

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. MISCHO
van 26 september 2002 ¹

1. Het Finanzgericht Münster (Duitsland) verzoekt om uitlegging van artikel 43 EG in een geding waar een rentebetaling door een in Duitsland gevestigde dochteronderneming aan haar in Nederland gevestigde moedermaatschappij met toepassing van de Duitse fiscale wetgeving als een verkapte winstuitkering wordt aangemerkt.

merkelijke deelneming in het kapitaal heeft gehad, gelden als verkapte winstuitkeringen,

[...]

I — Het nationale rechtskader

2. Het Körperschaftsteuergesetz (wet inzake vennootschapsbelasting; hierna: „KStG”), in de van 1996 tot en met 1998 geldende versie, bepaalt in § 8a, lid 1 („Van aandeelhouders geleende geldmiddelen”), het volgende:

2. indien een in een percentage van het vermogen uitgedrukte vergoeding is overeengekomen en voorzover het vreemd vermogen op enig tijdstip in het boekjaar meer dan driemaal de deelneming in het kapitaal van de aandeelhouder heeft bedragen, tenzij de kapitaalvennootschap 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.

[...]”

„Vergoedingen voor vreemd vermogen, dat een onbeperkt belastingplichtige kapitaalvennootschap heeft verkregen van een niet voor aftrek van vennootschapsbelasting in aanmerking komende aandeelhouder, die op enig tijdstip in het boekjaar een aan-

3. § 51 van het KStG bepaalt:

„Uitsluiting van aftrek en verrekening van vennootschapsbelasting

¹ — Oorspronkelijke taal: Frans.

Indien de inkomsten als bedoeld in § 20, lid 1, punten 1 tot en met 3, of lid 2, punt 2, sub a, niet tot een heffing van belasting bij de aandeelhouder leiden, of indien zij krachtens § 50, lid 1, punten 1 of 2, niet onder de grondslag vallen, komt de aandeelhouder niet in aanmerking voor aftrek en verrekening van vennootschapsbelasting uit hoofde van § 36, lid 2, punt 3, van het Einkommensteuergesetz [wet inzake de inkomstenbelasting].”

II — De feiten

4. De vennootschap Lankhorst-Hohorst GmbH (hierna: „Lankhorst-Hohorst”), een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Duits recht, gevestigd te Rheine (Duitsland), verkoopt scheepsbenodigdheden, watersportartikelen, hobby- en handvaardigheidsartikelen, vrijetijds- en beroepskleding, decoratieartikelen, alsmede ijzerwaren en dergelijke. Haar maatschappelijk kapitaal werd in augustus 1996 tot 2 000 000 DEM verhoogd.

5. Lankhorst-Hohorst heeft als enige aandeelhouder de vennootschap Lankhorst-Hohorst BV (hierna: „LH BV”), gevestigd te Sneek (Nederland). De enige aandeelhouder van deze laatstgenoemde vennootschap is de vennootschap Lankhorst Taseelaar BV (hierna: „LT BV”), eveneens een vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Lelystad (Nederland).

6. Bij overeenkomst van 1 december 1996 heeft LT BV aan verzoekster in het hoofdgeding een lening van 3 000 000 DEM verstrekt, af te lossen in tien jaarlijkse termijnen van 300 000 DEM, te beginnen op 1 oktober 1998. De variabele rente hierover bedroeg tot eind 1997 4,5 %. De rente was verschuldigd aan het einde van elk jaar. Aldus werd in 1997 135 000 DEM en vervolgens in 1998 109 695 DEM rente aan LT BV betaald.

7. De lening was als kapitaalvervanging bedoeld. Zij was vergezeld van een „Patronatserklärung” (patronaatsverklaring), volgens welke LT BV van de terugbetaling van de lening zou afzien ingeval tegen verzoekster in het hoofdgeding vorderingen werden ingesteld door derden-schuldeisers.

8. Met de geleende gelden kon Lankhorst-Hohorst de bij de AMRO-Bank Münster aangegane lening van 3 702 453,59 DEM aflossen tot een restant van 991 174,70 DEM, en aldus haar rentelast verminderen.

9. Voor de jaren 1996, 1997 en 1998 vertoonde de balans van verzoekster in het hoofdgeding een niet door eigen vermogen gedekt verlies. In het boekjaar 1998 bedroeg het 1 503 165 DEM, terwijl het resultaat -428 321 DEM bedroeg.

10. In haar aanslagen van 28 juni 1999 met betrekking tot de vennootschapsbelasting over de boekjaren 1997 en 1998, stelde de belastingdienst de aan LT BV betaalde interesten gelijk met verkapte winstuitkeringen in de zin van § 8a KStG en belaste hij ze als zodanig tegen het tarief van 30 % (krachtens artikel 27, lid 1, punt 3, KStG).

betaalde rente niet als een verkapte winstuitkering kon worden aangemerkt. Zij voert daarenboven aan dat, gelet op de behandeling van de Duitse aandeelhouders, die (anders dan in Nederland gevestigde vennootschappen zoals LH BV en LT BV) wél voor belastingaftrek in aanmerking komen, § 8a KStG discriminatoir is, en dus in strijd met het gemeenschapsrecht, met name artikel 43 EG.

11. De bij § 8a, lid 1, punt 2, KStG ingestelde uitzondering voor het geval dat de betrokken vennootschap de geldmiddelen ook van een derde had kunnen verkrijgen onder dezelfde voorwaarden, kon volgens de verwijzende rechter in casu niet gelden. Gezien de hoge schuldenlast van verzoekster in het hoofdgeding en het feit dat zij geen zekerheden kon stellen, zou zij van derden immers geen vergelijkbare (zonder zekerheid verstrekte en van een patronaatsverklaring voorziene) lening hebben kunnen verkrijgen.

14. Lankhorst-Hohorst voegt hieraan toe dat rekening moet worden gehouden met de doelstelling van § 8a KStG, namelijk het vermijden van fraude met betrekking tot de door kapitaalvennootschappen over het vermogen verschuldigde belasting. In het onderhavige geval is de lening echter louter verstrekt om de kosten van Lankhorst-Hohorst te verminderen en aanzienlijke rentebesparingen te verwezenlijken. In dit verband merkt verzoekster in het hoofdgeding op, dat vóór de wijziging van het bankkrediet, de rente tweemaal zo hoog was als de rente die zij voortaan aan LT BV verschuldigd was. Het zou hier dus niet gaan om een geval van een aandeelhouder die geen recht heeft op aftrek van de door zijn dochterondernemingen betaalde belasting en die poogt de belasting op echte winstuitkeringen te ontduiken door zich rentebetalingen toe te kennen.

12. Bij beschikking van 14 februari 2000 wees de belastingdienst het bezwaar van verzoekster in het hoofdgeding tegen de vennootschapsbelastingaanslagen af.

