het concept van een „evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten".[76] Ofschoon een nationale wettelijke regeling die de groepsaftrek beperkte tot binnenlandse dochtermaatschappijen van een binnenlandse moedermaatschappij in beginsel het gerechtvaardigde doel van bescherming van deze evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid nastreefde, daar dit evenwicht in gevaar zou komen wanneer dochtermaatschappijen de mogelijkheid werd geboden om hun verliezen te verrekenen in hun staat van vestiging of in een andere staat, waren de middelen die de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk in dat geval gebruikte om dit doel te verwezenlijken, volgens het Hof onevenredig.

89. In het licht hiervan is het begrijpelijk dat er onzekerheid bestaat over de omvang en de functie van dit verweer. Mijns inziens heeft het Hof echter in de overgrote meerderheid van zaken waarin het dit verweer verwierp (in antwoord op specifieke argumenten van partijen op dit punt), in werkelijkheid slechts uitdrukking gegeven aan de fundamentele beginselen van non-discriminatie die ik in mijn conclusies in de zaken ACT, FII, Kerckhaert en Morres alsmede Denkavit heb uiteengezet, namelijk: 1) in hun hoedanigheid van woonstaat mogen de lidstaten geen onderscheid maken tussen inkomsten uit buitenlandse en uit binnenlandse bron, voorzover zij heffingsbevoegdheid over eerstgenoemde inkomsten uitoefenen, en 2) in hun hoedanigheid van bronstaat mogen de lidstaten geen onderscheid maken tussen inkomsten van niet-ingezetenen en van ingezetenen, voorzover zij heffingsbevoegdheid over eerstgenoemde inkomsten uitoefenen.[77] Duidelijke voorbeelden hiervan zijn de zaken Verkooijen en Manninen, waarin het Hof in wezen de non-discriminatieverplichting van de woonstaat bevestigde, met de afwijzing van het betoog van de Nederlandse en de Finse regering dat er onvoldoende verband bestond tussen het belastingvoordeel (vrijstelling respectievelijk krediet) en de betaalde belasting (die, als inkomsten uit buitenlandse bron, in een andere lidstaat was betaald).[78] Ook in het arrest Marks & Spencer gaf het Hof in feite de grenzen aan van de non-discriminatieverplichting (van de woonstaat). Aangezien het Verenigd Koninkrijk geen heffingsbevoegdheid uitoefende over niet-ingezeten dochtermaatschappijen van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappijen, was het in beginsel consequent dat het niet toestond dat verliezen van die dochtermaatschappijen bij de binnenlandse moedermaatschappij in aftrek werden gebracht.[79] Even-

75 — Arrest Manninen, aangehaald in voetnoot 74, punt 46.

76 — Arrest Marks & Spencer, aangehaald in voetnoot 26, punt 46.

77 — Aangehaald in voetnoot 27.

78 — Arresten Verkooijen, aangehaald in voetnoot 72, en Manninen, aangehaald in voetnoot 74.

79 — Aangehaald in voetnoot 26.

tuele „beperkingen" voor grensoverschrijdende activiteit als gevolg van die begrenzing van de verliezenaftrek zouden niet het gevolg zijn van discriminatie, maar van quasi-beperkingen.

90. In die zaken was de beoordeling van het verweer van de „fiscale samenhang" in feite dus conceptueel niet te onderscheiden van die van de vraag of de nationale wettelijke regeling discriminerend was. In de overgrote meerderheid van gevallen kan men zich dus inderdaad afvragen, of het verweer van de „fiscale samenhang" wel een zinvolle afzonderlijke functie heeft.

91. In casu levert toepassing van de redenering gebaseerd op de fiscale samenhang mijns inziens precies hetzelfde resultaat op als ik hierboven met betrekking tot de rechtvaardiging ontleend aan het voorkomen van misbruik heb uiteengezet. Dus ofschoon het Verenigd Koninkrijk in beginsel mag proberen om misbruik te voorkomen van de belastingregels binnen zijn eigen heffingsbevoegdheid (dat wil zeggen, het onderscheid in fiscale behandeling van rente- en winstuitkeringen) door middel van het arm's length-beginsel van verdeling, mag het dit alleen op een evenredige wijze doen.

