



Datum van
inontvangstneming

:

18/07/2016

Zaak C-115/16**Samenvatting van een verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

25 februari 2016

Verwijzende rechter:

Østre Landsret (Denemarken)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

19 februari 2016

Verzoekende partij:

N Luxembourg 1

Verwerende partij:

Skatteministeriet

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Dit geding betreft de vraag of verzoekster, N Luxembourg 1, bronbelasting had moeten inhouden op de rentebijdragen ten gunste van haar moedermaatschappij C Luxembourg in de periode 2006-2008, en – in voorkomend geval – of zij aansprakelijk is voor de betaling van de bronbelasting.

Het geding betreft de onderneming N Danmark 1, die in 2009 na een fusie opging in de onderneming N Danmark 2. In 2010 werd N Danmark 2 ontbonden bij een niet aan belasting onderworpen grensoverschrijdende fusie met C Luxembourg, die toen haar naam wijzigde in N Luxembourg 2 en naderhand is geliquideerd, waarbij onder meer de vordering in dit geding is overgegaan op N Luxembourg 1, dat het geding voortzet in de plaats van N Danmark 1.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke

belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (hierna: „richtlijn interest en royalty's”), alsook van artikel 43 EG juncto artikel 48 EG inzake het recht van vrije vestiging en van artikel 56 EG inzake het vrije verkeer van kapitaal.

Dit geding is één van vijf gedingen waarin de Østre Landsret (regionale rechter van het oosten van Denemarken) heeft besloten het Hof van Justitie prejudiciële vragen over de uitlegging van het Unierecht voor te leggen. Hoewel deze gedingen in wezen dezelfde uitleggingsvragen doen rijzen, heeft de Østre Landsret wegens de aanzienlijke verschillen in de feitelijke omstandigheden besloten in elk geding afzonderlijk het Hof prejudiciële vragen te stellen.

De verwijzing vindt plaats op grond van artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vraag

1. Dient artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49/EG aldus te worden uitgelegd dat een in een lidstaat gevestigde onderneming die onder artikel 3 van deze richtlijn valt en die onder omstandigheden als die van het hoofdgeding van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming interest ontvangt, de „uiteindelijk gerechtigde” tot deze interest is in de zin van deze richtlijn?
 - 1.1. Dient het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49/EG te worden uitgelegd in overeenstemming met het overeenkomstige begrip in artikel 11 van het modelverdrag van 1977?
 - 1.2. Indien vraag 1.1. bevestigend wordt beantwoord, dienen bij de uitlegging van dat begrip dan enkel de commentaren bij artikel 11 van het modelverdrag van 1977 (punt 8) in aanmerking te worden genomen, of kunnen daarbij ook latere commentaren in aanmerking worden genomen, waaronder de aanvullingen uit 2003 over „doorstroomvennootschappen” (punt 8.1, thans punt 10.1) en de aanvullingen uit 2014 over „contractuele en wettelijke verplichtingen” (punt 10.2)?
 - 1.3. Indien de commentaren uit 2003 bij de uitlegging in aanmerking kunnen worden genomen, is dan vereist dat er de facto middelen zijn doorgestroomd naar de personen die door de staat waar de betaler van de interest is gevestigd, worden beschouwd als de „uiteindelijk gerechtigden” tot de desbetreffende interest, om een onderneming niet als de „uiteindelijk gerechtigde” in de zin van richtlijn 2003/49/EG aan te merken, en – zo ja – is dan tevens vereist dat deze feitelijke doorstroming van middelen kort na de interestbetaling en/of bij wijze van interestbetaling plaatsvindt?

- 1.3.1. In hoeverre is het in dit verband van belang of er eigen vermogen voor de lening is gebruikt, of de desbetreffende interest aan de hoofdsom wordt toegevoegd („wordt opgerold”), of de ontvanger van de interest vervolgens aan zijn in dezelfde staat gevestigde moedermaatschappij een groepsbijdrage heeft betaald om een fiscale consolidatie tot stand te brengen overeenkomstig de in de betrokken staat ter zake geldende regels, of de desbetreffende interest vervolgens is omgezet in eigen vermogen van de kredietnemer, of op de ontvanger van de interest een contractuele of wettelijke verplichting rustte om de interest door te betalen aan een andere persoon, en of het merendeel van de personen die door de staat waar de betaler van de interest is gevestigd, als de „uiteindelijk gerechtigden” tot de interest worden aangemerkt, in andere lidstaten zijn gevestigd dan wel in derde staten waarmee Denemarken een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten, zodat er volgens de Deense belastingwetgeving geen grondslag zou hebben bestaan om bronbelasting te heffen indien die personen kredietgever waren geweest en aldus de interest rechtstreeks hadden ontvangen?
- 1.4. In hoeverre is het voor de beoordeling of de ontvanger van de interest dient te worden aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigde” in de zin van de richtlijn, van belang dat de verwijzende rechter na de beoordeling van de feiten van het geding tot de bevinding komt dat deze ontvanger weliswaar geen contractuele of wettelijke verplichting had om de ontvangen interest door te betalen aan een andere persoon, maar „in wezen” niet het recht had op het „gebruik en genot” van de interest, zoals bedoeld in de commentaren uit 2014 bij het modelverdrag van 1977?
2. Is de mogelijkheid voor een lidstaat om zich te beroepen op artikel 5, lid 1, van de richtlijn, dat betrekking heeft op de toepassing van nationale voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken, of op artikel 5, lid 2, van de richtlijn, onderworpen aan de voorwaarde dat de betrokken lidstaat een specifiek nationaal voorschrift ter uitvoering van artikel 5 van de richtlijn heeft vastgesteld dan wel dat het nationale recht algemene voorschriften of beginselen over fraude, misbruiken en belastingontduiking bevat die in overeenstemming met artikel 5 kunnen worden uitgelegd?
- 2.1. Voor zover de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord, kan § 2, lid [1], onder d), van de selskabsskattelov (wet op de vennootschapsbelasting), volgens welke de beperkte belastingplicht ter zake van rente-inkomsten zich niet uitstrekt tot „interest indien van de heffing van belasting daarover dient te worden afgezien [...] op grond