13. Tot staving van haar beroep voor de verwijzende rechter, heeft Lankhorst-Hohorst gesteld dat de door de Nederlandse aandeelhouder verstrekte lening een reddingspoging was en dat de aan haar

15. De toepassing van § 8a KStG kan er volgens het Finanzamt Steinfurt inderdaad toe leiden dat de toestand van ondernemingen in moeilijkheden verslechtert. Gezien haar doelstelling, is iedere andere uitlegging van deze bepaling echter onmogelijk, wegens de duidelijkheid van haar formulering. De verwijzende rechter erkent, wat

dat betreft, eveneens, dat uit de bewoordingen van dit artikel niet kan worden afgeleid dat het slechts van toepassing is wanneer er naast de vereiste elementen sprake is van fraude.

16. De belastingdienst meent dat § 8a KStG niet met het non-discriminatiebeginsel in strijd is. Vele landen zouden, met name op het gebied van individueel misbruik, bepalingen met hetzelfde doel hebben ingevoerd, die aanknopen aan de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen.

17. Het in § 8a KStG gemaakte onderscheid tussen vennootschappen die voor belastingaftrek in aanmerking komen en die welke er niet voor in aanmerking komen, is volgens het Finanzamt geen verkapte discriminatie op grond van nationaliteit, aangezien § 51 en § 5 KStG (inzake de vrijstelling van vennootschapsbelasting), in hun onderlinge samenhang beschouwd, eveneens verschillende categorieën Duitse belastingplichtigen van het recht op belastingaftrek uitsluiten.

18. Ten slotte rechtvaardigen het beginsel dat op nationaal niveau slechts eenmaal mag worden belast, alsmede de samenhang van het Duitse belastingstelsel, dat § 8a KStG in de omstandigheden van het hoofdgeding wordt toegepast.

19. Verwijzend naar de rechtspraak van het Hof², twijfelt het Finanzgericht Münster aan de verenigbaarheid van § 8a KStG met artikel 43 EG. Het herinnert eraan dat, volgens de rechtspraak van het Hof, sprake is van uitoefening van het recht van vestiging, wanneer een onderdaan van een lidstaat een deelneming in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap houdt, die hem een bepaalde invloed op de besluiten van de vennootschap verleent.³

20. Volgens de verwijzende rechter zou de vrijheid van vestiging worden geschonden, wanneer de fiscaal ongelijke behandeling van een dochteronderneming zonder enige objectieve rechtvaardigingsgrond berust op het loutere feit dat haar enige aandeelhouder, de moedermaatschappij, haar zetel in een andere lidstaat heeft dan die waar de dochteronderneming is gevestigd.

21. Het Finanzgericht merkt hierbij op, dat de regeling van § 8a KStG niet rechtstreeks aanknoopt aan de nationaliteit, maar aan de mogelijkheid voor de belastingplichtige om voor belastingaftrek in aanmerking te komen. Rechtspersonen naar Duits recht die geen recht op belastingaftrek hebben, zijn in het kader van het KStG in hoofdzaak die welke van de vennootschapsbelasting zijn vrijgesteld, evenals de buitenlandse vennoten of aandeelhouders die niet in de vorm van een binnenlandse belegging in het kapitaal van een Duitse kapitaalvennootschap deelnemen.

2 — Zie met name arresten van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk (270/83, Jurispr. blz. 273); 29 april 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Jurispr. blz. I-2631), en 26 oktober 1999, Eurowings Luftverkehr (C-294/97, Jurispr. blz. I-7447).

3 — Arrest van 13 april 2000, Baars (C-251/98, Jurispr. blz. I-2787).

22. Onder deze voorwaarden wordt een aandeelhouder die in een andere lidstaat is gevestigd systematisch aan § 8a KStG onderworpen, terwijl van de in Duitsland gevestigde aandeelhouders slechts een welbepaalde categorie belastingplichtigen van vennootschapsbelasting is vrijgesteld en bijgevolg geen recht op belastingaftrek heeft (in het algemeen publiekrechtelijke rechtspersonen en rechtspersonen die een economische activiteit uitoefenen in een bepaalde sector, en taken op zich nemen die moeten worden bevorderd). De situatie van deze laatste categorie rechtspersonen kan echter niet worden vergeleken met die van de moedermaatschappij van verzoekster in het hoofdgeding.

21 augustus 2000 beslist de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof krachtens artikel 234 EG om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de volgende vraag:

„Moet de vrijheid van vestiging van ondernemen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat ingevolge artikel 43 van het Verdrag van 10 november 1997 tot oprichting van de Europese Gemeenschap aldus worden uitgelegd, dat deze in de weg staat aan de nationale regeling van § 8a van het Körperschaftsteuergesetz?”

23. Wat de rechtvaardigingsgrond voor § 8a KStG betreft, is de verwijzende rechter van mening dat gronden die verband houden met de samenhang van het belastingstelsel alleen kunnen worden aangevoerd indien er een rechtstreeks verband bestaat tussen het belastingvoordeel, enerzijds, en de belastingheffing bij dezelfde belastingplichtige, anderzijds.⁴ In het onderhavige geval bestaat er geen dergelijk verband.

IV — Onderzoek

A — De toepasselijkheid van artikel 43 EG in het onderhavige geval

25. In de eerste plaats dient te worden onderzocht of artikel 43 EG op een geval als het onderhavige toepasselijk is.

III — De prejudiciële vraag

24. Gelet op een en ander, heeft het Finanzgericht Münster bij beschikking van

26. Verzoekster in het hoofdgeding voert aan, dat de regeling van § 8a, lid 1, punt 2, KStG in wezen neerkomt op een verschillende belastingheffing bij dochterondernemingen, naargelang hun moedermaatschappij al dan niet in Duitsland is gevestigd.

⁴ — Arrest Bundesfinanzhof van 30 december 1996, I B 61/96, BStBl. II 1997, 466; arrest Eurowings Luftverkehr, reeds aangehaald.

27. Deze vraag is door het Hof in zijn arrest van 8 maart 2001, *Metallgesellschaft e.a.*⁵, diepgaand onderzocht. Het Hof heeft als volgt geoordeeld:

„37 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, doch dat deze niettemin verplicht zijn die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen en zich derhalve van elke discriminatie op grond van nationaliteit te onthouden (arresten van 11 augustus 1995, *Wielockx*, C-80/94, Jurispr. blz. I-2493, punt 16; 27 juni 1996, *Asscher*, C-107/94, Jurispr. blz. I-3089, punt 36; 29 april 1999, *Royal Bank of Scotland*, C-311/97, Jurispr. blz. I-2651, punt 19, en 13 april 2000, *Baars*, C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 17).

[...]

41 Artikel 52 van het [EG-]Verdrag [thans, na wijziging, artikel 43 EG] is een van de fundamentele bepalingen van gemeenschapsrecht en is sedert het einde van de overgangsperiode rechtstreeks toepasselijk in de lidstaten. Volgens deze bepaling omvat de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden

anders dan in loondienst, alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld. De opheffing van de beperkingen op de vrijheid van vestiging heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een andere lidstaat zijn gevestigd (arresten van 28 januari 1986, *Commissie/Frankrijk*, 270/83, Jurispr. blz. 273, punt 13, en *Royal Bank of Scotland*, reeds aangehaald, punt 22).

