



Datum van  
inontvangstneming

:

11/08/2016

**Zaak C-382/16**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

11 juli 2016

**Verwijzende rechter:**

Finanzgericht Rheinland-Pfalz (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

28 juni 2016

**Verzoekende partij:**

Hornbach-Baumarkt-AG

**Verwerende partij:**

Finanzamt Landau

---

**[omissis] FINANZGERICHT RHEINLAND-PFALZ**

Beschikking

**[omissis]** In de belastingzaak tussen

Hornbach-Baumarkt-AG, [omissis] Bornheim,

– verzoekster –

[omissis] en

Finanzamt Landau, [omissis] – verweerder –

inzake de vennootschapsbelasting voor 2003 en de vaststelling van het basisbedrag voor de berekening van de bedrijfsbelasting voor 2003,

heeft de 1ste Senat (omissis) van het Finanzgericht Rheinland-Pfalz (belastingrechter van de deelstaat Rijnland-Palts) op 28 juni 2016 [omissis] besloten:

- I. De behandeling van de zaak wordt [omissis] geschorst.
- II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Verzet artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU (voorheen artikel 43 EG juncto artikel 48 EG) zich tegen een regeling van een lidstaat volgens welke de inkomsten van een ingezeten [Or. 2] 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?

### Motivering

- 1 I. Feiten en procedure
- 2 Verzoekster is een in Duitsland gevestigde aandelenvennootschap. Zij exploiteert bouwmarkten in Duitsland en het buitenland.
- 3 Verzoekster bezat in het litigieuze jaar 2003 participaties in verschillende vennootschappen in andere lidstaten van de Europese Unie en in derde landen en zij verstreekte ten behoeve van deze vennootschappen telkens garantie- en patronaatsverklaringen aan schuldeisers c.q. banken zonder daarvoor een tegenprestatie te vragen. Zo bezat verzoekster via haar dochteronderneming, Hornbach International GmbH, en dier dochteronderneming, Hornbach Holding BV, een onrechtstreekse participatie van 100 % in Hornbach Real Estate Groningen BV en Hornbach Real Estate Wateringen BV (hierna: „buitenlandse concernondernemingen”), beide met zetel in Nederland. Ten behoeve van de buitenlandse concernondernemingen heeft verzoekster op 25 september 2002 aan de financieringsbank zogenoemde patronaatsverklaringen verstrekt zonder tegenprestatie. Reden hiervoor was dat het eigen vermogen van de buitenlandse concernondernemingen negatief was en dat zij voor de voortzetting van hun bedrijfsactiviteiten en voor de geplande opening van een bouw- en tuinmarkt een krediet van 10 057 000 EUR (Hornbach Real Estate Groningen BV) respectievelijk 14 800 000 EUR (Hornbach Real Estate Wateringen BV) nodig hadden. De financieringsbank had voor de kredietverstrekking als voorwaarde gesteld dat verzoekster patronaatsverklaringen verstreekte.

