

Voorlopige editie

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

31 mei 2018 (*)

„Prejudiciële verwijzing – Vrijheid van vestiging – Vennootschapsbelasting – Regeling van een lidstaat – Vaststelling van het belastbaar inkomen van de vennootschappen – Voordeel dat door een ingezeten vennootschap kosteloos is verleend aan een niet-ingezeten vennootschap waarmee zij zich in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid bevindt – Correctie van de belastbare inkomsten van de ingezeten vennootschap – Geen correctie van de belastbare inkomsten in het geval van een identiek voordeel dat door een ingezeten vennootschap is verleend aan een andere ingezeten vennootschap waarmee zij zich in een dergelijke situatie bevindt – Beperking van de vrijheid van vestiging – Rechtvaardiging”

In zaak C-382/16,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Finanzgericht Rheinland-Pfalz (belastingrechter van de deelstaat Rijnland-Palts, Duitsland) bij beslissing van 28 juni 2016, ingekomen bij het Hof op 11 juli 2016, in de procedure

Hornbach-Baumarkt AG

tegen

Finanzamt Landau,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: M. Ilešič, kamerpresident, A. Rosas (rapporteur), C. Toader, A. Prechal en E. Jarašiūnas, rechters,

advocaat-generaal: M. Bobek,

griffier: K. Malacek, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 27 september 2017,

gelet op de opmerkingen van:

- Hornbach-Baumarkt AG, vertegenwoordigd door J. Uterhark en J. Nagler, Rechtsanwältinnen,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en R. Kanitz als gemachtigden,
- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Falk, C. Meyer-Seitz, H. Shev, U. Persson, N. Otte Widgren, F. Bergius en L. Swedenborg als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door W. Roels en M. Wasmeier als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 14 december 2017,
het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU) juncto artikel 48 EG (thans artikel 54 VWEU).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Hornbach-Baumarkt AG en het Finanzamt Landau (belastingdienst Landau, Duitsland; hierna: „belastingdienst”) over de vaststelling door de belastingdienst van de vennootschapsbelasting over 2003 en van het basisbedrag voor de berekening van de vennootschapsbelasting.

Toepasselijke bepalingen

3 Het Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (wet inzake belastingheffing in situaties die aanknopingspunten met het buitenland bevatten; hierna: „Außensteuergesetz”), zoals gewijzigd bij het Gesetz zum Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen (wet tot beperking van belastingvoordelen en uitzonderingsregelingen) van 16 mei 2003 (BGBl. 2003 I, blz. 660; hierna: „ASTG”), bepaalt in artikel 1, met als opschrift „Correctie van het inkomen”, het volgende:

„(1) Wanneer de inkomsten die een belastingplichtige verkrijgt uit commerciële relaties met een verbonden persoon, verminderen omdat hij in het kader van dergelijke commerciële relaties in het buitenland voorwaarden overeenkomt die afwijken van de voorwaarden die zouden zijn overeengekomen door onafhankelijke derden onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden, moeten zijn inkomsten onverminderd andere bepalingen worden vastgesteld alsof zij waren verkregen onder tussen onafhankelijke derden overeengekomen voorwaarden.

(2) Een persoon wordt als een met de belastingplichtige verbonden persoon beschouwd wanneer:

1. de persoon rechtstreeks of indirect een belang aanhoudt dat overeenkomt met ten minste een kwart van het kapitaal van de belastingplichtige (aanmerkelijk belang) of rechtstreeks of indirect een overheersende invloed op de belastingplichtige kan uitoefenen, dan wel omgekeerd wanneer de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft in het kapitaal van die persoon of rechtstreeks of indirect een overheersende invloed op hem kan uitoefenen, of

2. een derde een aanmerkelijk belang in het kapitaal van die persoon of van de belastingplichtige aanhoudt, of rechtstreeks of indirect een overheersende invloed op een van beiden kan uitoefenen, of

3. de persoon of de belastingplichtige in verband met de onderhandelingen over de voorwaarden van een commerciële relatie op de belastingplichtige of de persoon een invloed kan uitoefenen die is ontstaan buiten de commerciële relatie om, of wanneer een van beiden een eigen belang heeft bij de verwerving van inkomsten door de ander.

(3) Als overeenkomstig § 162 van de Abgabeordnung (belastingwet) moet worden overgegaan tot een schatting van de in lid 1 vermelde inkomsten, is het referentiepunt voor deze schatting bij gebreke van een ander passend referentiepunt de opbrengst uit het in de onderneming geïnvesteerde kapitaal of de onder normale omstandigheden uit ervaring en gewoonte te verwachten winstmarge.