4. Conclusie eerste vraag

92. Gelet op een en ander, ben ik van mening dat op de eerste vraag van de nationale rechter moet worden geantwoord dat artikel 43 EG zich niet verzet tegen de handhaving en toepassing van nationale fiscale bepalingen als de bepalingen van het Verenigd Koninkrijk die in deze zaak aan de orde zijn, die op basis van het arm's length-criterium beperkingen stellen aan de mogelijkheid van een binnenlandse dochtermaatschappij 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 dochtermaatschappij niet zouden gelden indien haar moedermaatschappij in het Verenigd Koninkrijk was gevestigd, zolang als 1) een dochtermaatschappij niettemin de mogelijkheid heeft, zonder buitensporige moeite aan te tonen dat de transactie in feite tot stand is gekomen wegens echte commerciële redenen anders dan de verkrijging van een belastingvoordeel, en 2) het Verenigd Koninkrijk zorgt voor de erkenning door de staat van vestiging van de moedermaatschappij van elke herkwalificatie door het Verenigd Koninkrijk van door de dochtermaatschappij betaalde rente.

C — *Vraag 2*

93. Met zijn tweede vraag wenst de nationale rechter in wezen te vernemen, of het antwoord op zijn eerste vraag anders zou

luiden indien de lening aan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij niet rechtstreeks door haar moedermaatschappij was verstrekt, maar door een tussenvennootschap die eveneens lid is van dezelfde groep, en indien die kredietgever en/of de moedermaatschappij niet in een andere lidstaat, maar in een derde land waren gevestigd.

94. Zoals ik hierboven heb besproken, moet de betrokken wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk, aangezien zij enkel geldt voor situaties waarin een onderneming een bepaalde invloed op de beslissingen van een andere onderneming heeft in de zin van de rechtspraak van het Hof, alleen op haar verenigbaarheid met artikel 43 EG worden onderzocht. Het voor deze zaak relevante verbod van dit artikel is het verbod op beperkingen betreffende de oprichting van dochtermaatschappijen door vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben. [80]

95. Dit betekent volgens mij dat zolang de directe of indirecte moedermaatschappij, die in haar recht van vestiging zou zijn beperkt, is gevestigd in een lidstaat (niet zijnde het Verenigd Koninkrijk), artikel 43 EG (en de hierboven opgenomen analyse) van toepassing is. De mogelijkheid dat de tussenvennootschap die de lening eigenlijk verstrekt wellicht in een derde land is gevestigd, brengt geen wijziging in die conclusie. In het in vraag 2, sub a, geschetste scenario (zowel de moedermaatschappij als de kredietgever zijn in een andere lidstaat gevestigd) is de analyse dus exact dezelfde als die voor de eerste vraag.

96. Is de directe of indirecte moedermaatschappij echter in een derde land gevestigd, dan is artikel 43 EG in beginsel niet van toepassing, zelfs niet indien de lening in feite wordt verstrekt via een ander lid van de groep dat in een andere lidstaat is gevestigd. In het in vraag 2, sub d, geschetste scenario (moedermaatschappij en kredietgever zijn beide in derde landen gevestigd) is artikel 43 EG dus niet van toepassing (en evenmin enige andere verdragsbepaling betreffende het vrije verkeer).

97. Dit zou slechts anders zijn waar de kredietgever zelf een bepaalde invloed op de beslissingen van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij uitoefent (dat wil zeggen waar zij in feite een dochtermaatschappij van de kredietgever is) en de regels van het Verenigd Koninkrijk die dochtermaatschappij discrimineerden op grond van de locatie van die kredietgever. In een dergelijk geval zou de gestelde beperking een beperking van het recht van vestiging van de kredietgever zijn, en niet van de in een derde land gevestigde moedermaatschappij. In de in de vragen 2, sub b en sub c,

80 — Zie artikel 48 EG.

geschetste scenario's (kredietgever gevestigd in een andere lidstaat, moedermaatschappij gevestigd in een derde land) geldt de hierboven voor artikel 43 EG opgenomen analyse dus alleen waar de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde kredietnemer een dochtermaatschappij is van de kredietgever. Dit geldt ook voor de in vraag 2, sub c, opgenomen variant (lening verstrekt door een in een derde land gevestigd filiaal van de in een lidstaat gevestigde kredietgever), zolang de kredietgever zelf voldoet aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van artikel 43 EG zoals genoemd in artikel 48 EG (dat wil zeggen is opgericht in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat en met statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Gemeenschap).

