



Datum van inontvangstneming : 18/07/2016

Zaak C-116/16

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:

Het Skatteministerium

Verwerende partij:

T Danmark

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Dit geding draait om de vraag of de dividenden die de in Denemarken gevestigde onderneming T Danmark in 2011 heeft uitgekeerd aan de in Luxemburg gevestigde onderneming N Luxembourg 2, op grond van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (hierna: „moeder-dochterrichtlijn”) van bronbelasting zijn vrijgesteld.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Uitlegging van de moeder-dochterrichtlijn en van artikel 49 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 54 VWEU inzake het vrije verkeer en artikel 63 VWEU inzake het vrije kapitaalverkeer.

Het geding maakt deel uit van een reeks gedingen over het begrip „uiteindelijk gerechtigde”, dat voorkomt in de meeste door Denemarken gesloten

dubbelbelastingverdragen inzake dividenden, interest en royalty's, en tevens is terug te vinden in 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.

Dit geding is één van vijf gedingen waarin de Østre Landsret 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 prejudiciële vragen aan het Hof te stellen.

De verwijzing vindt plaats op grond van artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vragen

1. Is de mogelijkheid voor een lidstaat om zich te beroepen op artikel 1, lid 2, van de richtlijn, dat betrekking heeft op de toepassing van nationale voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken, onderworpen aan de voorwaarde dat de betrokken lidstaat een specifiek nationaal voorschrift ter uitvoering van artikel 1, lid 2, van de richtlijn heeft vastgesteld dan wel dat het nationale recht algemene voorschriften of beginselen over fraude en misbruiken bevat die in overeenstemming met artikel 1, lid 2, kunnen worden uitgelegd?
 - 1.1. Voor zover de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, kan § 2, lid 1, onder c), van de selskabsskattelov (wet op de vennootschapsbelasting), volgens welke „als voorwaarde geldt dat [...] krachtens de bepalingen van richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten van heffing van belasting over de dividenden wordt afgezien”, dan te worden aangemerkt als een specifiek nationaal voorschrift in de zin van artikel 1, lid 2, van de richtlijn?
2. 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 dividenduitkeringen afhangt van de vraag of de ontvanger van de dividenden wordt aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde tot deze dividenden, een verdragsrechtelijk voorschrift ter bestrijding van misbruiken dat onder artikel 1, lid 2, van de richtlijn valt?
3. Indien de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord, staat het dan aan de nationale rechterlijke instanties om de inhoud van het begrip „uiteindelijk gerechtigde” vast te leggen, of dient dit begrip onder toepassing van richtlijn

- 90/435/EEG aldus te worden opgevat dat het specifiek overeenkomstig het Unierecht dient te worden uitgelegd en dat deze uitlegging aan het toezicht van het Hof van Justitie van de Europese Unie is onderworpen?
4. Indien de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord en de derde vraag aldus wordt beantwoord dat het niet aan de nationale rechterlijke instanties staat om de inhoud van het begrip „uiteindelijk gerechtigde” vast te leggen, dient dit begrip dan aldus te worden uitgelegd dat een in een lidstaat gevestigde onderneming die in omstandigheden als die van het onderhavige geding dividenden ontvangt van een dochteronderneming in een andere lidstaat, de „uiteindelijk gerechtigde” van deze dividenden is in de betekenis die hieraan volgens het Unierecht dient te worden gegeven?
- a) Dient het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in dezelfde zin te worden opgevat als het overeenkomstige begrip in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49/EG (richtlijn interest en royalty's) juncto artikel 1, lid 4, van deze richtlijn?
 - b) Dienen bij de uitlegging van dat begrip enkel de commentaren bij artikel 10 van het modelverdrag van 1977 (punt 12) in aanmerking te worden genomen, of kunnen daarbij ook latere commentaren in aanmerking worden genomen, waaronder de aanvullingen uit 2003 over „doorstroomvennootschappen” en de aanvullingen uit 2014 over „contractuele en wettelijke verplichtingen”?
 - c) In hoeverre is het voor de beoordeling van de vraag of de ontvanger van de dividenden als de „uiteindelijk gerechtigde” dient te worden beschouwd, van belang of deze ontvanger contractueel of wettelijk verplicht was om het dividend door te betalen aan een andere persoon?
 - d) In hoeverre is het voor de beoordeling of de ontvanger van het dividend dient te worden aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigde”, 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 het ontvangen dividend door te betalen aan een andere persoon, maar „in wezen” niet het recht had op het „gebruik en genot” van het dividend, zoals bedoeld in de commentaren uit 2014 bij het modelverdrag van 1977?
5. Voor zover in de onderhavige zaak wordt aangenomen dat er sprake is van „nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken” in de zin van artikel 1, lid 2, van de richtlijn, dat een in een lidstaat gevestigde onderneming (A) een dividend uitkeert aan een moedermaatschappij (B) in een andere lidstaat, die dit dividend doorsluisst aan haar moedermaatschappij (C), die buiten de EU/EER is gevestigd en op haar beurt de middelen doorsluisst naar haar moedermaatschappij (D), die