van richtlijn 2003/49/EG betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten”, dan te worden aangemerkt als een specifiek nationaal voorschrift in de zin van artikel 5 van de richtlijn?

3. Is een bepaling van een tussen twee lidstaten gesloten en overeenkomstig het modelverdrag van de OESO opgesteld dubbelbelastingverdrag, volgens welke de heffing van belasting over interest afhangt van de vraag of de ontvanger van de interest wordt aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde tot deze interest, een verdragsrechtelijk voorschrift ter bestrijding van misbruiken dat onder artikel 5 van de richtlijn valt?
4. Is er sprake van misbruik enzovoort in de zin van richtlijn 2003/49/EG indien er in de lidstaat waar de betaler van de interest is gevestigd, een fiscale aftrek voor interest bestaat, terwijl interest niet wordt belast in de lidstaat waar de ontvanger van de interest is gevestigd?
5. Is een lidstaat die niet erkent dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming de „uiteindelijk gerechtigde” tot de interest is, en die stelt dat deze onderneming een zogenaamde kunstmatige doorstroomvennootschap is, krachtens richtlijn 2003/49/EG of artikel 10 EG verplicht mee te delen wie hij in dit geval beschouwt als de uiteindelijk gerechtigde?
6. Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 2003/49/EG te zijn vrijgesteld van bronbelasting over interest die zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van de desbetreffende rente beperkt belastingplichtig te zijn, staat artikel 43 EG juncto artikel 48 EG dan in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de inhoudingsplichtige (de dochteronderneming) bij niet-tijdige betaling van verschuldigde bronbelasting verplicht tot betaling van moratoire interest tegen een rentevoet die hoger is dan de rentevoet die de betrokken lidstaat hanteert wanneer hij aan een in dezelfde lidstaat gevestigde onderneming moratoire interest in rekening brengt over verschuldigde vennootschapsbelasting (die zich onder meer uitstrekt tot rente-inkomsten)?
7. Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 2003/49/EG te zijn vrijgesteld van bronbelasting over interest die zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van de desbetreffende rente beperkt belastingplichtig te zijn, staan

de artikelen 43 EG en 48 EG (dan wel artikel 56 EG) dan op zichzelf of gezamenlijk beschouwd in de weg aan een wettelijke regeling

- a) op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de betaler van de interest verplicht tot inhouding van bronbelasting op de interest en hem jegens de overheid aansprakelijk stelt voor de niet-ingehouden bronbelasting, wanneer een dergelijke inhoudingsplicht niet geldt als de ontvanger van de interest in laatstgenoemde lidstaat gevestigd is?
- b) op grond waarvan een moedermaatschappij in laatstgenoemde lidstaat tijdens de eerste twee belastingjaren niet onderworpen zou zijn aan de verplichting om voorheffing op de vennootschapsbelasting te betalen, maar pas vennootschapsbelasting zou moeten betalen op een beduidend later tijdstip dan dat waarop de bronbelasting opeisbaar wordt?

Het Hof wordt verzocht bij de beantwoording van de zevende vraag rekening te houden met het antwoord op de zesde vraag.

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

- 1 Richtlijn rente en royalty's (overwegingen 1-6; artikel 1, leden 1, 4 en 7); artikelen 43 EG, 48 EG en 56 EG.

Aangevoerde bepalingen van internationaal recht

- 2 Artikel 11, lid 1, van het Deens-Luxemburgse dubbelbelastingverdrag van 17 november 1980 bevat de volgende bepaling over de verdeling van het recht om belasting te heffen over interest:

„1. Interest die in een verdragsluitende staat is ontstaan en die wordt betaald aan een in een andere verdragsluitende staat gevestigde persoon, kan in laatstgenoemde staat enkel worden belast indien deze persoon ‚de uiteindelijk gerechtigde‘ tot de interest is.”

Hieruit volgt dat de bronstaat, in casu Denemarken, geen belasting kan heffen over interest die wordt betaald aan een in Luxemburg gevestigde persoon, indien deze de „uiteindelijk gerechtigde” tot de interest is. Het begrip „uiteindelijk gerechtigde” is in het verdrag niet gedefinieerd.

Het verdrag bevat een bepaling die overeenstemt met artikel 3, lid 2, van het modelverdrag van de OESO van 1977.