(4) Een commerciële relatie in de zin van de leden 1 en 2 bestaat uit iedere relatie die aan de inkomsten ten grondslag ligt en onder het verbintenissenrecht valt, die niet in de statuten is overeengekomen en die bij de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon onderdeel uitmaakt van een activiteit waarop § 13, § 15, § 18 of § 21 van het Einkommensteuergesetz (wet op de inkomstenbelasting) van toepassing is of in geval van een niet-ingezeten verbonden persoon van toepassing zou zijn als de activiteit werd uitgeoefend in Duitsland.”

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

4 Hornbach-Baumarkt AG is een naamloze vennootschap, met het hoofdkantoor in Duitsland, die bouwmarkten exploiteert in die lidstaat en in andere lidstaten.

5 In 2003 had Hornbach-Baumarkt AG indirect via haar dochteronderneming Hornbach International GmbH en de Nederlandse dochter daarvan, Hornbach Holding BV, een 100 %-belang in twee vennootschappen die hun hoofdkantoor in Nederland hebben, Hornbach Real Estate Groningen BV en Hornbach Real Estate Wateringen BV (hierna: „buitenlandse concernondernemingen”).

6 De buitenlandse concernondernemingen hadden een negatief eigen vermogen en hadden voor respectievelijk de voortzetting van hun activiteiten en de financiering van de voorgenomen bouw van een bouwmarkt met tuincentrum bankleningen nodig ter hoogte van 10 057 000 EUR voor Hornbach Real Estate Groningen BV en 14 800 000 EUR voor Hornbach Real Estate Wateringen BV.

7 De bank die voor de financiering van die vennootschappen zorgde had voor de kredietverstrekking als voorwaarde gesteld dat Hornbach-Baumarkt AG schriftelijke garantieverklaringen zou verstrekken.

8 Op 25 september 2002 heeft Hornbach-Baumarkt AG deze schriftelijke verklaringen verstrekt, zonder hiervoor een vergoeding te vragen.

9 In die schriftelijke verklaringen heeft Hornbach-Baumarkt AG zich jegens de kredietverstrekkende bank ertoe verbonden haar belang in Hornbach Holding BV niet af te stoten of te wijzigen en bovendien ervoor te zorgen dat Hornbach Holding BV haar belang in de buitenlandse concernondernemingen evenmin zou afstoten of wijzigen zonder de bank ten minste drie weken voor enige overdracht of wijziging daarvan schriftelijk kennisgeving te doen.

10 Bovendien heeft Hornbach-Baumarkt AG zich onherroepelijk en onvoorwaardelijk ertoe verbonden de buitenlandse concernondernemingen in die mate van financiële middelen te voorzien dat zij in staat waren al hun verbintenissen na te komen. Zo moest zij, indien nodig, aan die ondernemingen de financiële middelen ter beschikking stellen waarmee zij aan hun verplichtingen jegens de kredietverstrekkende bank konden voldoen. Hornbach-Baumarkt AG moest er daarnaast voor zorgen dat die financiële middelen werden gebruikt voor de betalingsverplichtingen jegens de bank.

11 Omdat de belastingdienst van mening was dat onafhankelijke derden onder dezelfde of

vergelijkbare omstandigheden een vergoeding voor de aldus verleende garanties zouden zijn overeengekomen, is er besloten dat de inkomsten van Hornbach-Baumarkt AG overeenkomstig § 1, leden 1 en 4, van het AStG moesten worden verhoogd met een bedrag overeenkomend met het veronderstelde bedrag van de vergoeding voor de verleende garanties en is de vennootschapsbelasting en de vaststelling van het basisbedrag voor de berekening van de vennootschapsbelasting van deze onderneming gewijzigd voor 2003. De belastingdienst heeft bijgevolg correcties op de hoogte van de belastbare inkomsten toegepast van 15 253 EUR en 22 447 EUR als gevolg van de verleende garanties aan respectievelijk Hornbach Real Estate Groningen BV en Hornbach Real Estate Wateringen BV.

12 Nadat de belastingdienst de bezwaren tegen de besluiten waarbij tot die correcties is overgegaan ongegrond had verklaard, heeft Hornbach-Baumarkt AG tegen die besluiten een beroep ingesteld bij het Finanzgericht Rheinland-Pfalz (belastingrechter van de deelstaat Rijnland-Palts, Duitsland).

13 In het kader van dit beroep heeft Hornbach-Baumarkt AG aangevoerd dat § 1 AStG leidt tot de ongelijke behandeling van gevallen waarbij binnenlandse en buitenlandse transacties zijn betrokken, aangezien in een geval waarbij zuiver binnenlandse transacties zijn betrokken de hoogte van de inkomsten niet wordt gecorrigeerd om rekening te houden met de hoogte van de veronderstelde vergoeding van de aan de dochterondernemingen verleende garanties.