98. Gelet op een ander, ben ik van mening dat op de tweede vraag van de nationale rechter moet worden geantwoord dat artikel 43 EG, en de analyse opgenomen in mijn antwoord op de eerste vraag, van toepassing zijn waar a) de lening is verstrekt door een kredietgever, en niet door de moedermaatschappij zelf, indien beide ondernemingen gevestigd zijn in een andere lidstaat dan het Verenigd Koninkrijk, of b) de kredietgever in een andere lidstaat dan het Verenigd Koninkrijk is gevestigd en de kredietnemer de dochtermaatschappij van de kredietgever is, zelfs indien hun gemeenschappelijke moedermaatschappij in een derde land is gevestigd of de kredietgever de lening verstrekt via een in een derde land gevestigd filiaal. Artikel 43 EG is echter niet van toepassing waar a) de kredietgever is gevestigd in een andere lidstaat dan het Verenigd Koninkrijk, de kredietnemer geen dochtermaatschappij van de kredietgever is en hun gemeenschappelijke moedermaatschappij in een derde land is gevestigd, of b) de kredietgever en alle gemeenschappelijke directe of indirecte moedermaatschappijen van de kredietgever en de kredietnemer in derde landen zijn gevestigd.

D — *Vraag 3*

99. Met zijn derde vraag wenst de nationale rechter te vernemen, of het voor de beantwoording van de eerste en de tweede vraag verschil maakt wanneer kan worden aangetoond dat de verstrekking van de lening misbruik vormde of deel uitmaakte van een constructie bedoeld om de belastingwetgeving van de lidstaat van de kredietnemer te omzeilen. Aangezien ik deze vraag heb beantwoord als onderdeel van mijn antwoord op de eerste vraag, en met name in het gedeelte betreffende de toepasselijkheid van de door het Verenigd Koninkrijk aangevoerde rechtvaardiging ontleend aan het voorkomen van misbruik, zal ik deze vraag hier niet afzonderlijk beantwoorden.

E — *Vraag 4*

100. Met zijn vierde vraag wenst de nationale rechter te vernemen, of, indien er sprake

is van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal tussen de lidstaten en derde landen in de zin van artikel 56 EG, die beperking dan bestond op 31 december 1993 in de zin van artikel 57 EG. Aangezien ik deze vraag heb beantwoord in onderdeel V.A hierboven, waarin ik concludeerde dat de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk alleen op haar verenigbaarheid met artikel 43 EG, en niet met de artikelen 49 EG of 56 EG moet worden onderzocht, zal ik deze vraag hier niet afzonderlijk beantwoorden.

F — *Vragen 5-10*

101. In de vijfde tot en met de tiende vraag van de verwijzingsbeslissing gaat het erom welke maatregelen beschikbaar zouden moeten zijn om herstel te bieden aan de getroffen in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen of andere ondernemingen van dezelfde groep, in het geval dat één van de aan de orde zijnde wettelijke regelingen van het Verenigd Koninkrijk in strijd is met één van de in die vragen genoemde communautaire bepalingen.

102. Uit mijn antwoord op de eerste vraag zal duidelijk zijn dat de kwestie van herstelmaatregelen enkel in een aantal vrij beperkte omstandigheden aan de orde is, aangezien de regels van het Verenigd Koninkrijk mijns inziens grotendeels in overeenstemming zijn met artikel 43 EG. De vraag van herstelmaatregelen zal dus enkel rijzen in gevallen waarin 1) een belastingplichtige kan aantonen dat betalingen die het Verenigd Koninkrijk krachtens die regels heeft geherkwalificeerd, in feite werden gedaan om echte commerciële redenen die geen verband hielden met de verkrijging van een belastingvoordeel; 2) voor wat betreft situaties die door de tot 1995 geldende regels werden beheerst, er geen geldend belastingverdrag was waarin een arm's length-criterium was opgenomen en de belastingplichtige kan aantonen dat betalingen die het Verenigd Koninkrijk krachtens die regels heeft geherkwalificeerd, aan het arm's length-criterium zouden hebben voldaan of in feite werden gedaan om echte commerciële redenen die geen verband hielden met de verkrijging van een belastingvoordeel, of 3) de herkwalificatie van de betaling door het Verenigd Koninkrijk niet werd erkend door de lidstaat van de moedermaatschappij, met als gevolg een dubbele belasting van de betaling die anders niet had plaatsgevonden.