- 3 Modelverdrag van de OESO (artikel 3, lid 2, en artikel 11, leden 1 en 2)

- 4 Commentaren van de OESO bij het modelverdrag van 1977, zoals herzien in 2003 (punt 8) en 2014 (punten 9-11)

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

- 5 Lovbekendtgørelse nr. 1037 af 24. august 2007 (geconcolideerde wet nr. 1037 van 24 augustus 2007), [Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (geconsolideerde tekst van de wet betreffende de heffing van belasting over de inkomsten van naamloze vennootschappen en dergelijke); hierna: „**wet op de vennootschapsbelasting**”], met name § 2, lid 1, onder d), waarbij de regels worden vastgesteld voor de beperkte belastingplicht van buitenlandse ondernemingen ter zake van door Deense ondernemingen bijgeschreven of betaalde interest.
- 6 Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. november 2005 (geconsolideerde wet nr. 1086 van 14 november 2005; hierna: „**wet op de bronbelasting**”):
- Wanneer er krachtens § 2, lid 1, onder d), van de wet op de vennootschapsbelasting een beperkte belastingplicht ter zake van rente-inkomsten uit Denemarken bestaat, rust er krachtens § 65 D van de wet op de bronbelasting op de Deense betaler van de interest een verplichting om bronbelasting in te houden (hierna: „interestbelasting”). Het tarief bedroeg 30 % voor de belastingjaren 2006 en 2007, en 25 % voor het belastingjaar 2008.
 - De regels met betrekking tot het tijdstip waarop interestbelasting opeisbaar wordt; § 66 B, lid 1, tweede volzin.
 - Bij niet-tijdige betaling van ingehouden bronbelasting (in geval van beperkte belastingplicht) wordt er interest geheven over de verschuldigde belasting; § 66 B van de wet op de bronbelasting. De verplichting om moratoire interest te betalen rust op de inhoudingsplichtige.
- 7 Tijdens de periode 2006-2008 bestond er geen algemene wettelijke regel over de bestrijding van misbruiken. In de rechtspraak is evenwel het zogenaamde „realiteitsbeginsel” ontwikkeld, volgens hetwelk belasting dient te worden geheven op basis van een concrete beoordeling van wat er feitelijk is gebeurd. Dat wil onder meer zeggen dat onder bepaalde omstandigheden fictieve en kunstmatige fiscale transacties terzijde kunnen worden geschoven, zodat de belasting niet op basis van die transacties wordt geheven maar op basis van de tegenovergestelde realiteit („substance over form”). Partijen zijn het erover eens dat er op grond van het realiteitsbeginsel geen reden is om geen rekening te houden met de in deze zaak verrichte transacties.

- 8 Voorts is in de Deense rechtspraak het zogenaamde beginsel van de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” ontwikkeld. Dit beginsel is gebaseerd op de fundamentele bepaling inzake inkomstenbelasting in § 4 van de Deense wet op de nationale inkomensbelasting, en houdt in dat de belastingdienst niet verplicht is om een kunstmatig onderscheid te aanvaarden tussen de inkomsten genererende onderneming of activiteit en de onderbrenging van de daaruit voortvloeiende inkomsten. Het beginsel komt er dus op neer dat wordt vastgesteld wie – ongeacht de formele verschijningsvorm – de werkelijke ontvanger van bepaalde inkomsten is en dientengevolge over deze inkomsten belasting verschuldigd is. De vraag is met andere woorden aan wie de inkomsten in fiscaal opzicht moeten worden toegerekend. De „werkelijke ontvanger van de inkomsten” is dus de persoon die over de desbetreffende inkomsten belasting verschuldigd is.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 9 Een aantal kapitaalfondsen richtte met het oog op de overname van T Danmark in 2005 een concern op dat bestond uit een aantal in Luxemburg en Denemarken gevestigde ondernemingen. T Danmark is een grote Deense leverancier van bepaalde diensten.
- 10 De groep werd in eerste instantie tot stand gebracht door een aantal kapitaalfondsen die vijf ondernemingen in Luxemburg oprichtten: A Luxembourg 5, die in Luxemburg is gevestigd, werd opgericht in de zomer van 2005. A Luxembourg 1, A Luxembourg 2, A Luxembourg 3 en A Luxembourg 4, die eveneens alle in Luxemburg zijn gevestigd, werden opgericht in de herfst van 2005. Vervolgens werden N Danmark 1, N Danmark 2, N Danmark 3 en N Danmark 4 opgericht (N Danmark 5 was eerder opgericht).
- 11 De overname van T Danmark werd onder meer gefinancierd door leningen die door de kapitaalfondsen en dergelijke aan N Danmark 1 werden verstrekt. De leningen bestaan in een bepaalde soort bedrijfsobligaties, Preferred Equity Certificates (PEC's genoemd), die door N Danmark 1 zijn uitgegeven. In het algemeen zijn PEC's een financieel instrument dat lijkt op een rentedragende bedrijfsobligatie. Degenen die PEC's kopen, worden daardoor daadwerkelijk geldschietter van de emittent van de PEC's. De betaalde interest wordt in bepaalde landen door de belastingdienst beschouwd als dividend voor de houder van de PEC's (de geldschietter).
- 12 De PEC's zijn vervolgens in april 2006 door de kapitaalfondsen en dergelijke overgedragen aan een nieuw opgerichte dochteronderneming in Luxemburg (A Luxembourg Holding). Deze dochteronderneming droeg onmiddellijk op haar beurt het krediet over aan een andere nieuw opgerichte dochteronderneming (V Luxembourg, de moedermaatschappij van N Danmark 1), die hierna de schuldeiser uit hoofde van de uitgegeven PEC's was.