- 4 In de patronaatsverklaringen van 25 september 2002 heeft verzoekster zich jegens de financieringsbank ertoe verbonden haar participatie in Hornbach Holding BV niet over te dragen of te wijzigen en voorts ernaar te streven dat Hornbach Holding BV haar participatie in de buitenlandse concernondernemingen evenmin zou overdragen of wijzigen, zonder dat de bank minstens drie weken vóór een dergelijke **[Or. 3]** overdracht of wijziging een schriftelijke mededeling ontving. Bovendien heeft verzoekster zich onherroepelijk en onvoorwaardelijk ertoe verbonden de buitenlandse concernondernemingen in die mate van financiële middelen te voorzien dat zij in staat waren hun gezamenlijke verbintenissen na te komen. Bijgevolg zou verzoekster, mocht dit noodzakelijk blijken, de buitenlandse concernondernemingen de nodige financiële middelen verstrekken opdat zij in staat zijn hun verbintenissen jegens de bank na te komen. Bovendien moest verzoekster ervoor zorgen dat deze financiële middelen werden gebruikt voor de betaling van de verbintenissen jegens de bank.
- 5 Verweerder (het Finanzamt; hierna: „FA”) ging ervan uit dat uit de garantie- en patronaatsverklaringen die verzoekster had verstrekt ten behoeve van de in andere lidstaten van de Europese Unie en derde landen gevestigde dochterondernemingen handelsrelaties in de zin van § 1, lid 4, van het Außensteuergesetz (Duitse wet inzake belastingheffing in situaties die aanknopingspunten met het buitenland bevatten; hierna: „AStG”) waren ontstaan en dat verzoeksters inkomsten daarom met (fictieve) garantievergoedingen moesten worden verhoogd, aangezien onafhankelijke derden wel dergelijke garantievergoedingen zouden zijn overeengekomen. Daarbij heeft het FA onder meer een correctie van de inkomsten ten bedrage van 15 253 EUR (Hornbach Real Estate Groningen BV) en 22 447 EUR (Hornbach Real Estate Wateringen BV) toegepast. De bezwaren die verzoekster had gemaakt tegen de daaropvolgende aanslagen voor 2003 in de vennootschapsbelasting en de vaststelling van het basisbedrag voor de berekening van de bedrijfsbelasting, zijn door het FA ongegrond verklaard. Thans is het naar vorm regelmatig en binnen de termijn ingestelde beroep aanhangig bij de verwijzende Senat [omissis].
- 6 In beroep voert verzoekster aan dat de door het FA toegepaste verhogingen van haar belastbare inkomsten met (fictieve) garantievergoedingen onrechtmatig zijn wegens schending van het gemeenschapsrecht. § 1 AStG leidt tot een ongelijke behandeling van binnenlandse en buitenlandse feitelijke situaties, daar in een zuiver binnenlandse situatie de inkomsten niet fictief worden verhoogd, terwijl de verstrekking van een garantie aan een buitenlandse dochteronderneming wordt „bestraft”. Voor zover de belastingdienst ontkent dat § 1 AStG in strijd is met het Unierecht, is deze zienswijze door het Hof weerlegd in zijn arrest van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26). Volgens dit arrest is de beperking van de vrijheid van vestiging als gevolg van een regeling volgens welke de winst wordt gecorrigeerd naar aanleiding van de toekenning van een voordeel aan verbonden ondernemingen in het buitenland, slechts evenredig wanneer de belastingplichtige de mogelijkheid wordt geboden commerciële redenen aan te voeren voor transacties die eventueel niet beantwoorden aan het zakelijkheidsbeginsel en

zonder dat van hem buitensporige administratieve inspanningen kunnen worden verlangd. § 1 AStG bevat geen uitdrukkelijke regeling in verband met de mogelijkheid om commerciële redenen aan te voeren ter rechtvaardiging van een niet met het zakelijkheidsbeginsel overeenstemmende transactie en is daarom in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Er zijn geen fiscale beweegredenen voor de kosteloze verstrekking van de litigieuze patronaatsverklaringen. Het gaat veeleer om maatregelen ter ondersteuning van de verhoging van het eigen vermogen. Uit gemeenschapsrechtelijk oogpunt mogen derhalve geen garantievergoedingen bij de inkomsten worden meegeteld, daar er commerciële redenen bestaan ter rechtvaardiging van het feit dat voor de kredietprotectie geen tegenprestatie is betaald. **[Or. 4]**