42 De aldus gedefinieerde vrijheid van vestiging brengt overeenkomstig artikel 58 van het Verdrag voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, het recht mee om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, filiaal of agentschap (zie arresten van 16 juli 1998, *ICI*, C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 20 en de aldaar aangehaalde rechtspraak, en 21 september 1999, *Saint-Gobain ZN*, C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35). Met betrekking tot de vennootschappen zij in dit verband opgemerkt, dat hun zetel in bovengenoemde zin, naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen, dient ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een staat (zie reeds aangehaalde arresten *ICI*, punt 20 en

⁵ — C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727.

de aldaar aangehaalde rechtspraak, en Saint-Gobain ZN, punt 36). Zou de lidstaat van vestiging vrijelijk een andere behandeling mogen toepassen, enkel omdat de zetel van de vennootschap in een andere lidstaat is gevestigd, dan zou daarmee aan artikel 52 van het Verdrag iedere inhoud worden ontnomen (arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 18)."

30. De verwijzende rechter zet uiteen dat deze aandeelhouders die niet voor belastingaftrek in aanmerking komen, „krachtens § 51, KStG in hoofdzaak rechtspersonen naar Duits recht zijn, welke van de vennootschapsbelasting zijn vrijgesteld, evenals de buitenlandse vennoten of aandeelhouders die niet in de vorm van een binnenlandse belegging in het kapitaal van een Duitse kapitaalvennootschap deelnemen."

28. In feite dient te worden onderzocht of, zoals in het arrest Metallgesellschaft e.a.⁶ het geval was met de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen, de in Duitsland gevestigde dochtermaatschappijen verschillend worden behandeld naargelang hun moedermaatschappij haar zetel al dan niet in Duitsland heeft.

31. Volgens de Duitse regering bewijst het feit dat een aanzienlijk aantal Duitse belastingplichtigen eveneens van het recht op belastingaftrek is uitgesloten, dat het criterium van het voor belastingaftrek in aanmerking komen, niet discriminatoir is.

Het bestaan van een verschillende behandeling als gevolg van het criterium van § 8a, lid 1, punt 2, KStG

32. Dat argument overtuigt echter niet.

29. Uit lezing van de litigieuze bepaling § 8a, lid 1, punt 2, KStG en de uiteenzetting van de verwijzende rechter blijkt, dat deze bepaling alleen van toepassing is op vergoedingen voor vreemd vermogen dat een onbeperkt belastingplichtige kapitaalvennootschap — in het onderhavige geval Lankhorst-Hohorst — heeft verkregen „van een niet voor aftrek van vennootschapsbelasting in aanmerking komende aandeelhouder."

33. Zoals de verwijzende rechter, Lankhorst-Hohorst en de Commissie terecht stellen, vormt de groep Duitse ondernemingen die niet voor belastingaftrek in aanmerking komt, geen geschikt referentiekader voor een vergelijking met de buitenlandse belastingplichtigen die er in het algemeen niet voor in aanmerking komen. De ondernemingen uit de eerste groep verschillen immers van karakter met ondernemingen die, zoals de moedermaatschappij van verzoekster in het hoofdgeding, aan het economisch leven deelnemen en op het maken van winst zijn gericht.

6 — Punt 43.

34. De met laatstgenoemde vergelijkbare ondernemingen zijn daarentegen de aan het economisch leven deelnemende Duitse moedermaatschappijen. Derhalve dient hun behandeling, alsmede die van hun dochterondernemingen, te worden vergeleken.

35. De Duitse regering heeft in de zaak Eurowings Luftverkehr overigens reeds een argument aangevoerd dat overeenkomt met haar betoog in de onderhavige zaak. Zij heeft naar voren gebracht dat de litigieuze verplichting van de huurder om bepaalde bedragen in de grondslag van de bedrijfsbelasting op te nemen, gold wanneer de verhuurder niet onderworpen was aan bedrijfsbelasting, en wel ongeacht of hij in Duitsland of in een andere lidstaat was gevestigd.⁷

36. Het Hof heeft dat argument echter als volgt afgewezen:

„35 De in het hoofdgeding omstreden bijtellingen ingevolge § 8, punt 7, en § 12, lid 2, [Gewerbesteuer-gesetz] hebben steeds plaats bij Duitse ondernemingen die economische goederen huren van in een andere lidstaat gevestigde verhuurders, daar deze laatsten immers nooit aan de bedrijfsbelasting zijn onderworpen. Daarentegen blijven dergelijke bijtellingen

meestal uit, wanneer deze ondernemingen economische goederen huren van eveneens in Duitsland gevestigde verhuurders, aangezien deze, buiten de in de punten 25 tot en met 27 van dit arrest genoemde zeldzame gevallen, in de regel aan deze belasting zijn onderworpen.

36 De in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepalingen voorzien dus in de overgrote meerderheid van de gevallen waarin de dienstverrichter in Duitsland gevestigd is, in een andere fiscale regeling dan in die waarin hij in een andere lidstaat is gevestigd.”

37. In het onderhavige geval komt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wetgeving eveneens neer op het vaststellen van een verschillende fiscale regeling, naargelang de moedermaatschappij, dat wil zeggen de aandeelhouder van de dochteronderneming, in Duitsland of in een andere lidstaat is gevestigd.

38. § 8a, lid 1, punt 2, KStG is, *ratione personae*, immers *altijd* toepasselijk in het geval van een Duitse dochteronderneming, zoals Lankhorst-Hohorst, die vreemd vermogen heeft ontvangen van haar buitenlandse moedermaatschappij, terwijl dat in dezelfde omstandigheden niet het geval is met de Duitse dochteronderneming die vreemd vermogen heeft ontvangen van haar Duitse moedermaatschappij.

⁷ — Punt 25.

39. Deze vaststelling wordt niet ontkracht door de verwijzing, door de Duitse regering ter terechtzitting, naar een cijfervoorbeeld dat zij op verzoek van het Hof had voorgesteld.

40. Met een beroep op dat voorbeeld heeft de Duitse regering aangevoerd dat Duitse dochterondernemingen die vreemd vermogen hebben ontvangen van een Duitse aandeelhouder, eveneens te maken kunnen krijgen met de her kwalificatie van de vergoeding voor dat vermogen als een dividenduitkering.

41. Het is echter zinvol, de uiteenzetting van de Duitse regering bij het cijfervoorbeeld aan te halen. Zij luidt als volgt:

„Er dient aan te worden herinnerd dat in het hoofdgeding de uitlener, die door een 100 % dochteronderneming indirect de lener controleert, een verklaring („Patronats-erklärung“) heeft afgegeven, volgens welke hij van de terugbetaling van de lening zou afzien ingeval tegen de lener vorderingen zouden worden ingesteld door derdensschuldeisers. De lening was derhalve als kapitaalvervangende bedoeld.