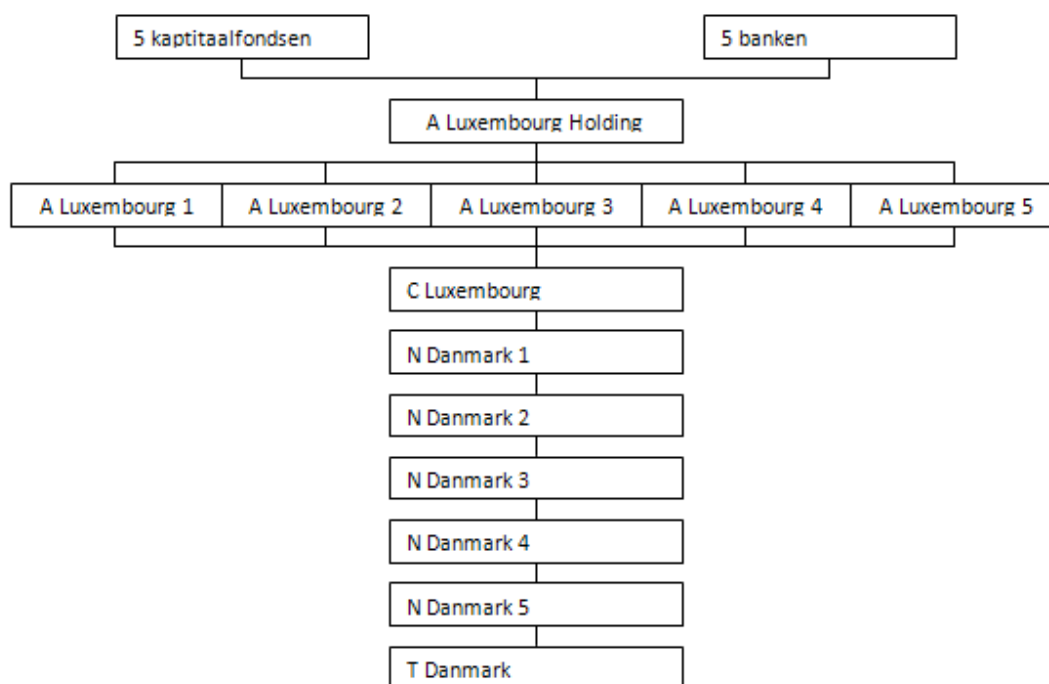
- 13 De overdracht van de PEC's is betaald doordat schulden zijn aangegaan voor een overeenkomstig bedrag. De interest op de PEC's is door N Danmark 1 via de in Luxemburg gevestigde ondernemingen betaald aan of overgeboekt naar de kapitaalfondsen en dergelijke.
- 14 Geen van de kapitaalfondsen is een onderneming met zetel in een land van de Europese Unie of in een ander land waarmee Denemarken een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten. N Luxembourg 1 heeft meegedeeld dat de uiteindelijke investeerders achter de kapitaalfondsen voor het overgrote deel gevestigd zijn in nader aangeduide landen waarmee Denemarken dubbelbelastingverdragen heeft gesloten. Het Skatteministerium (ministerie van Belastingen) spreekt deze verklaring tegen omdat zij niet gestaafd is. Deze informatie wordt dus betwist.
- 15 De interest op de PEC's is betaald/bijgeschreven in de periode die zich uitstrekt van de uitgifte ervan op 21 december 2005 tot de zomer van 2008, toen er een schuldomezetting plaatsvond met betrekking tot de door N Danmark 1 uitgegeven PEC's, daaronder begrepen bijgeschreven interest.

Koop van aandelen van T Danmark

- 16 Eind november 2005 verwierf N Danmark 5 iets meer dan 10 % van het aandelenkapitaal van T Danmark voor een bedrag tussen 7 en 8 miljoen DKK (ongeveer 1 [miljoen] EUR). Tegelijkertijd bracht N Danmark 5 een openbaar bod uit op het resterende aandelenkapitaal van T Danmark.
- 17 In een beursmededeling werd bekendgemaakt dat N Danmark 5 verkoopbeloften voor meer dan 70 % van het aandelenkapitaal van T Danmark had gekregen en dienovereenkomstig dus meer dan 80 % van het aandelenkapitaal van T Danmark bezat.
- 18 De verwerving van het aandelenkapitaal werd gedeeltelijk gefinancierd door de opnemings van leningen bij derden en gedeeltelijk door kapitaalsverhogingen, die werden doorgevoerd door de Deense hoofdmaatschappij, N Danmark 1, en de lager geplaatste ondernemingen van de Deense tak van het concern. De middelen voor deze kapitaalsverhogingen waren met name afkomstig van de kapitaalfondsen.
- 19 Het kapitaal werd aan N Danmark 1 verstrekt op twee manieren. In de eerste plaats voorzagen de vijf ondernemingen in Luxemburg de onderneming van vers kapitaal. In de tweede plaats ging de onderneming onder meer bij de kapitaalfondsen leningen aan voor de overname van T Danmark. N Danmark 1 gaf dus tweemaal PEC's uit.