103. Als gevolg van het geringe toepassingsbereik van deze situaties en het feit dat ik in mijn conclusie in de zaak Test Claimants in the FII Group Litigation [81] soortgelijke vragen heb behandeld, zal ik mijn antwoorden op deze vragen kort houden.

104. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak FII [82] heb opgemerkt, is het vaste rechtspraak van het Hof dat het recht op terugbetaling

81 — Aangehaald in voetnoot 27, punt 125 e.v.

82 — Ibidem, punt 126 en aldaar aangehaalde zaken.

van heffingen die een lidstaat in strijd met het gemeenschapsrecht heeft geïnd, het gevolg en het complement is van de rechten die de justitiabelen ontlenen 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. [83] Bij gebreke van een gemeenschapsregeling inzake de terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen is het een aangelegenheid van het interne recht van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te bepalen 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 de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidbeginsel). [84]

105. De in deze zaak gestelde vraag is precies dezelfde als die in de FII-zaak, namelijk of de vorderingen van verzoeksters moeten worden aangemerkt als vorderingen tot terugbetaling, tot schadevergoeding of tot betaling van een bedrag dat een onrechtmatig geweigerd voordeel vertegenwoordigt.

106. In die zaak heb ik (onder verwijzing naar de zaak Metallgesellschaft e.a.) opgemerkt dat de nationale rechter in beginsel dient te beslissen, hoe de verschillende vorderingen naar nationaal recht moeten worden gekwalificeerd. Hierbij geldt echter de voorwaarde dat verzoeksters daardoor over een doeltreffend middel beschikken om terugbetaling of vergoeding te verkrijgen van het financiële nadeel dat zij ten voordele van de autoriteiten van de betrokken lidstaat hebben geleden als gevolg van de onwettig geheven belasting. [85] Deze verplichting houdt in dat de nationale rechter bij de kwalificatie van vorderingen naar nationaal recht rekening houdt met het feit dat in een bepaald geval de voorwaarden voor schade zoals uiteengezet in het arrest Brasserie du Pêcheur niet zijn aangetoond en er in een dergelijke situatie voor zorgt, dat er niettemin een doeltreffend middel voorhanden is.

107. Toegepast op de onderhavige zaak betekent dit volgens mij dat de door verzoeksters ingediende vorderingen moeten worden beoordeeld krachtens de beginselen die in de rechtspraak van het Hof over vorderingen tot teruggaaf van onrechtmatig geïnde heffingen zijn ontwikkeld; dat wil zeggen, het Verenigd Koninkrijk mag niet profiteren van dergelijke onrechtmatige heffingen en ondernemingen (of concerns) die deze moeten betalen, mogen daardoor geen verlies lijden. [86] Als zodanig moet het hun ter beschikking staande middel, om daadwerke-

83 — Ibidem en aldaar aangehaalde zaken.

84 — Conclusie in de zaak FII, aangehaald in voetnoot 27, punt 127, en aldaar aangehaalde zaken.

85 — Arrest Metallgesellschaft e.a., aangehaald in voetnoot 36, punt 96.

86 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Fennelly bij het arrest Metallgesellschaft e.a., aangehaald in voetnoot 36, punt 45.

lijk terugbetaling of vergoeding te verkrijgen van het financiële verlies dat verzoeksters hebben geleden en waarvan de autoriteiten van de betrokken lidstaat hebben geprofiteerd, zich mijns inziens uitstrekken tot alle rechtstreekse gevolgen van de onrechtmatig geheven belasting. Op het eerste gezicht omvat dit volgens mij: 1) terugbetaling van onrechtmatig geheven vennootschapsbelasting (vraag 5, sub a tot en met sub d); 2) teruggave van krediet dat is gebruikt ter compensatie van de onrechtmatig geheven vennootschapsbelasting (vraag 5, sub e), en 3) terugbetaling van niet-gebruikte voorheffing op de vennootschapsbelasting betaald op ten onrechte als uitkeringen geherkwalificeerde rentebetalingen (vraag 5, sub f). Ik wil echter beklemtonen dat het aan de nationale rechter is om zich in elk geval ervan te overtuigen dat de gevorderde voorziening een rechtstreeks gevolg was van de onrechtmatig geïnde heffing.