Wanneer de vennoot verklaart dat hij wenst, dat uit hoofde van de vordering enkel rekening met hem wordt gehouden nadat alle crediteuren van de vennootschap zijn

bevredegd en — tot de crisis is afgewend — ook niet vooraf, maar uitsluitend tegelijkertijd met de verzoeken om terugbetaling van de inbreng van zijn mede-vennooten“ (zie arrest Bundesgerichtshof van 8 januari 2001, II, ZR 88/89 DStR 2001 blz. 175, 176), behoeft de leningsverplichting niet als vreemd vermogen onder de passiva van de commerciële en fiscale balans van de lener te worden opgenomen. De lening is „omgezet“ in eigen vermogen. Wanneer in het hoofdgeding de inhoud van de verklaring op die wijze wordt uitgelegd, is de fiscale behandeling in een volledig Duits geval (bijvoorbeeld) de volgende: [cijfervoorbeeld].”

42. Uit de uiteenzetting volgt, dat de her kwalificatie in het cijfervoorbeeld in hoofdzaak is gebaseerd op de aanwezigheid van een „Patronatsklärung“ — het arrest van het Bundesgerichtshof gebruikt de term „Rangrücktrittserklärung“. Een dergelijke voorwaarde voor de her kwalificatie wijkt volledig af van de voorwaarden van § 8a, lid 1, punt 2, KStG, die aan de aanwezigheid van een „Patronatsklärung“ geen enkel belang hecht.

43. Ook al heeft Lankhorst-Hohorst in het onderhavige geval een dergelijke verklaring van haar moedermaatschappij verkregen, haar rentebetalingen zijn niet wegens deze „Patronatsklärung“, maar krachtens § 8a, lid 1, punt 2, KStG geherkwalificeerd.

44. Aangezien dochterondernemingen die zich in dezelfde situatie als Lankhorst-Hohorst bevinden, maar die een Duitse moedermaatschappij hebben, niet met een dergelijke herkwalificatie te maken kunnen krijgen — de litigieuze bepaling is immers op hen niet toepasselijk —, kan de Duitse regering niet staande houden dat Lankhorst-Hohorst op dezelfde wijze als die dochterondernemingen is behandeld.

45. Nu derhalve het bestaan van een verschillende behandeling is vastgesteld, dienen thans de gevolgen ervan te worden onderzocht. Wat dat betreft, lijkt het mij onweerlegbaar dat genoemd verschil uitsluitend uitwerkt ten nadele van de Duitse dochteronderneming die vreemd vermogen van een buitenlandse moedermaatschappij heeft ontvangen.

46. Ik herinner eraan, dat uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat ten gevolge van de toepassing van § 8a, lid 1, punt 2, KStG de door Lankhorst-Hohorst betaalde rente als verkapte dividenduitkering tegen een tarief van 30 procent is belast.

47. Uit de ter terechtzitting door de raadsman van Lankhorst-Hohorst verstrekte inlichtingen, welke niet zijn bestreden door de Duitse regering, blijkt daarentegen dat, bij gebreke van een herkwalificatie, de rente-inkomsten van een lening fiscaal worden belast bij de begunstigde Duitse moedermaatschappij.

48. Het resultaat is derhalve dat, wanneer aan de toepassingsvoorwaarden van § 8a, lid 1, punt 2, KStG is voldaan, de dochteronderneming die vreemd vermogen heeft verkregen van een buitenlandse moedermaatschappij, uit hoofde van de betrokken rente wordt belast, terwijl de dochteronderneming die vreemd vermogen heeft verkregen van een Duitse moedermaatschappij, niet wordt belast.

49. Daar komt volgens de uiteenzetting van de verwijzende rechter bij dat, wanneer een aandeelhouder voor belastingaftrek in aanmerking komt, de dividendbelasting in het kader van zijn persoonlijke inkomstenbelasting wordt verrekend. Dat is niet het geval wanneer de aandeelhouder niet voor belastingaftrek in aanmerking komt, hetgeen — zoals wij reeds hebben gezien — altijd het geval is met aandeelhouders die in het buitenland zijn gevestigd.

50. De Duitse regering heeft overigens ter terechtzitting bevestigd dat, door de werking van de belastingaftrek, het totaal van de belastingheffing op het niveau van de nationale begroting voor een groep bestaande uit een Duitse moedermaatschappij en een Duitse dochteronderneming nul is. Betreft het daarentegen een buitenlandse moedermaatschappij, dan is de door de dochteronderneming betaalde belasting over de dividenduitkering, volgens de uiteenzetting van de Duitse regering, een eindheffing.

51. Dit aan het recht op belastingaftrek verbonden verschil in behandeling kan, zelfs wanneer in aanmerking wordt genomen dat het eerder de positie van de

buitenlandse moedermaatschappij — in het onderhavige geval LT BV — dan die van de dochteronderneming — in het onderhavige geval Lankhorst-Hohorst — raakt, eveneens een schending van artikel 43 EG vormen.

52. Zoals de nationale rechter onder verwijzing naar het arrest Baars terecht opmerkt, is er immers sprake van uitoefening van het recht van vestiging, wanneer een onderdaan van een lidstaat een deelneming in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap houdt, die hem een zekere invloed op de besluiten van de vennootschap verleent. Dat is onweerlegbaar het geval met LT BV, die 100 % van het kapitaal van Lankhorst-Hohorst houdt.

53. Ten slotte ben ik, in tegenstelling tot de Duitse regering, van mening dat de vrijheid van financiering bij een Duitse dochteronderneming van een buitenlandse moedermaatschappij inderdaad beperkter is dan bij een Duitse dochteronderneming van een Duitse moedermaatschappij.

54. De Duitse regering stelt, wat dat betreft, dat de betrokken lening ingevolge § 8a, lid 1, punt 2, KStG een lening van vreemd vermogen blijft en niet als eigen vermogen wordt geherkwalificeerd.

55. Zelfs indien dat echter het geval is, blijft het een feit dat deze financiering vanuit fiscaal oogpunt als een kapitaal-inbreng wordt behandeld.

56. De gevolgen van § 8a, lid 1, punt 2, KStG zijn derhalve zodanig, dat wanneer aan de voorwaarden van die bepaling is voldaan, de financiering van haar dochteronderneming door middel van vreemd vermogen, voor de buitenlandse moedermaatschappij geen bruikbare optie meer is. Haar vrijheid van financiering is derhalve in de praktijk beperkter dan die van de Duitse moedermaatschappij.