14 In dit verband heeft zij met name aangevoerd dat uit het arrest van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), dat betrekking heeft op een bepaling in de Belgische belastingregeling die vergelijkbaar is met § 1 AStG, blijkt dat die laatste bepaling moet worden beschouwd als een beperking van de vrijheid van vestiging die niet gerechtvaardigd is, omdat zij onevenredig is. In tegenstelling tot de eisen die voortvloeien uit dat arrest, bevat § 1 AStG namelijk geen bepaling uit hoofde waarvan commerciële redenen kunnen worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een tussen derden ongebruikelijke transactie. In casu rechtvaardigen commerciële redenen volgens Hornbach-Baumarkt AG dat niet is voorzien in een vergoeding voor de schriftelijke garantieverklaringen in het hoofdgeding. Het ging om ondersteunende maatregelen, zodat de buitenlandse concernondernemingen geen eigen vermogen hoefden te verstrekken.

15 De belastingdienst heeft geantwoord dat hoewel § 1 AStG geen eigen regeling bevat inzake de bewijsvoering omtrent eventuele commerciële redenen waarom een transactie is overeengekomen, de belastingplichtige evenwel de mogelijkheid heeft om de redelijkheid van de gedane transactie te bewijzen.

16 Volgens de verwijzende rechter was de belastingdienst terecht van mening dat de tussen Hornbach-Baumarkt AG en de buitenlandse concernondernemingen overeengekomen voorwaarden afweken van de voorwaarden die zouden zijn overeengekomen door onafhankelijke derden onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden. Onafhankelijke handelspartners zouden immers wel een vergoeding overeen zijn gekomen voor het verstrekken van een schriftelijke garantieverklaring, wegens het daaraan verbonden aansprakelijkheidsrisico. Aan de materiële voorwaarden die in § 1, lid 1, AStG juncto het derde geval in § 1, lid 2, punt 1, AStG worden gesteld voor correctie van de inkomsten van Hornbach-Baumarkt AG is bijgevolg voldaan, aldus de verwijzende rechter.

17 De verwijzende rechter wenst niettemin te vernemen of een regeling zoals in het hoofdgeding verenigbaar is met de vrijheid van vestiging.

18 In dit verband merkt deze rechter op dat volgens § 1, lid 1, AStG op de inkomsten van een in de betrokken lidstaat woonachtige belastingplichtige die zijn verminderd omdat hij voorwaarden is overeengekomen die ongebruikelijk zijn tussen derden, slechts een dergelijke correctie wordt

toegepast als de verbonden persoon in een andere lidstaat is gevestigd. Is die verbonden persoon daarentegen een dochteronderneming van de belastingplichtige die is gevestigd in de lidstaat van woonplaats van die belastingplichtige, dan worden de inkomsten niet gecorrigeerd, noch uit hoofde van § 1, lid 1, AStG, noch uit hoofde van welke nationale regeling dan ook.

19 Hieruit volgt dat als een belastingplichtige die woonachtig is in de betrokken lidstaat een belang aanhoudt in een vennootschap die in een andere lidstaat is gevestigd, deze belastingplichtige minder gunstig wordt behandeld dan wanneer hij dat belang in een ingezeten vennootschap zou aanhouden. De verwijzende rechter gaat er bijgevolg van uit dat § 1, lid 1, AStG een beperking van de vrijheid van vestiging van de ingezeten belastingplichtige inhoudt, hetgeen verboden is bij artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU).

20 In dit verband zou uit het arrest van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), blijken dat een regeling van een lidstaat waarbij een verschil in fiscale behandeling wordt ingesteld tussen ingezeten vennootschappen afhankelijk van de vraag of de ondernemingen waaraan zij abnormale en goedgunstige voordelen hebben toegekend en waarmee zij zich in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid bevinden al dan niet in die lidstaat zijn gevestigd, in beginsel een beperking van de vrijheid van vestiging vormt, maar legitieme doelstellingen nastreeft die verband houden met de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te bewaren en met de noodzaak om belastingontwijking te voorkomen.

21 De verwijzende rechter vraagt zich evenwel af of een regeling zoals § 1, lid 1, AStG zich met het evenredigheidsbeginsel verdraagt.

22 In dit verband merkt die rechter op dat overeenkomstig punt 71 van het arrest van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel vereist dat in de gevallen waarin niet kan worden uitgesloten dat een transactie niet overeenkomt met hetgeen zou zijn overeengekomen onder marktvoorwaarden, de belastingplichtige de mogelijkheid heeft om zonder buitensporige administratieve moeite bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen waarom die transactie heeft plaatsgevonden.