7 Hiertegen voert het FA, zakelijk weergegeven, aan dat het Hof van Justitie in zijn arrest van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), inzake met § 1 AStG vergelijkbare Belgische bepalingen, heeft geoordeeld dat artikel 43 EG, juncto artikel 48 EG, zich in beginsel niet verzet tegen dergelijke rechtsregels van een lidstaat. Voor zover in dat arrest is geoordeeld dat de vennootschap waarop een rechtsvoorschrift als § 1 AStG van toepassing is, de mogelijkheid moet hebben bewijzen aan te dragen voor eventuele commerciële redenen waarom de transactie is gesloten, bevat § 1 AStG weliswaar geen autonome regeling inzake de bewijsvoering van eventuele commerciële redenen, maar de belastingplichtige heeft te allen tijde de mogelijkheid de redelijkheid van de transactie te bewijzen. Zijn er commerciële redenen die verklaren waarom is afgeweken van een anders redelijke transactie, dan kan daarmee ook bij de toepassing van § 1 AStG rekening worden gehouden. Ook is het de belastingplichtige naar Duits recht mogelijk de belastingaanslag buitengerechtelijk of via een beroep in rechte te betwisten.

## 8 II. Rechtssituatie naar Duits recht

9 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 – ingevolge § 1 AStG, zoals gewijzigd bij het Gesetz zum Abbau vom Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen [Duitse wet tot beperking van belastingvoordelen en uitzonderingsregelingen] van 16 mei 2003 (BGBl I 2003, blz. 660; hierna: „AStG 2003) – onverminderd andere bepalingen worden vastgesteld alsof zij waren verkregen onder tussen onafhankelijke derden overeengekomen voorwaarden.

10 Een persoon wordt als een met de belastingplichtige verbonden persoon beschouwd onder meer wanneer de belastingplichtige rechtstreeks of indirect een (aanmerkelijke) participatie van ten minste 25 % aanhoudt (§ 1, lid 2, punt 1, derde variant, AStG 2003).

- 11 [omissis] [Uiteenzetting in verband met het begrip commerciële relatie in de zin van het AStG 2003] [omissis] **[Or. 5]** [Uiteenzetting in verband met het feit dat de buitenlandse vennootschappen verbonden personen waren en de redenen waarom uit de verstrekking van de patronaatsverklaringen commerciële relaties zijn ontstaan]
- 12 Het FA is ook terecht ervan uitgegaan dat de tussen verzoekster en de buitenlandse concernondernemingen overeengekomen voorwaarden afwijken van de voorwaarden die onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden. Onafhankelijke handelspartners zouden voor de verstrekking van een patronaatsverklaring wegens het daarmee verbonden aansprakelijkheidsrisico immers een tegenprestatie voor de verstrekker van de patronaatsverklaring overeenkomen. Met het gegeven dat een „onafhankelijke derde” in geval van twijfel sowieso geen patronaatsverklaring ten gunste van een vreemde vennootschap zou verstrekken, kan geen rekening worden gehouden bij de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel overeenkomstig § 1, lid 1, AStG 2003.
- 13 Aangezien verzoekster met de buitenlandse concernondernemingen geen tegenprestatie voor de verstrekking van de patronaatsverklaring is overeengekomen, zijn haar inkomsten uit commerciële relaties met verbonden personen in de zin van § 1, lid 1, AStG 2003 gedaald. Bijgevolg is voldaan aan de feitelijke voorwaarden van § 1, lid 1, juncto lid 2, punt 1, derde variant, AStG 2003 voor een correctie van verzoeksters inkomsten.
- 14 III. Verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht
- 15 1. Toepasselijke fundamentele vrijheid overeenkomstig het VWEU (EG)
- 16 Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moet voor de bepaling of een nationale regeling binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging dan wel de vrijheid van kapitaalverkeer (art. 63 VWEU c.q. artikel 56 EG) valt, worden uitgegaan van het voorwerp van de betrokken regeling. Zo valt een nationale regeling die alleen van toepassing is op participaties waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, onder de vrijheid van vestiging, terwijl nationale bepalingen die van toepassing zijn op participaties die enkel als belegging worden genomen zonder dat het de bedoeling is invloed op het bestuur en de zeggenschap van de onderneming uit te oefenen, uitsluitend aan het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal moeten worden getoetst (zie bijvoorbeeld arrest van 10 juni 2015, X, C-686/13, EU:C:2015:375, punten 16 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 17 De in § 1, lid 2, punt 1, derde variant, AStG 2003 vervatte regeling ziet op participaties van een ingezetene belastingplichtige in een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap van ten minste 25 % en dus op een participatie die de