Verhouding tussen C Luxembourg en A Luxembourg Holding

- 20 C Luxembourg, dat in Luxemburg is gevestigd, werd in april 2006 opgericht door de eerder opgerichte vijf ondernemingen in Luxemburg (A Luxembourg 1, A Luxembourg 2, A Luxembourg 3, A Luxembourg 4 en A Luxembourg 5).
- 21 A Luxembourg Holding, die eveneens in Luxemburg is gevestigd, werd de dag daarna opgericht door onder meer een aantal ondernemingen die met name gelieerd waren met de vijf kapitaalfondsen. Het is niet bekend waar de oprichtende ondernemingen waren gevestigd.
- 22 Zowel C Luxembourg als A Luxembourg Holding is in Luxemburg onbeperkt belastingplichtig. Uit een brief die in 2008 door de belastingdienst in Luxemburg is gericht aan de Deense belastingdienst, blijkt onder meer het volgende:
- „[...] In response to your information requested dated February 27th 2008, your reference [...], regarding the Luxembourg companies [A Luxembourg Holding], [A Luxembourg 1, A Luxembourg 2, A Luxembourg 3 og A Luxembourg 4 C Luxembourg and A Luxembourg 5], I am honoured to inform you:
- [...] The above mentioned companies are not covered by the law of 15 June 2004 or by any other law granting a special fiscal status. The companies are fully liable to the corporation tax (l'impôt sur le revenu des collectivités), the capital tax (l'impôt sur la fortune), the communal trade tax (l'impôt commercial communal) [...]"
- 23 De vijf ondernemingen – A Luxembourg 1, A Luxembourg 2, A Luxembourg 3, A Luxembourg 4 en A Luxembourg 5 – waren eigenaar van C Luxembourg vanaf de oprichting van deze onderneming in de lente van 2006 tot eind 2007, toen de vijf ondernemingen geliquideerd werden, zodat A Luxembourg Holding vanaf dan eigenaar was van C Luxembourg.



- 24 In de lente van 2006 vond er een aandelenruil plaats waarbij alle aandelen in N Danmark werden overgedragen aan C Luxembourg, dat vanaf dan de moedermaatschappij was van de Deense onderneming (dat wil zeggen van N Luxembourg 1). De vijf ondernemingen in Luxemburg kregen alle aandelen in C Luxembourg. De aandelen in de vijf ondernemingen in Luxemburg werden overgedragen aan A Luxembourg Holding.
- 25 C Luxembourg had vanaf 27 april 2006 bij A Luxembourg Holding een schuld uitstaan voor hetzelfde bedrag als N Danmark 1 verschuldigd was aan C Luxembourg. Evenzo had A Luxembourg Holding bij de kapitaalfondsen en dergelijke een schuld uitstaan voor hetzelfde bedrag als C Luxembourg verschuldigd was aan A Luxembourg Holding. C Luxembourg en A Luxembourg Holding zijn in Luxemburg onbeperkt belastingplichtig.

Fysieke aanwezigheid in Luxemburg

- 26 Tijdens de jaren 2006, 2007 en 2008 had C Luxembourg exploitatie-uitgaven (rente-uitgaven niet inbegrepen) ten belope van respectievelijk 220 000, 140 000 en 700 000 EUR, terwijl A Luxembourg Holding exploitatie-uitgaven (rente-uitgaven niet inbegrepen) ten belope van respectievelijk 130 000, 290 000 en 2 140 000 EUR had. Die uitgaven werden onder meer gevormd door salarissen, huurpenningen, kantoorkosten, uitgaven voor externe adviseurs enzovoort.
- 27 C Luxembourg had in 2006 uitgaven voor „Other external charges” [(„overige externe lasten”)] ten belope van 8 701 EUR, waaronder 7 810 EUR voor salarissen. Voorts had de onderneming uitgaven voor „Other operating charges” [(„overige exploitatielasten”)] ten belope van 209 349 EUR, waaronder 3 253

EUR voor huur- en andere huisvestingskosten, 300 EUR voor telefoonkosten, 174 579 EUR voor erelonen van advocaten en 15 000 EUR voor boekhouding en accountancy.

- 28 A Luxembourg Holding had in 2006 uitgaven voor „Other external charges” [(„overige externe lasten”)] ten belope van 3 337 EUR, waaronder 2 996 EUR voor salarissen. Voorts had de onderneming uitgaven voor „Other operating charges” [(„overige exploitatielasten”)] ten belope van 127 031 EUR, waaronder 3 253 EUR voor huur- en andere huisvestingskosten, 58 250 EUR voor notariskosten, 43 170 EUR voor erelonen van advocaten en 15 000 EUR voor boekhouding en accountancy.
- 29 Zowel C Luxembourg als A Luxembourg Holding had uitgaven voor (eventuele) werknemers en voor de inrichting/huur van kantoorruimte. De ondernemingen werden niet voorzien van liquiditeiten buiten de eenmalige bedragen die zij op 6 oktober 2006 van N Danmark 1 ontvingen voor de rentebetaling en de aflossing.
- 30 Blijkens de jaarrekeningen van C Luxembourg voor 2007 en 2008 had deze onderneming in de loop van deze jaren gemiddeld twee personen deeltijds in dienst. Uit de jaarrekeningen van A Luxembourg Holding voor 2007 en 2008 blijkt dat deze onderneming in de loop van deze jaren gemiddeld één persoon deeltijds in dienst had. Nadere gegevens over de kosten van beide ondernemingen in de periode 2007-2009 zijn niet beschikbaar.
- 31 C Luxembourg had buiten de aandelen in N Danmark 1 geen andere activa dan haar vordering uit hoofde van de door dezelfde onderneming uitgegeven PEC's.
- 32 De zetel van C Luxembourg en A Luxembourg Holding bevindt zich op hetzelfde adres. Dit adres wordt ook gebruikt door ondernemingen die rechtstreeks gelieerd zijn met een van de kapitaalfondsen.
- 33 In 2011 stelde SKAT (hierna: „Deense belastingdienst”) een besluit vast waarbij N Danmark 1 voor de belastingjaren 2006-2008 interestbelasting werd opgelegd ten belope van in totaal 925 764 961 DKK. De Deense belastingdienst was van mening dat de twee Luxemburgse ondernemingen niet de „uiteindelijk gerechtigden” tot de interest waren, maar enkel fungeerden als zuivere doorstroomvennootschappen, en dat de interest van de Deense tak van het concern via de twee Luxemburgse ondernemingen naar de kapitaalfondsen vloeide. Daarom achtte hij N Luxembourg 1 inhoudingsplichtig ter zake van de betaalde en bijgeschreven interest alsook aansprakelijk voor de betaling van de niet-gehouden bronbelasting. N Luxembourg 1 legde het besluit van de Deense belastingdienst voor aan de Landsskatteret (administratieve beroepsinstantie in belastingzaken). Aangezien de Landsskatteret geen beslissing had gegeven binnen de zes maanden nadat de zaak aan deze instantie was voorgelegd, stelde N Luxembourg 1 rechtstreeks bij de Østre Landsret beroep in tegen het besluit van de Deense belastingdienst.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