23 De verwijzende rechter wenst te vernemen of de commerciële redenen die kunnen worden ingeroepen ter rechtvaardiging van het sluiten van een transactie onder omstandigheden die niet gebruikelijk zijn tussen derden, betrekking kunnen hebben op het belang van Hornbach-Baumarkt AG in de buitenlandse concernondernemingen, met name in situaties waarin de dochteronderneming geld leent bij een bank om haar kapitaal te verhogen. De moedervernootschap zou namelijk een eigen economisch belang hebben bij het commerciële succes van haar dochteronderneming, en zij zou bovendien indien nodig een verantwoordelijkheid dragen voor de financiering van de dochteronderneming.

24 Die rechter merkt op dat in het Duitse recht de belastingplichtige weliswaar over de mogelijkheid beschikt om de redenen aan te voeren waarom de met de buitenlandse onderneming overeengekomen voorwaarden overeenkomen met die welke zouden zijn overeengekomen door onafhankelijke derden onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden en om hiervoor bewijs te leveren, maar dat in § 1, lid 1, AStG niet in de mogelijkheid is voorzien dat de belastingplichtige de commerciële redenen aanvoert die het sluiten van een transactie rechtvaardigen in omstandigheden die niet gebruikelijk zijn tussen derden, wanneer die redenen berusten op de situatie van wederzijdse afhankelijkheid waarin de betrokken personen zich bevinden.

25 Naar het oordeel van de verwijzende rechter is het bijgevolg noodzakelijk te verduidelijken of een bepaling als § 1, lid 1, AStG juncto het derde geval in § 1, lid 2, punt 1, AStG voldoet aan de Unierechtelijke vereisten in verband met de mogelijkheid om commerciële redenen aan te voeren waarom personen die zich in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid bevinden een

transactie hebben gesloten in omstandigheden die niet gebruikelijk zijn tussen derden.

26 Daarom heeft het Finanzgericht Rheinland-Pfalz de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Verzet artikel 49 VWEU [(voorheen artikel 43 EG)] juncto artikel 54 VWEU [(voorheen artikel 48 EG)] zich tegen een regeling van een lidstaat volgens welke de inkomsten van een ingezeten belastingplichtige uit de handelsrelaties met een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap waarin hij rechtstreeks of indirect een deelneming van ten minste 25 % bezit en waarmee hij voorwaarden is overeengekomen die afwijken van de voorwaarden die onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden, moeten worden vastgesteld alsof zij waren verkregen onder tussen onafhankelijke derden overeengekomen voorwaarden, wanneer een dergelijke correctie niet wordt toegepast voor inkomsten uit handelsrelaties met een ingezeten vennootschap en in deze regeling niet is voorzien in de mogelijkheid voor de ingezeten belastingplichtige om te bewijzen dat de voorwaarden zijn overeengekomen om commerciële redenen die voortvloeien uit zijn aandeelhoudersband met de in de andere lidstaat gevestigde vennootschap?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

27 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU) juncto artikel 48 EG (thans artikel 54 VWEU) aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling als in het hoofdgeding, volgens welke de inkomsten van een in een lidstaat gevestigde vennootschap die aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap waarmee zij zich in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid bevindt, voordelen heeft verleend onder voorwaarden die afwijken van de voorwaarden die van elkaar onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden, moeten worden berekend zoals zij zouden zijn verkregen indien de tussen dergelijke derden overeengekomen voorwaarden van toepassing waren geweest, en gecorrigeerd, ofschoon er geen correctie van het belastbare inkomen plaatsvindt wanneer die voordelen door een ingezeten vennootschap zijn verleend aan een andere ingezeten vennootschap waarmee zij zich in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid bevindt, en die regeling de ingezeten belastingplichtige voorts niet de mogelijkheid biedt om aan te tonen dat de voorwaarden zijn overeengekomen om commerciële redenen die voortvloeien uit de aandeelhoudersband met de niet-ingezeten vennootschap.

28 Volgens vaste rechtspraak van het Hof valt een nationale wettelijke regeling die alleen van toepassing is op deelnemingen waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten van die vennootschap kunnen worden bepaald, onder de vrijheid van vestiging (arresten van 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, punt 91; 5 februari 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, C-385/12, EU:C:2014:47, punt 22, en 10 juni 2015, *X*, C-686/13, EU:C:2015:375, punt 18).