eveneens buiten de EU/EER is gevestigd, dat er geen dubbelbelastingverdrag is gesloten tussen eerstgenoemde staat en de staat waar C is gevestigd, dat er tussen eerstgenoemde staat en de staat waar D is gevestigd, een dubbelbelastingverdrag is gesloten, en dat eerstgenoemde staat dus op grond van zijn wettelijke regeling geen aanspraak had kunnen maken op bronbelasting over dividenden die door A aan D zijn uitgekeerd, indien D de rechtstreekse eigenaar van A was geweest, is er dan sprake van misbruik van de richtlijn, zodat B hier niet door wordt beschermd?

6. Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435/EEG te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, staat artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU dan in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de in de andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij belast over het dividend, wanneer de betrokken lidstaat aldaar gevestigde moedermaatschappijen in voor het overige vergelijkbare omstandigheden vrijstelt van dergelijke dividendbelasting?
7. Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435/EEG te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat 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 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU 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?
8. Indien de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord en de derde vraag aldus wordt beantwoord dat het niet aan de nationale rechterlijke instanties staat om de inhoud van het begrip „uiteindelijk gerechtigde” vast te leggen, en indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet op die basis kan worden geacht overeenkomstig richtlijn 90/435/EEG te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, is laatstgenoemde lidstaat dan krachtens richtlijn 90/435/EEG of artikel 4, lid 3, VEU verplicht om mee te delen wie zij in dat geval als de uiteindelijk gerechtigde beschouwt?

9. Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 90/435/EEG te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, staat artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU dan wel artikel 63 VWEU dan, op zichzelf of gezamenlijk beschouwd, in de weg aan een wettelijke regeling
- a) op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de dochteronderneming verplicht tot inhouding van bronbelasting op de dividenden en haar jegens de overheid aansprakelijk stelt voor de niet-ingehouden bronbelasting, wanneer een dergelijke inhoudingsplicht niet geldt als de moedermaatschappij in die lidstaat gevestigd is?
 - b) op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat moratoire interest op de verschuldigde bronbelasting berekent?

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

10. Staat artikel 63 VWEU, in omstandigheden waarin
1. een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) voldoet aan de door richtlijn 90/435/EEG gestelde voorwaarde dat zij (in 2011) ten minste 10 % van het aandelenkapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) bezat,
 2. de moedermaatschappij in concreto niet wordt geacht overeenkomstig artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435/EEG te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van deze dochteronderneming heeft ontvangen,
 3. de (directe of indirecte) aandeelhouder(s) van de moedermaatschappij, die in een derde land zijn gevestigd, worden beschouwd als de uiteindelijk gerechtigde(n) tot het betrokken dividend,
 4. deze (directe of indirecte) aandeelhouder(s) eveneens voldoen aan bovengenoemd kapitaalvereiste,

in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan de lidstaat waar de dochteronderneming is gevestigd, belasting heft over het betrokken dividend, wanneer deze lidstaat aldaar gevestigde ondernemingen die voldoen aan het kapitaalvereiste van richtlijn 90/435/EEG, dat wil zeggen in het belastingjaar 2011 ten minste 10 % bezaten van het aandelenkapitaal van de onderneming die het dividend heeft uitgekeerd, vrijstelt van een dergelijke dividendbelasting?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

- 1 Moeder-dochterrichtlijn, zoals gewijzigd bij richtlijn 2003/123/EG (artikel 1, lid 2, artikel 3, leden 1 en 2, en artikel 5); artikel 49 VWEU, 54 VWEU en 63 VWEU.