Het bestaan van een dwingende reden van algemeen belang die het verschil in behandeling rechtvaardigt

57. Aangezien mij lijkt vast te staan dat § 8a, lid 1, punt 2, KStG tot een verschillende behandeling leidt, hetzij ten nadele van de Duitse dochteronderneming van een buitenlandse moedermaatschappij, hetzij ten nadele van de buitenlandse moedermaatschappij zelf, dient te worden onderzocht of deze verschillende behandeling wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.⁸

58. Volgens de verwijzende rechter wordt met deze bepaling beoogd „te voorkomen,

⁸ — Zie met name arresten van 15 mei 1997, Futura Participations en Singer (C-250/95, Jurispr. blz. I-2471, punt 26), en 6 juni 2000, Verkooijen (C-35/98, Jurispr. blz. I-4071, punt 43).

dat niet voor aftrek in aanmerking komende aandeelhouders de door de wetgever gewenste eenmalige heffing van vennootschapsbelasting over de aan hen uitgekeerde winsten ontduiken door de kapitaalvennootschap te voorzien van vreemd kapitaal in plaats van eigen kapitaal.”

59. De Duitse en de Deense regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk evenals de Commissie stellen dat de litigieuze bepaling een regeling ter bestrijding van onderkapitalisatie („thin capitalization”) vormt.

60. De Deense regering preciseert, dat dergelijke regelingen in een reeks van landen, zowel binnen als buiten de Europese Unie, zijn vastgesteld wegens de toenemende internationalisatie van de economie en de toenemende behoefte om belastingontwijking te voorkomen.

61. Zij zet uiteen dat de regelingen betreffende onderkapitalisatie naar hun aard in feite slechts op grensoverschrijdende transacties betrekking hebben. In het geval van een transactie tussen twee binnenlandse en onbeperkt belastingplichtige vennootschappen zullen de fiscaal aftrekbare rentelasten van de ene vennootschap gelijk zijn aan de belastbare rente-inkomsten van de andere vennootschap en zal het fiscale nettoresultaat voor de groep nul zijn. Slechts voorzover de transacties plaatshebben tussen vennootschappen die hun zetel in verschillende landen hebben, kan de belasting-

schuld van het ene land naar het andere worden doorgeschoven.

62. Volgens de Deense regering worden dus, wanneer een moedermaatschappij middelen ter beschikking van een dochteronderneming stelt in de vorm van een lening in plaats van van een kapitaal-inbreng, de winsten van de dochteronderneming aan de moedermaatschappij afgedragen in de vorm van aftrekbare rente en niet in de vorm van niet-aftrekbare dividenden. Wanneer beide vennootschappen in verschillende landen zijn gevestigd, kan de belastingschuld aldus, naar goeddunken van de ondernemers, van het ene land naar het andere worden doorgeschoven.

63. De regeringen die opmerkingen hebben gemaakt, zijn het er derhalve over eens dat, aangezien de toepasselijke regelingen inzake onderkapitalisatie tot doel hebben de willekeurige overheveling van de belastingschuld van het ene land naar het andere te beletten teneinde te waarborgen dat de belasting wordt geheven waar de winst daadwerkelijk is gerealiseerd, het bestaan van een discriminatie tussen het belastingstelsel voor grensoverschrijdende transacties en dat voor binnenlandse transacties niet kan worden vastgesteld.

64. Dezelfde regeringen verwijzen naar artikel 9 van het modelverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: „OESO-modelverdrag”) ter voorkoming van dubbele

belasting.⁹ Dit artikel voorziet in de fiscale herberekening van winsten wanneer transacties tussen verbonden vennootschappen (moedermaatschappijen en dochterondernemingen, en vennootschappen onder gemeenschappelijke controle) niet onder marktvoorwaarden plaatsvonden („arm's length principle”).

65. Volgens de Duitse regering is § 8a, lid 1, punt 2, KStG de concrete uitwerking van dit beginsel, in het bijzonder op het gebied van vergoedingen welke niet afhangen van het resultaat en de omzet van de vennootschap.

66. De Commissie stelt eveneens, dat het uit § 8a, lid 1, punt 2, KStG voortvloeiende verschil in behandeling kan worden

gerechtvaardigd door de doelstelling ervan, de nationale belastingheffing op winst in het geval van ondernemingen die niet voor belastingaftrek in aanmerking komen, en derhalve een juiste verdeling van het recht op belasting en de desbetreffende belastinginkomsten, te waarborgen. Het gaat met andere woorden om het voorkomen van misbruik in het kader van onderkapitalisatie, door het beletten van verkapte dividenduitkeringen in de vorm van rentebetalingen, welke het bedrijfsresultaat van de dochteronderneming, en dus de belastinginkomsten van de betrokken lidstaat, doen dalen.

67. Volgens de Commissie dient § 8a, lid 1, punt 2, KStG echter wel met het evenredigheidsbeginsel in overeenstemming te zijn. Wat dat betreft, merkt de Commissie op, dat de bepaling de verhouding tussen het vreemd vermogen en het eigen vermogen vaststelt en een uitzondering kent voor het geval dat het vreemd vermogen onder identieke voorwaarden ook door een derde ter beschikking had kunnen worden gesteld.

68. Niettemin wijst de Commissie op het risico van dubbele belasting in het onderhavige geval: de Duitse onderneming is aan de Duitse vennootschapsbelasting onderworpen uit hoofde van de uitgekeerde winsten, terwijl de buitenlandse aandeelhouder de bedragen die hij in de vorm van rentebetalingen heeft ontvangen, in Nederland nog als inkomsten moet aangeven. De Commissie is van mening dat een lidstaat die een rentebetaling als een verkapte winstuitkering aanmerkt, er eveneens voor dient te zorgen dat er dienaangaande overleg plaatsvindt met de lidstaat waar de moedermaatschappij is gevestigd, zodat er

9 — „1. Indien:

- a) een onderneming van een verdragsluitende Staat onmiddellijk of middellijk deelneemt aan de leiding van, aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een onderneming van een andere verdragsluitende Staat, of
- b) dezelfde personen onmiddellijk of middellijk deelnemen aan de leiding van, aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een onderneming van een verdragsluitende Staat en een onderneming van een andere verdragsluitende Staat,

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

2. Indien een verdragsluitende Staat in de winst van een onderneming van die Staat winst begrijpt — en dienovereenkomstig belast — waarover een onderneming van een andere verdragsluitende Staat in die andere Staat is belast, en dat de op die wijze bepaalde winst, winst is welke zou zijn gerealiseerd door de onderneming van de eerstgenoemde Staat wanneer de tussen de beide ondernemingen overeengekomen voorwaarden, voorwaarden zouden zijn geweest die zouden zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen, gaat de andere Staat over tot een adequate aanpassing van het bedrag van de belasting dat over die winst is geheven. Bij de vaststelling van die aanpassing wordt met de andere bepalingen van dit verdrag rekening gehouden en, indien noodzakelijk, plegen de bevoegde autoriteiten van de verdragsluitende Staten overleg.”

een overeenkomstige aanpassing kan plaatshebben. Bij gebrek aan een dergelijke aanpassing kan het risico van dubbele belasting niet worden uitgesloten.