29 Het derde geval in § 1, lid 2, punt 1, AStG ziet op de situatie waarin een ingezeten belastingplichtige een belang aanhoudt van ten minste 25 % van het kapitaal van een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan de lidstaat van zijn woonplaats, namelijk een belang dat de belastingplichtige in staat stelt een bepalende invloed uit te oefenen op de betrokken onderneming.

30 Zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, hield Hornbach-Baumarkt AG in het hoofdgeding indirect een belang aan van 100 % van het kapitaal van de buitenlandse concernondernemingen en kon zij dus een bepalende invloed uitoefenen op de besluiten en

activiteiten van die ondernemingen.

31 De nationale regeling die aan de orde is in het hoofdgeding moet dus worden getoetst aan de bepalingen van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van vestiging.

32 Volgens vaste rechtspraak verbieden de bepalingen van het Verdrag met betrekking tot de vrijheid van vestiging dat de lidstaat van oorsprong de vestiging in een andere lidstaat van een naar zijn recht opgerichte vennootschap, in het bijzonder via een dochteronderneming, belemmert. De vrijheid van vestiging wordt belemmerd indien volgens de belastingregeling van een lidstaat een ingezeten vennootschap met een dochteronderneming in een andere lidstaat vanuit fiscaal oogpunt ongunstiger wordt behandeld dan een ingezeten vennootschap met een dochteronderneming in eerstgenoemde lidstaat (arrest van 21 december 2016, Masco Denmark en Damixa, C-593/14, EU:C:2016:984, punten 24 en 25).

33 In casu moet worden vastgesteld, zoals de verwijzende rechter opmerkt, dat op grond van § 1, lid 1, AStG de inkomsten van een belastingplichtige slechts worden gecorrigeerd als het gaat om zakelijke banden van die belastingplichtige met het buitenland. De inkomsten van een ingezeten belastingplichtige – verminderd vanwege het feit dat hij met een met hem verbonden persoon tussen derden ongebruikelijke voorwaarden is overeengekomen – worden dus slechts gecorrigeerd als die persoon buiten het nationale grondgebied is gevestigd. Is de verbonden persoon daarentegen een op het nationale grondgebied gevestigde dochteronderneming van de belastingplichtige, dan wordt noch op grond van § 1, lid 1, AStG, noch op grond van een andere nationale regeling een correctie van de inkomsten toegepast.

34 Hieruit volgt dat een moederonderneming die is gevestigd in de betrokken lidstaat en die een belang aanhoudt in een in een andere lidstaat gevestigde onderneming, minder gunstig wordt behandeld dan wanneer zij een belang in een ingezeten vennootschap zou aanhouden.

35 Volgens de rechtspraak van het Hof kan een dergelijk verschil in fiscale behandeling tussen belastingplichtigen op grond van de plaats van de zetel van de vennootschappen waarmee de tussen derden ongebruikelijke voorwaarden zijn overeengekomen, een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 EG opleveren. De belastingplichtige zou immers kunnen afzien van de verkrijging, de oprichting of het behoud van een dochteronderneming in een andere lidstaat dan die van zijn woonplaats, dan wel van de verkrijging of het behoud van een aanmerkelijk belang in een in die andere lidstaat gevestigde vennootschap, gelet op de belastingdruk die in een grensoverschrijdende situatie rust op de toekenning van tussen derden ongebruikelijke voorwaarden (zie in die zin arrest van 21 januari 2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, punt 44).

36 Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan een fiscale maatregel die de in artikel 43 EG neergelegde vrijheid van vestiging kan belemmeren enkel worden aanvaard indien die maatregel betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn, of kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang die door het Unierecht zijn erkend. In dat geval moet de beperking bovendien geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en mag zij niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (zie in die zin arresten van 29 november 2011, National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, punt 42; 17 december 2015, Timac Agro Deutschland, C-388/14, EU:C:2015:829, punten 26 en 29; 21 december 2016, Masco Denmark en Damixa, C-593/14, EU:C:2016:984, punt 28, en 23 november 2017, A, C-292/16, EU:C:2017:888, punt 28).

37 Uit de nationale regeling die aan de orde is in het hoofdgeding volgt dat een ingezeten vennootschap een heffing moet betalen wanneer zij aan een niet-ingezeten vennootschap waarmee zij banden onderhoudt voordelen toekent onder voorwaarden die geen

marktvoorwaarden zijn, waardoor de belastbare inkomsten van de ingezeten vennootschap in de betrokken lidstaat kunnen verminderen.

38 Volgens de Duitse regering verschilt de fiscale situatie van een ingezeten moedervernootschap afhankelijk van de vraag of zij zakelijke banden onderhoudt met een niet-ingezeten dan wel een ingezeten dochteronderneming, daar de Bondsrepubliek Duitsland niet de bevoegdheid heeft om belasting te heffen over de inkomsten van in andere lidstaten gevestigde dochterondernemingen.