Aangevoerde bepalingen van internationaal recht

- 2 Het Deens-Luxemburgse dubbelbelastingverdrag van 17 november 1980 bepaalt in artikel 10, leden 1 en 2, het volgende met betrekking tot de verdeling van de bevoegdheid tot het heffen van belastingen over dividenden:

„1. Dividenden die door een in een verdragsluitende staat gevestigde vennootschap worden uitgekeerd aan een ingezetene van de andere verdragsluitende staat, kunnen in laatstbedoelde staat worden belast.

2. Deze dividenden kunnen echter ook, overeenkomstig de wettelijke regeling van de verdragsluitende staat waar de vennootschap die de dividenden uitkeert is gevestigd, worden belast in deze staat. Indien de ontvanger van de dividenden de ‚uiteindelijk gerechtigde’ tot de dividenden is, mag de geheven belasting evenwel niet meer bedragen dan:

- a) 5 % van het brutodividendbedrag, indien de uiteindelijk gerechtigde een vennootschap (behoudens een maatschap of een commanditaire vennootschap) is die ten minste 25 % bezit van het kapitaal van de vennootschap die de dividenden uitkeert;
- b) 15 % van het brutodividendbedrag in alle andere gevallen.”

Hieruit volgt dat de bronstaat, in casu Denemarken, dividenden die worden betaald aan een moedermaatschappij die in Luxemburg is gevestigd, slechts tegen een laag tarief kan belasten indien de moedermaatschappij de „uiteindelijk gerechtigde” tot de dividenden is. Het begrip „uiteindelijk gerechtigde” is niet gedefinieerd in het verdrag.

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 10).
- 4 Commentaren van de OESO bij het modelverdrag van 1977 (punt 12), alsook deze commentaren, zoals herzien in 2003 (punt 12) en 2014 (punt 12).

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

- 5 De heffing van belasting over dividenden van ingezeten moedermaatschappijen wordt geregeld door § 13, lid 1, punt 2, van de selskabsskattelov. Voor het belastingjaar 2011 gaat het om de versie van lovbekendtgørelse nr. 1376 af 7. december 2010 (geconsolideerde wet nr. 1376 van 7 december 2010), zoals gewijzigd:

„§ 13. De belastbare inkomsten omvatten niet:

[...]

2) Dividenden die onder meer de in § 1, lid 1, punten 1 tot en met 2 a, 2 d tot en met 2 i, 3 a tot en met 5 b, genoemde vennootschappen of verenigingen ontvangen op aandelen in vennootschappen die vallen onder § 1, lid 1, punten 1 tot en met 2 a, 2 d tot en met 2 i, 3 a tot en met 5 b, of in vennootschappen die in het buitenland zijn gevestigd. Dit geldt echter alleen voor dividenden op aandelen van dochterondernemingen en concerns in de zin van §§ 4 A en 4 B van de aktieavancebeskatningslov (wet inzake de fiscale behandeling van vermogenswinst of -verlies bij de vervreemding van aandelen). [...]"

- 6 De regels betreffende de beperkte belastingplicht van buitenlandse ondernemingen ter zake van dividenden zijn vervat in § 2, lid 1, onder c), van de selskabsskattelov. Volgens deze bepaling geldt de beperkte belastingplicht in 2011 niet voor dividenden die worden uitgekeerd aan een moedermaatschappij, indien krachtens de moeder-dochterrichtlijn of een dubbelbelastingverdrag van de heffing van dividendbelasting moet worden afgezien of het bedrag van deze belasting moet worden verminderd. Indien de belasting op grond van slechts één van deze regelingen dient te worden versoepeld, is er geen beperkte belastingplicht ten aanzien van Denemarken.
- 7 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 c), van de wet op de vennootschapsbelasting een beperkte belastingplicht ter zake van dividendinkomsten uit Denemarken bestaat, rust er krachtens § 65 van de wet op de bronbelasting op de Deense onderneming die het dividend uitkeert een verplichting om 28 % bronbelasting in te houden.
- De regels met betrekking tot het tijdstip waarop interestbelasting opeisbaar wordt; § 66, 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 van de wet op de bronbelasting. De

verplichting om moratoire interest te betalen rust op de inhoudingsplichtige.