De argumenten van partijen hebben betrekking op twee hoofdvragen, namelijk ten eerste de vraag wie de uiteindelijk gerechtigde is, en ten tweede de vraag of de Deense regels inzake (de inhouding van en de aansprakelijkheid voor de betaling van) bronbelasting in strijd zijn met het recht van vrije vestiging en/of het vrije verkeer van kapitaal, voor zover zou worden vastgesteld dat C Luxembourg niet de „uiteindelijk gerechtigde” is, maar wel de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” volgens het Deense recht.

– Ad 1) „Uiteindelijk gerechtigde”

34 ***Betoog van N Luxembourg 1***

35 N Luxembourg 1 heeft primair aangevoerd dat C Luxembourg „de uiteindelijk gerechtigde” in de zin van de richtlijn interest en royalty’s is.

36 Uit een letterlijke uitlegging van deze richtlijn vloeit voort dat een onderneming in een lidstaat wordt geacht „de uiteindelijk gerechtigde” tot interest te zijn wanneer zij deze interest te eigen gunste ontvangt, en niet als bemiddelende instantie, bijvoorbeeld als tussenpersoon (zie artikel 1, lid 1, juncto lid 4, van de richtlijn interest en royalty’s).

37 Volgens fundamentele vennootschapsrechtelijke regels, die zowel in het Deense als in het Luxemburgse recht gelden, is een dochteronderneming een zelfstandig rechtssubject dat zelf bindende overeenkomsten kan sluiten. Er zijn dan ook specifieke overeenkomsten vereist om te kunnen aannemen dat een dochteronderneming enkel handelt als bemiddelende instantie.

38 De tussen C Luxembourg en N Luxembourg 1 gesloten leenovereenkomst was zowel naar Deens als naar Luxemburgs recht rechtsgeldig, en C Luxembourg had als eigenaar van de vordering uit deze overeenkomst alle bevoegdheden die aan een eigenaar toekomen, waaronder het onbeperkte recht om de vordering te vervreemden of te verpanden.

39 C Luxembourg droeg tevens het volle risico voor het geval dat N Luxembourg 1 de hoofdsom, vermeerderd met de interest, niet kon terugbetalen. Civielrechtelijk gesproken heeft C Luxembourg zelf de interest ontvangen en dus niet als bemiddelende instantie voor een andere onderneming. Zij heeft de interest bijgevolg ook ontvangen te eigen gunste in de zin van de richtlijn interest en royalty’s.

40 N Luxembourg 1 heeft voorts aangevoerd dat de handelwijze van het Skatteministerium, dat enerzijds stelt dat C Luxembourg de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” is en diensgevolge naar Deens recht beperkt belastingplichtig is, maar anderzijds laatstgenoemde onderneming de rechten ontzegt die de „uiteindelijk gerechtigde” krachtens de richtlijn bezit, in strijd is met de

doelstellingen van de richtlijn, met name het voorkomen van dubbele belasting door een verbod op de heffing van belasting in het bronland. Het betoog van het Skatteministerium is bovendien in strijd met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat van oordeel is dat uitzonderingsbepalingen die ertoe strekken de werkingssfeer van een richtlijn te beperken, strikt moet worden uitgelegd.