39 Die regering betoogt dat de omstandigheid dat de inkomsten die een moedervernootschap aan haar zakelijke banden ontleent niet worden gecorrigeerd in een zuiver interne situatie, wordt gerechtvaardigd door het feit dat het door de moedervernootschap kosteloos verleende voordeel de inkomsten van de dochteronderneming verhoogt en dat de Bondsrepubliek Duitsland belasting heft over zowel de inkomsten van de moedervernootschap als de winsten van de op Duits grondgebied gevestigde dochteronderneming. Dit is anders voor de in Nederland gevestigde dochterondernemingen van Hornbach-Baumarkt AG, aangezien de Bondsrepubliek Duitsland over de winsten van die dochterondernemingen geen belasting kan heffen.

40 Vastgesteld moet worden dat deze argumenten geen betrekking hebben op de vraag naar de vergelijkbaarheid van situaties, maar zien op rechtvaardigingen op grond van het territorialiteitsbeginsel, uit hoofde waarvan de lidstaten het recht hebben om belasting te heffen over de inkomsten die op hun grondgebied zijn verworven, of op rechtvaardigingen die verband houden met de noodzaak de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te behouden, hetgeen een door het Hof erkend legitiem doel vormt (zie in die zin arresten van 17 juli 2014, *Nordea Bank Danmark*, C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 27, en 23 november 2017, A, C-292/16, EU:C:2017:888, punt 30).

41 In dit verband moet worden opgemerkt dat zowel de Duitse regering als de Zweedse regering aanvoert dat een regeling zoals in het hoofdgeding wordt gerechtvaardigd door de dwingende reden van algemeen belang die verband houdt met het behoud van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, en dat beide regeringen zich in dit verband beroepen op het arrest van 21 januari 2010, *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26, punt 69).

42 De Zweedse regering benadrukt bovendien dat de regels van het Duitse recht die uitvoering geven aan het zakelijkheidsbeginsel een natuurlijk gevolg zijn van het territorialiteitsbeginsel en nodig zijn om ervoor te zorgen dat zowel dat beginsel als de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid kan worden behouden.

43 Volgens vaste rechtspraak kan de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te vrijwaren een verschil in behandeling rechtvaardigen wanneer de onderzochte regeling ertoe strekt gedragingen te voorkomen die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden (arresten van 29 maart 2007, *Rewe Zentralfinanz*, C-347/04, EU:C:2007:194, punt 42; 18 juli 2007, *Oy AA*, C-231/05, EU:C:2007:439, punt 54; 21 februari 2013, A, C-123/11, EU:C:2013:84, punt 41, en 21 december 2016, *Masco Denmark en Damixa*, C-593/14, EU:C:2016:984, punt 35).

44 Het Hof heeft overwogen dat indien het ingezeten vennootschappen van een lidstaat zou worden toegestaan om hun winsten in de vorm van abnormale of goedgunstige voordelen over te dragen aan in andere lidstaten gevestigde vennootschappen waarmee zij zich in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid bevinden, de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar zou kunnen worden gebracht, alsmede dat met een regeling van een lidstaat volgens welke over dergelijke voordelen belasting wordt geheven bij de ingezeten

vennootschap die deze voordelen aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap heeft verleend, de eerstgenoemde lidstaat zijn belastingbevoegdheid kan uitoefenen met betrekking tot de activiteiten die plaatsvinden op zijn grondgebied. Het Hof heeft tevens geoordeeld dat een dergelijke nationale regeling rechtmatige doelstellingen nastreeft die verenigbaar zijn met het Verdrag en die dwingende redenen van algemeen belang opleveren, en dat deze regeling geschikt moet worden geacht om die doelstellingen te verwezenlijken (zie in die zin arrest van 21 januari 2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, punten 63, 64 en 69).

45 Dit geldt ook voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling, aangezien een ingezeten vennootschap door het verlenen van voordelen aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap waarmee zij zich in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid bevindt, onder voorwaarden die geen marktvoorwaarden zijn, winsten in de vorm van voordelen zou kunnen overdragen aan de niet-ingezeten dochteronderneming, waardoor de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar kan worden gebracht.

46 Door bij de in de betrokken lidstaat gevestigde vennootschap belasting te heffen op basis van het veronderstelde bedrag van de vergoeding voor het voordeel dat kosteloos is verleend aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap waarmee zij zich in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid bevindt, teneinde rekening te houden met het bedrag dat de moedervennootschap als winst zou hebben moeten aangeven indien de transactie marktconform was gesloten, staat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling de eerstgenoemde lidstaat toe zijn fiscale bevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot de activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden.