- 8 In 2011 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.
- 9 Voorts is in de Deense rechtspraak het 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 – ongeachte de formele verschijningsvorm – de werkelijke ontvanger van bepaalde inkomsten is en diens gevolg 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

Administratieve procedure en geding voor de Østre Landsret

- 10 Volgens de Deense regels inzake „bindende adviezen” kunnen ondernemingen de Deense belastingadministratie verzoeken om een antwoord op vragen over de fiscale gevolgen van bepaalde handelingen. Het antwoord is in de regel bindend voor de belastingadministratie.
- 11 Het onderhavige geding vindt zijn oorsprong in een „bindend advies” aan T Danmark, die in 2011 in haar verzoek om een bindend advies onder meer het volgende had gevraagd:

„Vraag 2: „Zijn dividenden die door [T Danmark] worden uitgekeerd aan [N Luxembourg 2], op grond van § 2, lid 1, onder c), derde volzin, van de selskabsskattelov vrijgesteld van belasting en dus ook van de Deense bronbelasting?””

T Danmark diende haar verzoek om een bindend advies in omdat zij concreet van plan was om een dividend uit te keren.

De Skatteråd (nationale belastingraad) antwoordde „neen” op deze vraag.

- 12 T Denmark stelde tegen dit bindende advies beroep in bij de Landsskatteret, de hoogste administratieve beroepsinstantie op onder meer fiscaal gebied, die het antwoord op vraag 2 veranderde in „ja”.
- 13 Het Skatteministerium is bij de Østre Landsret opgekomen tegen de beslissing van de Landsskatteret.

Relevante feiten

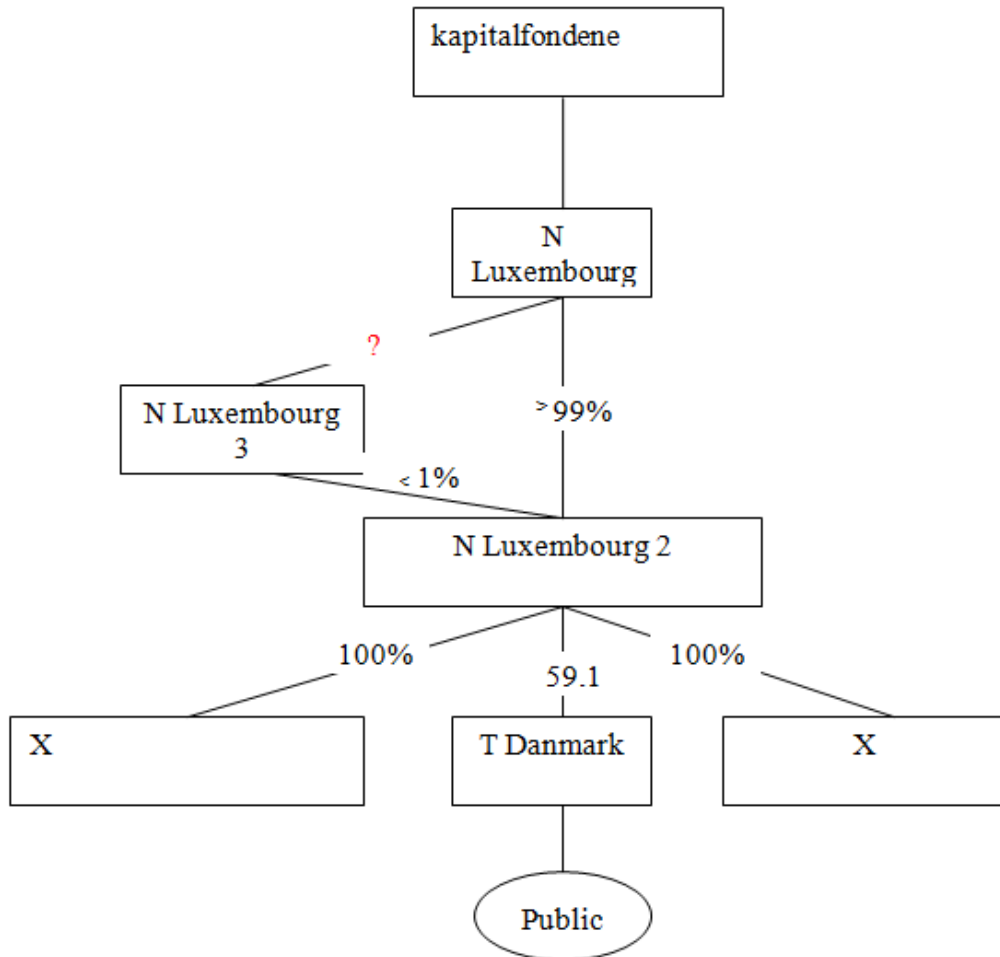
- 14 N Luxembourg 2 is een in Luxemburg ingeschreven vennootschap, die is opgericht door N Luxembourg, die in Luxemburg is gevestigd. N Luxembourg (die volgens de door N Luxembourg 2 verstrekte inlichtingen in handen is van een aantal kapitaalfondsen; hierna samen: „kapitaalfondsen”) bezit het grootste deel van het kapitaal van N Luxembourg 2. Het resterende deel van het kapitaal (minder dan 1 %) is in handen van N Luxembourg 3, die in Luxemburg is gevestigd.
- 15 De Luxemburgse belastingadministratie heeft in het voorjaar van 2011 een „Certificate of Residence” afgegeven, waarin het volgende wordt verklaard:

„The Tax Authorities of Luxembourg – Corporate Tax Office 6 – certify that, to the best of their knowledge and in conformity with the income tax regulations applicable in Luxembourg,

[N Luxembourg 2]:

- is a company within the meaning of Article 2, paragraph I of the Council Directive of 23 July 1990 (90/435/EEC);
- is effectively managed in Luxembourg within the meaning of Paragraph 15(1) and (3) of the ‚Loi d’adaptation fiscale’ of 16 October 1934 and has its central administration in Luxembourg within the meaning of Article 159 of the Luxembourg Income Tax Law;
- is resident in the Grand-Duchy of Luxembourg within the meaning of Article 4 of the Tax Convention between Luxembourg and Denmark;
- is subject to corporate tax without any possibility of an option or being exempt;
- is the beneficial owner of any dividend paid on its shares held in [T Danmark] or any other income derived there from.”

- 16 Deze verklaring is door de Luxemburgse belastingadministratie opgesteld op verzoek van de Deense belastingadministratie.
- 17 N Luxembourg 2, N Luxembourg en N Luxembourg 3 zijn rechtsgeldig opgericht overeenkomstig de in Luxemburg geldende vennootschapsregels.
- 18 In 2010 verwierf N Luxembourg 2 een grote deelneming in T Danmark. Ten tijde van de afgifte van het bindende advies had zij meer dan 50 % van de aandelen van T Danmark in handen. De rest van de aandelen van T Danmark is in handen van duizenden aandeelhouders.
- 19 De T Danmark-groep levert bepaalde diensten in Denemarken.
- 20 De groepsstructuur ziet er als volgt uit:



- 21 De dividenduitkeringen pasten in het dividendbeleid van T Danmark, die daarmee tevens tegemoetkwam aan haar verplichtingen ten opzichte van haar duizenden aandeelhouders.

- 22 In haar verzoek om een bindend advies verklaarde T Danmark dat zij van plan was om N Luxembourg 2 in het derde kwartaal van 2011 een totaal dividend van 6 miljard DKK uit te keren. Voorts verklaarde zij dat N Luxembourg 2 een zelfstandige onderneming met een eigen bestuur en eigen beslissingsbevoegdheid was, zodat zij logischerwijs niet vooraf met zekerheid kon weten of het bestuur van N Luxembourg 2 de facto een besluit zou treffen over de wijze waarop zij over de door T Danmark uitgekeerde dividenden zou beschikken, en wat dat besluit dan wel zou inhouden.
- 23 Volgens het Skatteministerium kon geen bindend advies worden gegeven indien niet kon worden uitgelegd wat N Luxembourg 2 voornemens was met de door Danmark uitgekeerde dividenden aan te vangen.
- 24 T Danmark liet de Skatteråd bijgevolg weten dat voor het bindende advies van het volgende kon worden uitgegaan:

„Wat het verwachte verdere gebruik van de door [T Danmark] uitgekeerde dividenden betreft: [...] Verzoekster neemt aan dat het grootste deel van het dividend door [N Luxembourg 2] als dividend zal worden uitgekeerd aan de eigenaars van deze onderneming, [N Luxembourg 3] en [N Luxembourg], en dat het grootste deel van het door [N Luxembourg 2] aan [N Luxembourg 3] uitgekeerde dividend door deze laatste als dividend zal worden uitgekeerd aan [haar] eigenaar, [N Luxembourg]. Naar verwachting zal een kleiner deel van het dividend (vermoedelijk tussen 3 en 5 %) door [N Luxembourg 2], [N Luxembourg 3] en [N Luxembourg] worden gebruikt ter betaling van kosten of worden gereserveerd ter betaling van verwachte kosten. Verzoekster verwacht voorts dat het aan [N Luxembourg] uitgekeerde dividend (als dividend en/of interest en/of ter aflossing van schuld) zal worden betaald aan vennootschappen die onder zeggenschap staan van de individuele kapitaalfondsen, of aan de schuldeisers van [N Luxembourg]. Verzoekster verwacht tevens dat het bedrag dat door [N Luxembourg] zal worden betaald aan vennootschappen die onder zeggenschap staan van de individuele kapitaalfondsen, zal worden doorgesluisd naar de uiteindelijke beleggers in de kapitaalfondsen, maar verzoekster weet niet hoe deze transfers zullen plaatsvinden of hoe zij fiscaal zullen worden behandeld.”

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

De argumenten van partijen hebben betrekking op twee hoofdvragen, namelijk de uitlegging van 1) de moeder-dochterrichtlijn en 2) het recht van vrije vestiging in de zin van artikel 49 VWEU en/of het vrije kapitaalverkeer in de zin van artikel 63 VWEU.

– Ad 1) Moeder-dochterrichtlijn

- 25 Het Skatteministerium betoogt in het algemeen dat de door de moeder-dochterrichtlijn geboden voordelen aan een onderneming kunnen worden ontzegd, zowel op basis van de misbruikbepaling van artikel 1, lid 2, van de richtlijn als op basis van de rechtspraak van het Hof betreffende het algemene Unierechtelijke misbruikbegrip.
- 26 Volgens artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn vormt deze richtlijn geen beletsel voor de toepassing van „nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken”.
- 27 § 2, lid 1, onder c), van de selskabsskattelov houdt volgens de duidelijke bewoordingen ervan in dat Denemarken niet mag afzien van de heffing van bronbelasting, tenzij dat vereist is krachtens de moeder-dochterrichtlijn (en/of het Deens-Luxemburgse dubbelbelastingverdrag). Bijgevolg dient dividendbelasting te worden ingehouden, voor zover het Unierecht daar niet aan in de weg staat.
- 28 Het gebruik van het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in de dubbelbelastingverdragen, waaronder het verdrag tussen Luxemburg en Denemarken, dient juist om fraude of misbruiken te bestrijden, zoals bedoeld in artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn.
- 29 De uitdrukking „uiteindelijk gerechtigde” wordt in het modelverdrag van de OESO en in de commentaren bij dit verdrag gebruikt sinds de herziening hiervan in 1977. De aantekeningen in de commentaren betreffende het begrip „uiteindelijk gerechtigde” zijn geleidelijk aan nader uitgewerkt, onder meer in de commentaren van 2003 en voor het laatst in de commentaren van 2014, maar er is geen reden om te stellen dat de inhoud van dit begrip daardoor zou zijn veranderd.
- 30 Zoals wordt verklaard in de commentaren bij het modelverdrag, kan de formele ontvanger van de betaling zich niet op het dubbelbelastingverdrag beroepen wanneer zijn reële bevoegdheid om te beslissen over de wijze waarop het ontvangen bedrag dient te worden besteed, zeer gering is of wanneer hij dienaangaande geen bevoegdheid heeft. Wanneer de uiteindelijke eigenaars vooraf hebben besloten om dividenden in een bepaalde door hen gewenste richting door te sluisen, zonder dat de tussenvennootschap een reële mogelijkheid heeft om invloed uit te oefenen op dat besluit, kan deze tussenvennootschap dus niet als de „uiteindelijk gerechtigde” van deze dividenden worden beschouwd.
- 31 Het Skatteministerium betoogt dat N Luxembourg 2 niet de uiteindelijk gerechtigde is tot de dividenden die T Danmark heeft uitgekeerd, aangezien zij niet daadwerkelijk bevoegd was om zelfstandige bestuursbeslissingen te treffen. De Luxemburgse onderneming oefent immers geen andere activiteiten uit dan te fungeren als holding voor T Danmark, en is niet meer dan een lege doos. N Luxembourg 2 is dus een zuivere doorstroomvennootschap voor de dividenden.