69. De Commissie is van mening dat in het onderhavige geval artikel 9, lid 2, van het OESO-modelverdrag de aanzet tot een oplossing zou kunnen bieden. Volgens haar garandeert het, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, enerzijds de regelmatige verdeling van het recht op belasting en anderzijds de belastinginkomsten van de betrokken lidstaten.

70. Wat te denken van deze argumenten?

71. Men dient zich af te vragen wat het werkelijke doel is van de regelingen betreffende onderkapitalisatie („thin capitalization rules”), waartoe, volgens de uiteenzetting van de partijen die opmerkingen hebben gemaakt, § 8a, lid 1, punt 2, KStG behoort.

72. Is het doel de bescherming van de financiële gezondheid van een dochteronderneming in het algemeen, door haar te verplichten voldoende eigen vermogen te hebben?

73. De Duitse regering suggereert iets dergelijks wanneer zij stelt dat „de aandeel-

houder die zijn vennootschap wil redden, aanvullend eigen vermogen ter beschikking dient te stellen. Een financiering met vreemd vermogen zou in dat stadium overigens ook bedrijfseconomisch nadelig zijn. Iedere nieuwe rentedragende lening leidt voor de vennootschap tot nieuwe kosten, die haar economische situatie nog slechter zullen maken.”

74. Het lijkt mij echter duidelijk, dat de bescherming van de financiële gezondheid van een dochteronderneming niet het wezenlijke doel is van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingwetgeving. Wanneer dat het doel was, zou de regeling inzake onderkapitalisatie immers eveneens toepasselijk moeten zijn op dochterondernemingen van een Duitse moedermaatschappij, wat niet het geval is.

75. Het werkelijke doel van de onderkapitalisatieregeling van § 8a, lid 1, punt 2, KStG is derhalve te voorkomen dat de Bondsrepubliek Duitsland een bepaald deel van haar inkomsten in de vorm van belastingen verliest als gevolg van het gebruik door de belastingplichtige (of zijn aandeelhouder) van een wijze van financiering die op zichzelf niet is verboden.

76. Dat doel wordt niet alleen bevestigd door de uiteenzetting van de verwijzende rechter en de partijen die opmerkingen hebben gemaakt, maar eveneens door de

literatuur met betrekking tot § 8a, lid 1, punt 2, KStG of tot de onderkapitalisatieregels in het algemeen.¹⁰

77. Een dergelijk doel lijkt mij echter binnen de context van artikel 43 EG geen dwingende reden van algemeen belang, die een verschil in behandeling rechtvaardigt.

78. Het is immers vaste rechtspraak dat „vermindering van belastinginkomsten [...] niet kan worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een maatregel die in beginsel strijdig is met een fundamentele vrijheid.”¹¹

79. Het feit dat de onderkapitalisatieregels met artikel 9 van het OESO-modelverdrag overeenstemmen, verandert daar volgens mij niets aan.

80. Gesteld dat een dergelijke overeenstemming bestaat¹², moet immers nog worden opgemerkt, dat het feit dat de bepalingen van het OESO-modelverdrag in acht worden genomen, nog niet betekent dat artikel 43 EG is nageleefd. Noch de bepalingen, noch de doelstellingen van het OESO-modelverdrag, enerzijds, en het EG-Verdrag, anderzijds, zijn identiek.

81. Inderdaad verzet niets zich ertegen, dat het EG-Verdrag voorzover mogelijk wordt uitgelegd overeenkomstig een OESO-modelverdrag.¹³ Ik ben echter — nog altijd gesteld dat een regeling zoals § 8a, lid 1, punt 2, KStG met artikel 9 van het OESO-modelverdrag in overeenstemming is — van mening dat dat in het onderhavige geval niet mogelijk is.

82. Artikel 43 EG belet de lidstaten zeker niet belasting te heffen over de op hun grondgebied gerealiseerde winsten en heeft in die zin geen invloed op hun bevoegdheden op het gebied van het fiscaal beleid. Het bakent deze vrijheid echter af, aangezien zij niet kan worden uitgeoefend op een wijze die tot discriminatie leidt. Het gaat daarbij om een niet te omzeilen gegeven, onafhankelijk van wat de bepalingen van het OESO-modelverdrag mogelijk toestaan.

10 — Zie met name, Menck, in Blümich, *Einkommensteuer-Körperschaftsteuer-Gewerbesteuer. Kommentar*, KStG § 8a, lid 2: „Bei Steuerausländern soll die Einmalverfassung des in Deutschland erwirtschafteten Gewinns gewährleistet bleiben und damit die deutsche Besteuerungshoheit gegenüber dem Ausland zur Geltung gebracht werden“, en Sommerhalder, R.A., „Approaches to Thin Capitalization“, *European Taxation*, 1996, blz. 82, 82: „The expression ‘thin capitalization’ is commonly used to describe a situation where the proportion of debt to equity exceeds certain limits and thin capitalization legislation is a tool used by tax authorities to prevent what they regard as a leakage of tax revenues as a consequence of the way in which a corporation is financed“. Soms spreekt de titel alleen reeds boekdelen. Zie bijvoorbeeld, Hey, F.E.F., „To Stop Revenue Loss, Germany Reconsiders Thin Capitalization Rules“, *Journal of International Taxation*, 1993, blz. 264.

11 — Arrest Metallgesellschaft e.a., reeds aangehaald, punt 59. Zie eveneens de reeds aangehaalde arresten ICI, punt 28, en Verkooijen, punt 59.

12 — Zie evenwel voor een ontkennende opvatting, wat de overeenstemming met sommige bepalingen van het OESO-modelverdrag betreft, Knobbe-Keuk, B., „Wieder einmal ein Entwurf zu § 8a KStG — Wiederauflage einer Regelung zur Gesellschaftsfremdfinanzierung im Standortversicherungsgesetz“, *Der Betrieb*, 1993, blz. 60, 63-65, en Meilicke, W., „Zur Vereinbarkeit des § 8a mit dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot“, *Steuerrecht*, 2000, blz. 748, 748.

13 — Zie bijvoorbeeld arrest van 12 mei 1998, Gilly (C-336/96, Jurispr. blz. I-2793, punt 31).

83. De Duitse regering alsmede die van het Verenigd Koninkrijk stellen verder dat § 8a, lid 1, punt 2, KStG wordt gerechtvaardigd door de dwingende reden van algemeen belang welke wordt gevormd door de noodzaak de samenhang van de toepasselijke belastingstelsels te waarborgen.¹⁴

84. Wat dat betreft, dient er evenwel aan te worden herinnerd — zoals de verwijzende rechter heeft gedaan — dat het Hof heeft gepreciseerd dat een dergelijke dwingende reden slechts aanwezig is wanneer de fiscale samenhang bestaat „op het niveau van een zelfde persoon, door een strikte correlatie” tussen een belastingvoordeel, enerzijds, en een fiscaal ongunstige behandeling, anderzijds.¹⁵

85. De Duitse regering maakt niet duidelijk door welk belastingvoordeel de fiscaal ongunstige behandeling wordt gecompenseerd, welke de dochteronderneming van een buitenlandse moedermaatschappij die wordt onderworpen aan toepassing van § 8a, lid 1, punt 2, KStG ondergaat.