47 Er moet dus worden geoordeeld dat een nationale regeling als in het hoofdgeding, die ertoe strekt te verhinderen dat in de betrokken lidstaat behaalde winsten zonder te worden belast aan de heffingsbevoegdheid van die lidstaat worden onttrokken door middel van niet marktconforme transacties, geschikt is om het behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen.

48 Ten slotte moet worden nagegaan of een dergelijke nationale regeling niet verder gaat dan ter bereiking van het nagestreefde doel noodzakelijk is.

49 In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat een nationale wettelijke regeling die zich ter beantwoording van de vraag of een transactie een kunstmatige constructie is die voor belastingdoeleinden is opgezet, op een onderzoek van objectieve en verifieerbare elementen baseert, moet worden geacht niet verder te gaan dan hetgeen nodig is voor het bereiken van de doelstellingen inzake de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en de noodzaak om belastingontwijking te voorkomen, wanneer, in de eerste plaats, in elk geval waarin er een vermoeden bestaat dat de transactie afwijkt van hetgeen de betrokken vennootschappen in omstandigheden van volledige mededinging zouden zijn overeengekomen, de belastingplichtige in staat wordt gesteld om zonder buitensporige administratieve moeite bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen waarom de transactie heeft plaatsgevonden. In de tweede plaats dient de fiscale correctiemaatregel in voorkomend geval te worden beperkt tot de fractie van de verrichting die verder gaat dan hetgeen de betrokken vennootschappen onder marktvoorwaarden zouden zijn overeengekomen (arrest van 21 januari 2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, punten 71 en 72).

50 Wat allereerst de berekening van de hoogte van de correctie van de inkomsten van de betrokken belastingplichtige betreft, moet worden opgemerkt dat dit bij het Hof geen voorwerp van discussie is geweest tussen Hornbach-Baumarkt AG en de belastingdienst. Evenwel zij opgemerkt dat de Duitse regering heeft betoogd – zonder op dit punt te zijn tegengesproken – dat de door de Duitse belastingdienst in situaties als in het hoofdgeding verrichte correcties zijn beperkt tot de

fractie van de verrichting die verder gaat dan hetgeen zou zijn overeengekomen wanneer de betrokken ondernemingen zich niet in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid zouden bevinden.

51 Wat vervolgens de mogelijkheid betreft waarover de belastingplichtige moet beschikken om bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen ter rechtvaardiging van het sluiten van transacties onder tussen derden ongebruikelijke voorwaarden, gaat de vraag van de verwijzende rechter er vooral over of de commerciële redenen zakelijke redenen kunnen omvatten die voortvloeien uit de enkele omstandigheid dat de in de betrokken lidstaat gevestigde moeder vennootschap en haar in een andere lidstaat gevestigde dochterondernemingen zich in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid bevinden.

52 Volgens de Duitse regering moet het begrip „commerciële redenen” in de zin van punt 71 van het arrest van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), worden uitgelegd tegen de achtergrond van het beginsel van vrije mededinging, dat naar zijn aard uitsluit dat zakelijke redenen worden aanvaard die hun oorsprong vinden in de aandeelhoudersband. Om de evenredigheid van een regeling als in het hoofdgeding te beoordelen moet bovendien een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de mogelijkheid om de redenen aan te voeren waarom concernondernemingen elkaar kosteloos voordelen hebben verleend en anderzijds het onderzoek naar de gegrondheid van die redenen. Hornbach-Baumarkt AG heeft de mogelijkheid gehad om de gronden voor haar besluit toe te lichten, maar heeft niet kunnen aantonen dat er sprake was van zakelijke redenen, aldus de Duitse regering.

53 In onderhavige zaak blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de buitenlandse concernondernemingen een negatief eigen vermogen hadden en dat de kredietverstrekende bank het voor de voortzetting en de ontwikkeling van de activiteiten van die ondernemingen benodigde kredieten had verstrekt op voorwaarde dat Hornbach-Baumarkt AG een schriftelijke garantieverklaring verstrekke.

54 Wanneer de ontwikkeling van de activiteiten van een dochteronderneming afhangt van de inbreng van extra kapitaal, omdat zij niet over voldoende eigen geld beschikt, kan het onder tussen derden ongebruikelijke voorwaarden ter beschikking stellen van geld door de moeder vennootschap worden gerechtvaardigd om commerciële redenen.