- 41 N Luxembourg 1 betwist dat er in casu sprake is van fraude of misbruik. Indien bewezen kan worden dat er in een bepaalde situatie sprake is van fraude of misbruik, kan deze situatie daarenboven overeenkomstig artikel 5 van de richtlijn enkel van de werkingssfeer daarvan worden uitgesloten als daarvoor een nationale (Deense) rechtsgrond bestaat. Een dergelijke rechtsgrond ontbreekt in het Deense recht.
- 42 Het **Skatteministerium** heeft primair aangevoerd dat er op N Luxembourg 1 ter zake van interestbelasting een inhoudingsplicht rust (zie § 65 D van de wet op de bronbelasting), aangezien er in Denemarken voor de desbetreffende interest een beperkte belastingplicht geldt op grond van § 2, lid 1, onder d), van de wet op de vennootschapsbelasting.
- 43 Het Skatteministerium heeft in dit verband betoogd dat zowel C Luxembourg als A Luxembourg Holding een doorstroomvennootschap is die niet kan worden aangemerkt als „de uiteindelijk gerechtigde” („beneficial owner”) van de interest als bedoeld in de richtlijn interest en royalty’s. Bijgevolg biedt deze richtlijn niet de mogelijkheid om van de belasting af te zien of het bedrag ervan te verminderen.
- 44 Uit artikel 1, lid 1, van de richtlijn vloeit uitdrukkelijk voort dat het bij de richtlijn opgelegde verbod op de inhouding van bronbelasting uitsluitend toepassing vindt indien „een onderneming van een andere lidstaat [...] de uiteindelijk gerechtigde tot de interest of de royalty’s is”.
- 45 Het begrip „de uiteindelijk gerechtigde” („beneficial owner”) wordt in het OESO-modelverdrag en in de commentaren bij dit verdrag gebruikt sinds de herziening ervan in 1977. De aantekeningen in de commentaren over het begrip „beneficial owner” zijn geleidelijk aan nader uitgewerkt. Er is evenwel geen reden om te stellen dat de inhoud van dit begrip daardoor zou zijn veranderd.
- 46 Het Skatteministerium heeft voorts aangevoerd dat het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in de richtlijn interest en royalty’s moet worden uitgelegd in overeenstemming met het gelijkkluidende begrip in het Deens-Luxemburgse dubbelbelastingverdrag, dat is opgesteld overeenkomstig het OESO-modelverdrag.
- 47 De Luxemburgse ondernemingen hebben feitelijk gefungeerd als doorstroomvennootschappen. De desbetreffende bedragen zijn de facto door deze ondernemingen gestroomd via bijschrijvingen/betalingen van interest op in wezen

identieke leningen. Deze verrichtingen volgden een ononderbroken keten van N Luxembourg 1 tot de kapitaalfondsen achter A Luxembourg Holding.

- 48 Oorspronkelijk bestond er een rechtstreekse lening tussen N Luxembourg 1 en de kapitaalfondsen. N Luxembourg 1 heeft niet aangetoond dat de constructie waarbij de twee Luxemburgse ondernemingen tussen N Luxembourg 1 en de kapitaalfondsen werden geplaatst, was ingegeven door economische overwegingen. De plaatsing van de twee Luxemburgse ondernemingen boven de Deense tak van het concern had enkel tot doel belastingen te ontwijken. De constructie moest het mogelijk maken interest af te trekken, zonder te leiden tot de heffing van bronbelasting, en de interest werd uiteindelijk doorgeleid naar de kapitaalfondsen zonder te zijn belast, aangezien de rente-inkomsten in de afzonderlijke schakels van de ketting werden geneutraliseerd door overeenkomstige rente-uitgaven.
- 49 De onderneming is er niet in geslaagd aannemelijk te maken of met documenten te staven dat met de herstructurering een commercieel doel werd nagestreefd. Voor de beslechting van het geding mag ervan worden uitgegaan dat het enige doel van de constructie het ontwijken van belastingen was. Zij moest het mogelijk maken interest af te trekken, zonder te leiden tot de heffing van bronbelasting. Alles bij elkaar genomen werd voor de opgezette constructie geen enkel economisch argument aangevoerd.
- 50 Het is niet van belang dat niet kan worden aangetoond dat er op de Luxemburgse ondernemingen een formele juridische verplichting rustte om de van N Luxembourg 1 ontvangen interestbedragen door te betalen aan de achterliggende kapitaalfondsen. Beslissend is dat de interest feitelijk werd doorgesluisd. Een formele juridische verplichting daartoe was overbodig, omdat er sprake was van ondernemingen binnen hetzelfde concern en omdat de ontvangen interest voor de Luxemburgse ondernemingen de enige bron van inkomsten vormde. Zonder de ontvangen interest hadden deze ondernemingen de door hen verschuldigde interest niet kunnen betalen.
- 51 Het is evenmin van belang dat de interest niet daadwerkelijk werd betaald, aangezien de bijschrijvingen alleen inhielden dat de ondernemingen onmiddellijk – en zonder dat hun liquiditeitspositie werd bezwaard – hun voordeel konden doen met de fiscale aftrek die door de constructie mogelijk werd gemaakt, zodat het geld later – zonder nog te worden belast – door de constructie kon stromen.
- 52 Voorts biedt artikel 5 van de richtlijn de lidstaten de mogelijkheid om belastingbetalers de voordelen van de richtlijn te ontzeggen in situaties waarin er sprake is van fraude en misbruiken.
- 53 Ten slotte vloeit ook uit het algemene Unierechtelijke misbruikbegrip voort dat aan het Unierecht ontleende rechten niet kunnen worden gebruikt ter rechtvaardiging van louter kunstmatige constructies waarvan het hoofddoel erin

bestaat een ongepast belastingvoordeel te behalen. Het is juist een dergelijke constructie die de achterliggende kapitaalfondsen in dit geding hebben opgezet.