belastingplichtige – naar het oordeel van de verwijzende Senat – een zekere invloed op de vennootschap verleent. Hierbij staat in casu vast **[Or. 6]** dat verzoekster indirect een participatie van 100 % in de buitenlandse dochterondernemingen aanhield, zodat zij ook daadwerkelijk een zekere invloed op hun beslissingen en activiteiten kon uitoefenen. Derhalve valt de correctie van de inkomsten op grond van § 1, lid 1, AStG 2003 binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging van de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU (artikelen 43 EG en 48 EG).

- 18 2. Beperking van de vrijheid van vestiging door § 1, lid 1, AStG 2003
- 19 a) Volgens artikel 49 VWEU (artikel 43 EG) 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, alsook de oprichting en het beheer van ondernemingen onder de voorwaarden die door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld. Deze vrijheid impliceert eveneens het recht op oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een andere lidstaat zijn gevestigd (zie recentelijk arrest van 14 april 2016, Sparkasse Allgäu, C-522/14, EU:C:2016:253, punt 18).
- 20 Hoewel de bepalingen van het Verdrag betreffende de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan het recht op behandeling als eigen onderdaan of onderneming beogen te garanderen, verbieden zij eveneens dat de lidstaat van herkomst de vestiging van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap in een andere lidstaat belemmert (zie arrest van 21 januari 2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, punt 39).
- 21 b) Ingevolge § 1, lid 1, AStG 2003 kan een correctie van de inkomsten enkel in geval van commerciële relaties van de belastingplichtige in het buitenland worden toegepast. Dientengevolge worden de inkomsten die zijn gedaald doordat niet-zakelijke voorwaarden zijn overeengekomen, slechts bijgeteld wanneer de verbonden persoon in een andere staat is gevestigd. Is de verbonden persoon daarentegen een ingezeten dochteronderneming van de belastingplichtige, dan wordt noch op grond van § 1, lid 1, AStG 2003, noch op grond van een andere nationale regeling een correctie van de inkomsten toegepast. Derhalve wordt een belastingplichtige die een participatie aanhoudt in een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, minder gunstig behandeld dan wanneer hij een participatie in een ingezeten vennootschap zou aanhouden.
- 22 Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie kan een dergelijk verschil in fiscale behandeling van belastingplichtigen op grond van de plaats van de zetel van de vennootschappen waarmee de niet-zakelijke voorwaarden zijn overeengekomen, een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 49 VWEU (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 wel van de verkrijging of het behoud van een aanmerkelijk belang in een in laatstgenoemde staat gevestigde vennootschap, gelet op de belastingdruk die in een grensoverschrijdende situatie ontstaat wanneer niet-zakelijke [Or. 7] voorwaarden worden overeengekomen.