86. Een regeling zoals de litigieuze bepaling lijkt mij derhalve niet gerechtvaardigd door een noodzaak de samenhang van de toepasselijke belastingstelsels te waarborgen.

87. De Duitse regering stelt eveneens, dat § 8a, lid 1, punt 2, KStG is gerechtvaardigd als maatregel om belastingfraude te verhinderen.

88. Zij verwijst dienaangaande naar punt 24 van het arrest van 9 maart 1999, Centros¹⁶, luidens hetwelk „[v]olgens de rechtspraak van het Hof [...] een lidstaat stellig maatregelen [kan] treffen die tot doel hebben te verhinderen, dat sommige van zijn onderdanen van de krachtens het Verdrag geschapen mogelijkheden profiteren om zich op onaanvaardbare wijze aan hun nationale wetgeving te onttrekken en dat de justitiabelen zich met het oog op misbruik of bedrog op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen [...]”.

89. Wat dat betreft, dient evenwel te worden vastgesteld dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingwetgeving op algemene wijze betrekking heeft op iedere situatie waarin de moedermaatschappij, om wat voor reden dan ook, buiten de Bondsrepubliek Duitsland is gevestigd. Een dergelijke vaststelling was voor het Hof voldoende om het op het gevaar van belastingontduiking gebaseerde argument, dat de regering van het Verenigd Koninkrijk in de zaak ICI¹⁷ had aangevoerd, te verwerpen.

90. Volgens het Hof betekent immers „[d]e vestiging van een vennootschap buiten het Verenigd Koninkrijk [...] op zich [...] niet,

14 — Arresten van 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punt 21); Commissie/België (C-300/90, Jurispr. blz. I-305, punt 14), Baars, reeds aangehaald, punt 37, en Metallgesellschaft e.a., reeds aangehaald, punt 67.

15 — Arrest Wielockx, reeds aangehaald, punt 24. Zie eveneens arresten van 14 november 1995, Svensson en Gustavsson (C-484/93, Jurispr. blz. I-3955, punt 18); Eurowings Luftverkehr, reeds aangehaald, punt 42, en Baars, reeds aangehaald, punt 40.

16 — C-212/97, Jurispr. blz. I-1459.

17 — Punt 26.

dat er sprake is van belastingontduiking, aangezien de betrokken vennootschap hoe dan ook onderworpen is aan het belastingstelsel van de staat van vestiging.”¹⁸

94. Hieruit volgt, in economische termen, een hogere belastingdruk voor de groep met een buitenlandse moedermaatschappij dan voor de groep met een Duitse moedermaatschappij, wat zich niet laat verklaren door de simpele zorg de belastingontduiking te willen bestrijden.²⁰

91. Het feit dat de litigieuze bepaling „niet specifiek tot doel heeft volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving [van de Bondsrepubliek Duitsland] te omzeilen, van een belastingvoordeel uit te sluiten”¹⁹, wordt overigens door de omstandigheden van het onderhavige geval bevestigd.

95. Ik ben derhalve van mening dat de strijd tegen de belastingontduiking in het onderhavige geval geen dwingende reden van algemeen belang vormt die het verschil in behandeling ten gevolge van een regel als de litigieuze bepaling rechtvaardigt.

92. De litigieuze bepaling is immers toepasselijk op een geval waar er, volgens de bevindingen van de verwijzende rechter zelf, van geen enkel misbruik sprake was, maar waar de lening is gesloten „om bij verzoekster een financieel debacle te voorkomen en om de rentelast van bankkredieten te verminderen.”

96. Het is ten slotte van belang het argument te onderzoeken dat de regering van het Verenigd Koninkrijk ontleent aan het arrest Futura Participations en Singer, waar het Hof in punt 31 heeft geoordeeld dat „de doeltreffendheid van de fiscale controles een dwingende reden van algemeen belang vormt, die een beperking van de door het Verdrag gegarandeerde fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen [...]”

93. Zoals ik hierboven heb vastgesteld, kan — afgezien daarvan — de Duitse moedermaatschappij, doordat zij in het kader van haar persoonlijke inkomstenbelasting voor belastingaftrek in aanmerking komt, de dividendbelasting compenseren, hetgeen de buitenlandse moedermaatschappij niet kan.

97. Wat dat betreft, volstaat echter de vaststelling dat, in tegenstelling tot de zaak Futura Participations en Singer, die betrekking had op de voorwaarde voor de belastingplichtige om een boekhouding, volgens bepaalde regels, in de belastingheffende lidstaat aan te houden zodat de

18 — Ibidem. Zie eveneens arrest Metallgesellschaft e.a., reeds aangehaald, punt 57.

19 — Arrest ICI, reeds aangehaald, punt 26.

20 — Overeenkomstige overwegingen hebben het Hof ertoe gebracht, het argument van het gevaar van belastingontduiking te verwerpen in het arrest Metallgesellschaft e.a., reeds aangehaald, punt 58.

fiscale autoriteiten van die lidstaat het bedrag van de belastbare inkomsten konden nagaan, de onderhavige zaak geen betrekking heeft op fiscale controles in eigenlijke zin.

vantie van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten²³, voor de oplossing van het hoofdgeding.

98. Het bovenstaande in aanmerking nemend, ben ik derhalve van mening dat het verschil in behandeling als gevolg van een regel als de litigieuze bepaling, niet wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. Een dergelijke regeling is volgens mij derhalve in strijd met artikel 43 EG.

101. De Deense regering voert aan dat, indien het om een openlijke dividenduitkering zou gaan, deze krachtens artikel 5, lid 1, van richtlijn 90/435 van bronbelasting zou zijn vrijgesteld. Een verkapte uitkering zou op dezelfde wijze dienen te worden behandeld.

99. Het staat aan de Duitse autoriteiten om te beoordelen of de litigieuze bepaling bijvoorbeeld dient te worden vervangen door een bepaling die de regeling inzake de herkwalficatie van rente als dividenden ook tot dochterondernemingen van een Duitse moedermaatschappij uitbreidt.²¹ In afwachting daarvan kan de litigieuze bepaling evenwel niet worden toegepast.²²

102. De Duitse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie stellen daarentegen dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 90/435 niet de litigieuze belasting betreft. Volgens hen vormt deze belasting geen bronbelasting, maar een normale belasting van de winst van de dochteronderneming in het kader van de vennootschapsbelasting.

B — *De toepasselijkheid van richtlijn 90/435/EEG*

100. Na een vraag van het Hof hebben partijen zich uitgesproken over de rele-

103. De Commissie voegt daaraan nog toe, dat iedere andere zienswijze een totaalverbod op zogenaamde onderkapitalisatieregelingen tot gevolg zou hebben. De Commissie stelt, dat dergelijke regelingen een nuttig instrument voor een rechtvaardige belastingheffing zijn.