108. Ik wil hieraan toevoegen dat ik in de FII-zaak, betreffende de fiscale behandeling door het Verenigd Koninkrijk van inkomende dividenden, sterk betwijfelde of voor alle aspecten van het stelsel van het Verenigd Koninkrijk dat in strijd was met het gemeenschapsrecht, was voldaan aan de voorwaarden van het arrest Brasserie du Pêcheur [87], en in het bijzonder de voorwaarde van een voldoende gekwalificeerde schending. Ik heb in casu nog sterkere twijfels op dit punt. De toepassing van artikel 43 EG op nationale onderkapitalisatieregels is door het Hof alleen bevestigd in 2002 met het arrest Lankhorst-Hohorst [88], en zelfs na dat arrest is de werkingsfeer ervan niet volledig duidelijk geweest. Bovendien heeft het Verenigd Koninkrijk zijn wetgeving herhaaldelijk gewijzigd en daardoor de toepassing van de regels transparanter gemaakt, kennelijk, in het geval van de wijzigingen van 2004, met de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht in gedachten. Dit lijkt mij niet voldoende om een kennelijke en ernstige overschrijding van de grenzen van zijn beoordelingsvrijheid op te leveren in de zin van de rechtspraak van het Hof.

109. Als laatste punt en in antwoord op de tiende vraag van de nationale rechter, dat wil zeggen of het relevant is dat benadeelde personen zich redelijke inspanningen hebben getroost om de schade te beperken, wijs ik erop dat, zoals het Hof in het arrest Metallgesellschaft e.a. heeft geoordeeld en in lijn met het algemene beginsel van procesautonomie, vorderingen als die in de hoofdgedingen in beginsel onderworpen zijn aan de nationale procesregels, die van de verzoekers in het bijzonder kunnen verlangen dat zij zich redelijke inspanningen getroosten om de schade te voorkomen of de omvang ervan te beperken. [89] Hiervoor geldt echter wederom als voorwaarde dat de procesregels gelijkwaardig moeten zijn aan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden en de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Zo heeft het Hof in het arrest

87 — Arrest Hof van 5 maart 1996, Brasserie du Pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029).

88 — Arrest Lankhorst-Hohorst, aangehaald in voetnoot 2.

89 — Aangehaald in voetnoot 36, punt 102.

Metallgesellschaft geoordeeld dat niet zou worden voldaan aan het doeltreffendheidbeginsel wanneer een nationale rechter een bij hem ingestelde vordering tot terugbetaling of vergoeding van financieel nadeel afwijst of vermindert op de enkele grond, dat de verzoeksters de belastingautoriteiten met een rechtstreeks beroep op het gemeenschapsrecht niet hebben verzocht om toepassing van een bepaalde belastingregeling, terwijl het nationale recht hen „hoe dan ook" van deze regeling uitsluit. In dit verband wil ik opmerken dat uit de verwijzingsbeslissing niet duidelijk blijkt, of de betrokken nationale bepalingen, in combinatie met de toepasselijke belastingverdragen, in een bepaald geval hoe dan ook tot de conclusie hadden geleid dat de in de eerste vraag genoemde beperkingen golden. De nationale rechter dient uit te maken, of de betrokken procesregel feitelijk voldoet aan de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.

110. Derhalve ben ik van mening dat op de vijfde tot en met de tiende vraag moet worden geantwoord dat het bij ontbreken van een gemeenschapsregeling inzake de teruggaaf van onverschuldigd betaalde heffingen een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die belastingplichtigen aan het gemeenschapsrecht ontlenen, daaronder begrepen de kwalificatie van de vorderingen die de verzoekers bij de nationale rechter indienen. Hierbij zijn de nationale rechters echter verplicht om ervoor te zorgen dat de verzoekers over een doeltreffend rechtsmiddel beschikken om terugbetaling of vergoeding te verkrijgen van de financiële verliezen die zij hebben geleden als een rechtstreeks gevolg van in strijd met het gemeenschapsrecht geïnde belasting.