- 23 De verwijzende Senat gaat dus ervan uit dat § 1, lid 1, AStG 2003 een beperking van de in artikel 49 VWEU (artikel 43 EG) neergelegde vrijheid van vestiging van ingezetene belastingplichtigen in het leven roept.
- 24 3.      Rechtvaardiging van de beperking van de vrijheid van vestiging
- 25 a)      Volgens vaste rechtspraak van het Hof is een maatregel die mogelijk de in artikel 49 VWEU neergelegde vrijheid van vestiging beperkt, slechts toelaatbaar wanneer hij een met het Verdrag verenigbaar wettig doel nastreeft en gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Daarenboven moet in een dergelijk geval de toepassing van de betrokken maatregel geschikt zijn om de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling te verzekeren en niet verder gaan dan ter bereiking van deze doelstelling noodzakelijk is (zie bijvoorbeeld arrest van 12 december 2013, Imfeld en Garcet, C-303/12, EU:C:2013:822, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 26 In het arrest SGI, inzake een met § 1, lid 1, AStG 2003 vergelijkbare bepaling van het Belgische in grensoverschrijdende situaties toepasselijke belastingrecht, heeft het Hof geoordeeld dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten ernstig in gevaar zou kunnen worden gebracht wanneer ingezetene vennootschappen zou worden toegestaan, hun winsten in de vorm van abnormale of goedgunstige voordelen over te dragen aan in andere lidstaten gevestigde vennootschappen waarmee zij zich in een band van wederzijdse afhankelijkheid bevinden. Bovendien kan een nationale maatregel die de vrijheid van vestiging beperkt, gerechtvaardigd zijn wanneer hij specifiek gericht is op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de wetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken. Gelet op deze twee elementen, namelijk de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en de noodzaak om belastingontwijking te voorkomen, in hun geheel beschouwd, moet worden vastgesteld dat een regeling als die in het hoofdgeding rechtmatige doelstellingen nastreeft die verenigbaar zijn met het Verdrag en die dwingende redenen van algemeen belang uitmaken, en dat deze regeling geschikt is om deze doelstellingen te verwezenlijken (arrest van 21 januari 2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, punten 63, 65 en 69).
- 27 Bijgevolg dient toch nog te worden nagegaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van de beoogde doelstellingen, in hun geheel beschouwd. Een nationale 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 [Or. 8] 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 te worden beperkt tot de fractie van de verrichting die verder gaat dan hetgeen de betrokken vennootschappen zouden zijn overeengekomen indien zij zich niet in een situatie van wederzijdse afhankelijkheid zouden hebben bevonden (arrest van 21 januari 2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, punten 70-72).

- 28 b) In de Duitse rechtsleer wordt ten dele de zienswijze verdedigd dat de Duitse rechtssituatie verschilt van de Belgische rechtssituatie die heeft geleid tot de zaak SGI, aangezien de belastingplichtige in Duitsland reeds op grond van het algemene procedurerecht de mogelijkheid heeft het in punt 71 van het arrest SGI verlangde tegenbewijs te leveren waarmee hij de zakelijkheid van zijn buitengewone relatie aantoot en bewijst. Dit bewijs kan zowel buitengerechtelijk als in rechte worden overgelegd [omissis].
- 29 Het Bundesfinanzhof (hoogste federale rechter in belastingzaken; hierna: „BFH”) heeft in een arrest van 25 juni 2014 in verband met de verstrekking van een renteloze lening door een Duitse kapitaalvennootschap aan een kapitaalvennootschap naar Belgisch recht daarenboven verklaard dat een correctie naar aanleiding van een kosteloze lening op grond van het algemene zakelijkheidsbeginsel, in het kader waarvan weliswaar de invloed van de economische verwevenheid van de handelspartners op de prijsvorming buiten beschouwing moet worden gelaten, doch niet de zakelijke commerciële redenen van de partijen (bijvoorbeeld een kosteloze lening in het belang van de kredietverstrekker), als maatregel ter handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden geschikt en in geen geval onevenredig is. Voor deze problematiek is nadere verduidelijking via een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie krachtens artikel 267 VWEU niet noodzakelijk [omissis].
- 30 c) Het overgrote deel van de rechtsleer gaat daarentegen ervan uit dat § 1, lid 1, AStG 2003 althans gedeeltelijk verder gaat dan noodzakelijk is om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en om belastingontwijking te voorkomen [omissis]. Ook de verwijzende Senat betwijfelt of de door § 1, lid 1, AStG 2003 in het leven geroepen beperking van de vrijheid van vestiging volledig gerechtvaardigd is naar gemeenschapsrecht.