- 32 Voorts blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat uit het Unierecht voortvloeiende voordelen niet kunnen worden verkregen wanneer er sprake is van transacties die onder het algemene Unierechtelijke misbruikbegrip vallen.
- 33 Het Skatteministerium betoogt dat de oprichting van een groepsstructuur, waarbij in een geval als dat van het hoofdgeding een in Luxemburg gevestigde moedermaatschappij in de structuur wordt opgenomen, geen commercieel doel dient, maar enkel ertoe strekt op kunstmatige wijze de fiscale voordelen van de moeder-dochterrichtlijn te verkrijgen. Dergelijke verrichtingen kunnen vanuit Unierechtelijk oogpunt niet worden beschouwd als een onderdeel van een normale commerciële transactie. Zij zijn juist niet door commerciële redenen ingegeven.
- 34 T Danmark betoogt in het algemeen dat artikel 5, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn in beginsel verbiedt om bronbelasting te heffen over dividenden die een in een lidstaat gevestigde dochteronderneming uitkeert aan haar moedermaatschappij die in een andere lidstaat is gevestigd. Uitzonderingen op algemene beginselen moeten strikt worden uitgelegd.
- 35 De moeder-dochterrichtlijn stelt helemaal geen eisen in verband met de uiteindelijk gerechtigde die kunnen rechtvaardigen dat in strijd met het in deze richtlijn vervatte algemene verbod bronbelasting over dividenden wordt geheven.
- Ad 2) Artikel 49 VWEU en/of artikel 63 VWEU
- 36 Het **Skatteministerium** betoogt in het algemeen dat de heffing van belasting over dividenden niet in strijd is met de regels inzake het recht van vrije vestiging of het vrije kapitaalverkeer. Bronbelasting is nodig om misbruik van het Unierecht tegen te gaan. Een eventuele beperking is dus gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang (het streven om belastingontduiking te voorkomen).
- 37 **T Danmark** betoogt dat zelfs indien het Hof, tegen de verwachtingen in, de richtlijn aldus zou uitleggen dat deze een „uiteindelijk gerechtigde” vereist, en, eveneens tegen de verwachtingen in, zou vaststellen dat niet aan dit vereiste is voldaan, dient te worden vastgesteld dat de Deense regels inzake (de inhouding van en de aansprakelijkheid voor de betaling van) bronbelasting in strijd zijn met het Unierechtelijke beginsel van vrije vestiging (of vrij kapitaalverkeer), en wel om de volgende vijf redenen, zowel op zichzelf als – a fortiori – in hun geheel beschouwd:
1. Ten eerste worden dividenden die in een vergelijkbare situatie worden uitgekeerd (dat wil zeggen aan een Deense moedermaatschappij die de werkelijke ontvanger van de inkomsten is), niet meegeteld in de belastbare inkomsten van de ontvanger. Met andere woorden, een vergelijkbare uitkering van dividenden is vrijgesteld van belasting.
 2. Ten tweede is er moratoire interest verschuldigd op de bronbelasting.

3. Ten derde dient de onderneming die de dividenden uitkeert, bronbelasting in te houden.
4. Ten vierde is de onderneming die de dividenden uitkeert rechtstreeks aansprakelijk ten aanzien van de overheid voor de betaling van ontbrekende bedragen, tenzij zij aantoont dat zij niet nalatig geweest.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 38 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.