55 Verder moet worden opgemerkt dat in deze zaak geen risico op belastingontwijking is aangevoerd. De Duitse regering heeft geen gewag gemaakt van een zuiver kunstmatige constructie in de zin van de rechtspraak van het Hof, en ook niet van het feit dat verzoekster in het hoofdgeding haar belastbare winst in Duitsland wil verlagen.

56 In deze omstandigheden is er mogelijk sprake van commerciële redenen die zien op de aandeelhoudersband van Hornbach-Baumarkt AG met de buitenlandse concernondernemingen en die rechtvaardigen dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transactie is gesloten onder voorwaarden die afwijken van de tussen derden gebruikelijke voorwaarden. Aangezien de voortzetting of de uitbreiding van de activiteiten van die buitenlandse concernondernemingen, bij gebreke van voldoende eigen geld, namelijk afhangt van een kapitaal inbreng, zou het kosteloos verstrekken van schriftelijke garantieverklaringen – zelfs al zouden van elkaar onafhankelijke ondernemingen voor dergelijke garanties een tegenprestatie zijn overeengekomen – kunnen worden verklaard door het eigen zakelijke belang van Hornbach-Baumarkt AG bij het commerciële succes van de buitenlandse concernondernemingen, in welk succes zij een aandeel heeft door de verdeling van de winst, alsook door de omstandigheid dat verzoekster in het hoofdgeding als aandeelhoudster een bepaalde verantwoordelijkheid heeft voor de financiering van die ondernemingen.

57 In casu dient de verwijzende rechter na te gaan of Hornbach-Baumarkt AG in staat is geweest om zonder buitensporige administratieve moeite bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen voor het sluiten van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transacties, zonder daarbij uit te sluiten dat in dit verband rekening kan worden gehouden met zakelijke redenen die voortvloeien uit haar aandeelhoudersband met de niet-ingezeten vennootschap.

58 Bijgevolg moet worden geoordeeld dat een regeling als in het hoofdgeding niet verder gaat dan nodig is om het met die regeling nagestreefde doel te bereiken, als de instanties die belast zijn met de toepassing van die regeling de ingezeten belastingplichtige de mogelijkheid bieden om aan te tonen dat de voorwaarden zijn overeengekomen om commerciële redenen die kunnen voortvloeien uit zijn aandeelhoudersband met de niet-ingezeten vennootschap, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden beoordeeld.

59 Gelet op een en ander dient op de voorgelegde vraag te worden geantwoord dat artikel 43 EG juncto artikel 48 EG aldus moet worden uitgelegd dat het in beginsel niet in de weg staat aan een nationale regeling als in het hoofdgeding, volgens welke de inkomsten van een in een lidstaat gevestigde vennootschap die aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap waarmee zij zich in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid bevindt, voordelen heeft verleend onder voorwaarden die afwijken van de voorwaarden die van elkaar onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden, moeten worden berekend zoals zij zouden zijn verkregen indien de tussen dergelijke derden overeengekomen voorwaarden van toepassing waren geweest, en gecorrigeerd, ofschoon er geen correctie van het belastbare inkomen plaatsvindt wanneer die voordelen door een ingezeten vennootschap zijn verleend aan een andere ingezeten vennootschap waarmee zij zich in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid bevindt. Het staat echter aan de nationale rechter om na te gaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling de ingezeten belastingplichtige de mogelijkheid biedt om aan te tonen dat de voorwaarden zijn overeengekomen om commerciële redenen die voortvloeien uit zijn aandeelhoudersband met de niet-ingezeten vennootschap.

Kosten

60 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

Artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU) juncto artikel 48 EG (thans artikel 54 VWEU) moet aldus worden uitgelegd dat het in beginsel niet in de weg staat aan een nationale regeling als in het hoofdgeding, volgens welke de inkomsten van een in een lidstaat gevestigde vennootschap die aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap waarmee zij zich in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid bevindt, voordelen heeft verleend onder voorwaarden die afwijken van de voorwaarden die van elkaar onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden, moeten worden berekend zoals zij zouden zijn verkregen indien de tussen dergelijke derden overeengekomen voorwaarden van toepassing waren geweest, en gecorrigeerd, ofschoon er geen correctie van het belastbare inkomen plaatsvindt wanneer die voordelen door een ingezeten vennootschap zijn verleend aan een andere ingezeten vennootschap waarmee zij zich in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid bevindt. Het staat echter aan de nationale rechter om na te gaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling de ingezeten belastingplichtige de mogelijkheid biedt om aan te tonen dat de voorwaarden zijn overeengekomen om commerciële redenen die voortvloeien uit zijn aandeelhoudersband

met de niet-ingezeten vennootschap.

ondertekeningen

* Procestaal: Duits.