– Ad 2) Artikel 43 EG juncto artikel 48 EG, en artikel 56 EG

- 54 **N Luxembourg 1**: Mocht het Hof, tegen de verwachting in, oordelen dat een onderneming als C Luxembourg niet de „uiteindelijk gerechtigde” is in de zin van de richtlijn interest en royalty’s, moet C Luxembourg volgens het Skatteministerium worden geacht naar Deens recht de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” te zijn en dus ter zake van de interest beperkt belastingplichtig te zijn.
- 55 N Luxembourg 1 heeft aangevoerd dat de Deense regels inzake (de inhouding van en de aansprakelijkheid voor de betaling van) bronbelasting in dat geval in strijd zijn met het Unierechtelijke recht van vrije vestiging (of van vrij kapitaalverkeer), en wel om de volgende vijf redenen, zowel op zichzelf als – a fortiori – in hun geheel beschouwd:
1. Ten eerste wordt de bronbelasting eerder opeisbaar dan de vergelijkbare vennootschapsbelasting.
 2. Ten tweede is de moratoire interest op de bronbelasting aanzienlijk hoger dan die op de vennootschapsbelasting.
 3. Ten derde dient de kredietnemer de bronbelasting in te houden.
 4. Ten vierde is de kredietnemer jegens de overheid aansprakelijk voor de niet-ingehouden bronbelasting.
 5. Ten vijfde wordt opgemerkt dat het tarief van de bronbelasting hoger was dan het algemene tarief van de vennootschapsbelasting, maar dat het Skatteministerium naar aanleiding van de uitwerking van de verwijzingsbeslissing heeft erkend dat een belastingtarief voor buitenlandse ondernemingen dat hoger is dan het belastingtarief voor rente-inkomsten van Deense ondernemingen – in omstandigheden als die van het hoofdgeding – een met het Verdrag strijdig verschil in behandeling oplevert.
- 56 Het **Skatteministerium** heeft aangevoerd dat de Deense regels inzake bronbelasting, waaronder de regels inzake de aansprakelijkheid voor de betaling van niet-ingehouden bronbelasting, niet in strijd zijn met het recht van vrije vestiging in de zin van artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU) en/of met het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 56 EG (thans artikel 63 VWEU). De vennootschapsbelasting en de bronbelasting zijn fundamenteel verschillend en het heeft dan ook geen zin betalingstijdstippen, moratoire interestvoeten, de inhoudingsplicht of de regeling van de aansprakelijkheid te vergelijken.

- 57 Het Hof heeft in het arrest *Truck Center*, C-282/07, EU:C:2008:762, erkend dat een regeling die voorziet in „de inhouding van een bronbelasting op de rente die door een vennootschap met zetel in [een lidstaat] wordt betaald aan een vennootschap met zetel in een andere lidstaat, terwijl een vrijstelling van deze inhouding geldt voor de rente die wordt betaald aan een in eerstgenoemde lidstaat gevestigde vennootschap waarvan de inkomsten in deze lidstaat worden belast uit hoofde van de vennootschapsbelasting”, niet in strijd is met artikel 43 EG juncto artikel 48 EG.
- 58 De omstandigheid dat bronbelasting wordt ingehouden op interest die wordt betaald aan een niet in de betrokken lidstaat gevestigde onderneming die niet de „uiteindelijk gerechtigde” tot deze interest is, aangezien deze interest doorstroomt naar een in een belastingparadijs gevestigde onderneming, vormt geen beperking van het vrije verkeer, alleen al omdat er geen sprake is van een fiscaal verschillende behandeling van vergelijkbare situaties. Het is ook juist omdat de bepalingen van het Verdrag op zichzelf niet in de weg staan aan een dergelijke bronbelasting, dat er specifieke regels daarover zijn opgenomen in de richtlijn interest en royalty's.
- 59 Aangaande de stelling van *N Luxembourg 1* dat er sprake is van een verschil in behandeling omdat „de moratoire interest op de bronbelasting aanzienlijk hoger [is] dan die op de vennootschapsbelasting”, moet met name worden opgemerkt dat deze stelling berust op een onjuiste premisse. Zo is er geen sprake van een verschil in behandeling tussen in eigen land en elders gevestigde ondernemingen. De stelling van *N Luxembourg 1* is gebaseerd op de onjuiste veronderstelling dat de verplichting om moratoire interest te betalen rust op de (in een andere lidstaat gevestigde) onderneming die de interest ontvangt. De verplichting om moratoire interest te betalen rust evenwel op de Deense onderneming die niet heeft voldaan aan haar verplichting om de bronbelasting in te houden. Het tarief van de door een inhoudingsplichtige onderneming verschuldigde moratoire interest is voorts hetzelfde ongeacht de soort bronbelasting waarvan sprake is. De moratoire interestvoet is dus dezelfde, ongeacht of zij verschuldigd is wegens de niet-tijdige betaling door de inhoudingsplichtige van bronbelasting op winst dan wel op interest, royalty's of inkomsten uit loon, en ongeacht of een in Denemarken dan wel een in een andere lidstaat gevestigde onderneming het bedrag ontvangt waarop belasting moet worden ingehouden.
- 60 Mocht het Hof oordelen dat de Deense regeling een beperking vormt, dan is deze hoe dan ook gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, te weten de voorkoming van belastingfraude en een doeltreffend beheer van het belastingstelsel.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 61 Aangezien de uitkomst van het geding afhangt van de uitlegging van richtlijn 2003/49/EG en van het EG-Verdrag, acht de Østre Landsret het noodzakelijk prejudiciële vragen te stellen aan het Hof.