G — *Beperking in de tijd*

111. In haar mondelinge opmerkingen heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk gevraagd, of het Hof, voor het geval het van oordeel mocht zijn dat zij in casu het gemeenschapsrecht heeft geschonden, wil overwegen de werking van zijn arrest in de tijd te beperken. Zij stelt dat de potentiële kosten van een negatieve uitkomst voor het Verenigd Koninkrijk zouden kunnen oplopen tot 300 miljoen EUR, gezien het grote aantal verzoeksters in deze zaak. Voorts vraagt zij om verzoeksters in de onderhavige zaak niet uit te sluiten van het gevolg van een beperking in de tijd.

112. Op dit punt volstaat de opmerking dat het zeer beperkte aantal situaties waarin de regels van het Verenigd Koninkrijk in strijd waren met artikel 43 EG, zoals ik hierboven heb uiteengezet, betekent dat de betrokken

bedragen zeer waarschijnlijk veel lager zullen zijn dan de schattingen van het Verenigd Koninkrijk. Maar zoals ik in mijn conclusie in de zaak FII reeds heb opgemerkt, moet het Verenigd Koninkrijk in elk geval, wanneer het een middel betreffende de beperking van de werking in de tijd aanvoert, ervoor zorgen dat het Hof over voldoende informatie beschikt om op dat punt een beslissing te geven. Om soortgelijke redenen als in die zaak — ook daar had het Verenigd Koninkrijk deze kwestie alleen ter terechtzitting aan de orde gesteld, zonder aan te geven hoe het tot zijn kostenraming was gekomen of enige uiterste grens te noemen voor de werking van het arrest in de tijd — ben ik van mening dat het Hof het middel moet afwijzen.

VI — Conclusie

113. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging om de vragen van de High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, te beantwoorden als volgt:

— Artikel 43 EG verzet zich niet tegen de handhaving en toepassing van nationale fiscale bepalingen als de bepalingen van het Verenigd Koninkrijk die in deze zaak aan de orde zijn, die op basis van het arm's length-criterium beperkingen stellen aan de mogelijkheid van een binnenlandse dochtermaatschappij 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 dochtermaatschappij niet zouden gelden indien haar moedermaatschappij in het Verenigd Koninkrijk was gevestigd, zolang als 1) een dochtermaatschappij niettemin de mogelijkheid heeft, zonder buitensporige moeite aan te tonen dat de transactie in feite tot stand is gekomen wegens echte commerciële redenen anders dan de verkrijging van een

belastingvoordeel, en 2) het Verenigd Koninkrijk zorgt voor de erkenning door de staat van vestiging van de moedermaatschappij van elke herkwalificatie door het Verenigd Koninkrijk van door de dochtermaatschappij betaalde rente.

— Artikel 43 EG en de hierboven opgenomen analyse zijn van toepassing waar a) de lening is verstrekt door een kredietgever, en niet door de moedermaatschappij zelf, indien beide ondernemingen gevestigd zijn in een andere lidstaat dan het Verenigd Koninkrijk, of b) de kredietgever is gevestigd in een andere lidstaat dan het Verenigd Koninkrijk en de kredietnemer een dochtermaatschappij van de kredietgever is, zelfs indien hun gemeenschappelijke moedermaatschappij in een derde land is gevestigd of de kredietgever de lening verstrekt via een in een derde land gevestigd filiaal. Artikel 43 EG is echter niet van toepassing waar a) de kredietgever in een andere lidstaat dan het Verenigd Koninkrijk is gevestigd, de kredietnemer geen dochtermaatschappij van de kredietgever is en hun gemeenschappelijke moedermaatschappij in een derde land is gevestigd, of b) de kredietgever en alle gemeenschappelijke directe of indirecte moedermaatschappijen van de kredietgever en de kredietnemer in derde landen zijn gevestigd.

— Bij ontbreken van een gemeenschapsregeling inzake de teruggaaf van onverschuldigd betaalde heffingen is het een aangelegenheid van de interne rechtsorde 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 belastingplichtigen aan het gemeenschapsrecht ontlenen, daaronder begrepen de kwalificatie van de vorderingen die de verzoekers bij de nationale rechter indienen. Hierbij zijn de nationale rechters echter verplicht om ervoor te zorgen dat de verzoekers over een doeltreffend rechtsmiddel beschikken om terugbetaling of vergoeding te verkrijgen van de financiële verliezen die zij hebben geleden als een rechtstreeks gevolg van in strijd met het gemeenschapsrecht geïnde belasting.