²¹ — Zie in die zin, Scheffler, W., „Der Einfluss der Steuerreform auf die Finanzierung von deutschen Kapitalgesellschaften“, *Steuerrecht*, 2000, blz. 2441, 2447.

²² — Zie met name arresten van 13 juli 1972, Commissie/Italië (48/71, Jurispr. blz. 529, punten 6-8), en 9 maart 1978, Simmenthal (106/77, Jurispr. blz. 629, punt 17).

²³ — PB L 225, blz. 6.

104. Deze beide argumenten vóór het niet toepasselijk zijn van richtlijn 90/435 zijn evenwel niet doorslaggevend.

105. Het feit dat het, krachtens de Duitse belastingwetgeving, in het onderhavige geval om een belasting van de winst van de dochteronderneming in het kader van de vennootschapsbelasting gaat, betekent inderdaad nog niet dat richtlijn 90/435 niet toepasselijk is.

106. Het Hof heeft immers in het arrest van 4 oktober 2001, Athinaiki Zythopoiia²⁴, geoordeeld:

„²⁶ Teneinde te beoordelen of de belastingheffing op winstuitkering krachtens de thans in het geding zijnde Griekse wetgeving onder artikel 5, lid 1, van de richtlijn valt, moet in de eerste plaats te rade worden gegaan met de bewoordingen van die bepaling. Het daarin opgenomen begrip ‚bronbelasting’ is niet beperkt tot enkele soorten, nauwkeurig bepaalde nationale belastingen (zie arrest van 8 juni 2000, Epson Europe, C-375/98, Jurispr. blz. I-4243, punt 22).

27 In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak het

Hof een heffing, belasting of recht vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt dient te kwalificeren aan de hand van de objectieve kenmerken van de belasting, *onafhankelijk van de wijze waarop deze naar nationaal recht wordt gekwalificeerd* (zie met name arrest van 13 februari 1996, Bautiaa en Société française maritime, C-197/94 en C-252/94, Jurispr. blz. I-505, punt 39).”²⁵

107. Het feit dat de kwalificatie van de litigieuze belasting als een bronbelasting in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 90/435 — zoals de Commissie stelt — een totaalverbod op zogenaamde onderkapitalisatieregelingen tot gevolg zou hebben, staat volgens mij evenmin aan een dergelijke kwalificatie in de weg.

108. Artikel 5, lid 1, van richtlijn 90/435 voorziet immers niet in uitzonderingen die het mogelijk maken deze bepaling buiten toepassing te laten ter bescherming van zogenaamde onderkapitalisatieregelingen.

109. Ik ben het eens met het Deense standpunt, volgens hetwelk artikel 5, lid 1, van richtlijn 90/435 op de litigieuze belasting toepasselijk is.

24 — C-294/99, Jurispr. blz. I-6797.

25 — Cursivering van mij.

110. De overwegingen welke het Hof er in de zaak *Athinaïki Zythopoiia* toe hebben gebracht de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belasting als een bronbelasting te kwalificeren, lijken mij immers ook hier te gelden.

111. Meer bepaald heeft het Hof geoordeeld dat „het belastbare feit ter zake van de in het hoofdgeding bestreden [...] belastingheffing, de uitkering van dividend [is]. De belastingheffing is bovendien rechtstreeks gekoppeld aan de omvang van de gedane uitkering.”²⁶

112. Bovendien oordeelde het Hof dat „[d]e in het hoofdgeding bestreden belasting [wordt] geheven over inkomsten die alleen in geval van uitkering van dividend en binnen de grens van het uitbetaalde dividend, worden belast. Een bewijs daarvan is dat, zoals verzoekster in het hoofdgeding en de Commissie hebben beklemtoond, de dochteronderneming de verbreding van haar belastinggrondslag, die overeenkomstig artikel 106, leden 2 en 3, van de wet op de inkomstenbelasting door de uitkering van winst ontstaat, niet kan compenseren met negatieve inkomsten die zij in voorgaande belastingjaren zou hebben gehad, zulks in strijd met het fiscale beginsel van verliescompensatie, dat nochtans in het Griekse recht is neergelegd.”²⁷

113. In het onderhavige geval is het belastbare feit eveneens de (verkapte) uitkering

van dividend, en is de belastingheffing rechtstreeks gekoppeld aan de omvang van de gedane uitkering.

114. Bovendien kan uit de verwijzingsbeschikking worden afgeleid dat Lankhorst-Hohorst de verbreding van haar belastinggrondslag ingevolge de toepassing van § 8a, lid 1, punt 2, KStG, evenmin heeft kunnen compenseren met geleden verliezen uit voorafgaande boekjaren.

115. De Commissie doet nog de suggestie dat § 8a, lid 1, punt 2, KStG zou kunnen vallen onder de uitzondering van artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435, dat bepaalt dat genoemde richtlijn „geen beletsel [vormt] voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken.”

116. Dat argument kan evenwel niet worden aanvaard.

117. Wanneer immers, zoals hierboven is vastgesteld, § 8a, lid 1, punt 2, KStG en het verschil in behandeling dat deze bepaling veroorzaakt, niet kunnen worden gerechtvaardigd door de dwingende reden van algemeen belang welke de strijd tegen de belastingontduiking vormt, volgt daar noodzakelijkerwijze uit dat diezelfde bepa-

²⁶ — Arrest *Athinaïki Zythopoiia*, reeds aangehaald, punt 28.

²⁷ — Arrest *Athinaïki Zythopoiia*, reeds aangehaald, punt 29.

ling niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak fraude en misbruiken te bestrijden, zoals artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435 toestaat.

van bronbelasting, de discriminatie als bedoeld in artikel 43 EG nog niet noodzakelijkerwijs zou zijn opgeheven.

118. Volgens mij kan bijgevolg de conclusie enkel luiden, dat richtlijn 90/435 op de in het geding zijnde belastingheffing toepasselijk is.

120. Voorzover immers een dochteronderneming van een buitenlandse moedermaatschappij bijvoorbeeld niet zou worden toegestaan, aan haar moedermaatschappij betaalde rentelasten van haar belastinggrondslag af te trekken onder dezelfde voorwaarden als de dochteronderneming van een Duitse moedermaatschappij, zou zelfs wanneer geen enkele bronbelasting wordt geheven, een discriminatie kunnen voortbestaan.

119. Dat gezegd zijnde, ben ik van mening dat, zelfs indien de Bondsrepubliek Duitsland verkapte dividenduitkeringen in de zin van § 8a, lid 1, punt 2, KStG zou vrijstellen

V — Conclusie

121. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging het Finanzgericht Münster als volgt te antwoorden:

„Artikel 43 EG verzet zich tegen de toepassing van een nationale regeling zoals deze van § 8a, lid 1, punt 2, van het Körperschaftsteuergesetz (wet inzake vennootschapsbelasting).”