- 31 De twijfel of het voorschrift in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht, ontstaat doordat de belastingplichtige weliswaar in het kader van de toetsing aan het zakelijkheidsbeginsel overeenkomstig § 1, lid 1, AStG 2003 de mogelijkheid heeft om te rechtvaardigen en te bewijzen dat de met de buitenlandse vennootschap overeengekomen voorwaarden overeenstemmen met de voorwaarden die ook onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden. Zo kan bijvoorbeeld als argument worden aangevoerd **[Or. 9]** dat ook een onafhankelijke derde voor de levering van goederen tegen een prijs die lager is dan de marktprijs, als voorwaarde zou stellen dat hij zelf goederen mag afzetten op de doelmarkt [omissis].
- 32 § 1, lid 1, AStG 2003 voorziet echter niet in de mogelijkheid om commerciële redenen voor het sluiten van een transactie onder niet-zakelijke voorwaarden aan te tonen die verband houden met de vennootschapsrechtelijke verbondenheid van de bij de transactie betrokken personen. Dat commerciële redenen in de zin van het arrest SGI juist kunnen voortvloeien uit de deelgerechtigdheid van de belastingplichtige in de buitenlandse vennootschap, blijkt met name in die gevallen waarin in de vennootschap vreemd kapitaal wordt ingebracht. Bij de door § 1, lid 1, AStG 2003 voorziene vergelijking van de tussen vennootschapsrechtelijk verbonden personen overeengekomen voorwaarden met voorwaarden die onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden, wordt immers enerzijds geen rekening ermee gehouden dat de aandeelhouder een commercieel eigen belang heeft bij het commerciële succes van „zijn” vennootschap, daar hij via winstuitkeringen deelgerechtigd is in dit commerciële succes. Daarom wordt in de rechtsleer erop gewezen dat er voor bijvoorbeeld de verstrekking van een renteloze lening aan een dochteronderneming die zich economisch gezien in een hachelijke situatie bevindt, gegronde commerciële redenen kunnen bestaan ([omissis], zoals advocaat-generaal Geelhoed reeds heeft opgemerkt in zijn conclusie van 29 juni 2006 bij het arrest *Thin Cap*, C-524/04, EU:C:2006:436, punt 67, eerste streepje).
- 33 Anderzijds is het mogelijk dat bij de beantwoording van de vraag of een commerciële transactie een zuiver kunstmatige constructie voor fiscale doeleinden vormt, rekening moet worden gehouden met de zogenoemde op de aandeelhouder rustende verantwoordelijkheid voor de financiering van de vennootschap. De aandeelhouders zijn er verantwoordelijk voor dat de financiële middelen van de vennootschap voldoende zijn om te beantwoorden aan de bedrijfsnoden van de vennootschap. Blijkt de kapitalisatie onvoldoende, dan kunnen zij ervoor kiezen in de vennootschap extra eigen vermogen in te brengen (bijvoorbeeld via een kapitaalsverhoging) dan wel vreemd vermogen toe te voegen door ofwel zelf de vennootschap een lening te verstrekken ofwel een kredietverstrekking door een derde mogelijk te maken door zekerheden te verstrekken. De situatie van de aandeelhouder die vreemd vermogen verstrekt in een verbonden vennootschap, is bijgevolg slechts in beperkte mate vergelijkbaar met de situatie van een kredietverstrekker die niet verbonden is met de vennootschap. De aandeelhouder handelt bij de inbreng van vreemd vermogen in de vennootschap die over slechts

onvoldoende eigen vermogen beschikt, immers waarschijnlijk niet met het oog op de uitwisseling van over en weer te verrichten prestaties, maar omwille van zijn aandeelhoudersband.

- 34 Dienovereenkomstig kunnen er bijvoorbeeld ook commerciële redenen bestaan die verklaren waarom niet-zakelijke voorwaarden zijn overeengekomen bij de inbreng van kapitaal door een aandeelhouder, wanneer de dochteronderneming voor de uitbreiding van haar bedrijfsactiviteiten aangewezen is op extra kapitaal daar haar eigen vermogen onvoldoende is. Beslist de aandeelhouder in een dergelijk geval in de vennootschap in plaats van eigen vermogen vreemd vermogen in te brengen zonder daarvoor een tegenprestatie te vragen, dan lijkt het twijfelachtig of in dat geval sprake kan zijn van een **[Or. 10]** zuiver kunstmatige constructie voor fiscale doeleinden, temeer omdat ook voor de inbreng van eigen vermogen geen tegenprestatie te betalen zou zijn.
- 35 De hierboven uiteengezette overwegingen gelden specifiek voor – zoals in casu – patronaatsverklaringen binnen een concern. In vergelijking met de inbreng van eigen of vreemd vermogen hebben patronaatsverklaringen voor de aandeelhouder als voordeel dat hij zich ertoe kan beperken jegens de kredietverstrekker de verbintenis aan te gaan om de vennootschap in die mate te financieren dat zij haar uit de kredietverstrekking voortvloeiende verbintenissen kan nakomen. Aan de liquiditeitspositie van de aandeelhouder wordt dus niet geraakt zolang de vennootschap de kredietverplichtingen kan nakomen. Bovendien verbindt de aandeelhouder, wanneer hij een patronaatsverklaring verstrekt, zich niet ertoe de vennootschap op een bepaalde wijze te financieren. Veeleer laat de financieringsplicht hem de keuze om de vennootschap zo nodig eigen kapitaal dan wel vreemd kapitaal te verstrekken. Overigens zou op de aandeelhouder het met de verstrekking van een patronaatsverklaring gepaard gaande aansprakelijkheidsrisico ook komen te rusten wanneer hij de vennootschap meteen eigen vermogen zou verstrekken. Uit het oogpunt van de vennootschap dient voorts ermee rekening te worden gehouden dat zij reeds aan de financieringsbank rente moet betalen en dat als gevolg van de betaling van een tegenprestatie voor het verstrekken van de patronaatsverklaring een extra economische last op haar zou rusten.
- 36 Naar het oordeel van de verwijzende Senat is het noodzakelijk te verduidelijken of een rechtsbepaling als § 1, lid 1, juncto lid 2, punt 1, derde variant, AStG 2003 volledig voldoet aan de gemeenschapsrechtelijke vereisten in verband met de mogelijkheid te bewijzen dat om commerciële redenen van het zakelijkheidsbeginsel is afgeweken bij een commerciële relatie tussen vennootschapsrechtelijk verbonden personen.
- 37 IV. Relevantie van de prejudiciële vraag voor de beslechting van het geding
- 38 Wanneer de prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord, dient het beroep te worden verworpen. Wordt de prejudiciële vraag daarentegen

bevestigend beantwoord, dan moet het beroep gegrond worden verklaard althans met betrekking tot de voor de buitenlandse concernondernemingen verstrekte patronaatsverklaringen op grond van de toenmalige feitelijke en juridische situatie en zo nodig via een met het gemeenschapsrecht overeenstemmende uitlegging van § 1 AStG 2003. Gelet op het feit dat het eigen vermogen van de buitenlandse concernondernemingen negatief was en de financieringsbank als voorwaarde voor de verstrekking van de kredieten die nodig waren om de bedrijfsactiviteiten voort te zetten en uit te breiden, had gesteld dat verzoekster patronaatsverklaringen verstrekte, was er naar het oordeel van de verwijzende Senat sprake van commerciële redenen, in de zin van het arrest van het Hof van Justitie in de zaak SGI, om af te wijken van het zakelijkheidsbeginsel.

- 39 Aangezien gelet op dit alles twijfel bestaat omtrent de uitlegging van het gemeenschapsrecht, dient krachtens artikel 267, tweede alinea, VWEU de prejudiciële vraag te worden gesteld. **[Or. 11]**

#### **Informatie over het instellen van beroep**

[omissis]

[ondertekeningen]