



Datum van  
inontvangstneming

:

18/07/2016

**Zaak C-117/16****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:**

25 februari 2016

**Verzoekende partij:**

Skatteministeriet

**Verwerende partij:**

Y Denmark Aps

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Dit geding draait om de vraag of verweerster, Y Denmark ApS (hierna: „Y Denmark”) bronbelasting had moeten inhouden op twee dividenden die zij respectievelijk in 2005 en 2006 heeft uitgekeerd aan haar moedermaatschappij, Y Holdings Ltd., die is gevestigd te Cyprus (hierna: „Y Cyprus”), en – zo ja – of Y Denmark aansprakelijk is voor de betaling van de bronbelasting.

De voornaamste vraag in deze zaak is in de eerste plaats of Y Cyprus ten aanzien van Denemarken beperkt belastingplichtig is ter zake van de betrokken dividenden. Volgens nationaal Deens recht is een buitenlandse moedermaatschappij in de regel niet beperkt belastingplichtig ter zake van dividenden. Voorwaarde is echter dat van belastingheffing wordt afgezien of dat het bedrag van de belasting wordt verminderd krachtens 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”) of krachtens een dubbelbelastingverdrag.

Indien op grond van slechts een van deze regelingen van de heffing van belasting wordt afgezien of het bedrag van de belasting wordt verminderd, is er dus geen beperkte belastingplicht. Volgens de meeste door Denemarken gesloten dubbelbelastingverdragen kan er slechts van heffing worden afgezien of kan het belastingbedrag slechts worden verminderd indien de ontvanger van de dividenden de „uiteindelijk gerechtigde” – in het Engels de „beneficial owner” – van de betrokken dividenden is. De moeder-dochterrichtlijn bevat geen dergelijke voorwaarde.

### **Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek**

Uitlegging van de moeder-dochterrichtlijn en van artikel 43 EG, gelezen in samenhang met artikel 48 EG, en artikel 56 EG.

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 (hierna: „richtlijn interest en royalty’s”).

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?
  - 2.1. Zo ja, dient de uitdrukking „verdragsrechtelijke voorschriften” in artikel 1, lid 2, van de richtlijn dan aldus te worden uitgelegd dat als voorwaarde geldt dat de lidstaat zich overeenkomstig zijn nationale recht tegen de belastingplichtige op het dubbelbelastingverdrag kan beroepen?
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 43 EG juncto artikel 48 EG (en/of artikel 56 EG) 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 43 EG juncto artikel 48 EG (en/of artikel 56 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?

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 10 EG 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 43 EG juncto artikel 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 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 56 EG, 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 2005 en 2006) ten minste 20 % 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 de belastingjaren 2005 en 2006 ten minste 20 % bezaten van het aandelenkapitaal van de onderneming die het dividend heeft uitgekeerd (15 % in 2007 en 2008 en 10 % nadien), 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); artikelen 43 EG, 48 EG en 56 EG.

### **Aangevoerde bepalingen van internationaal recht**

- 2 Het Deens-Cypriotische dubbelbelastingverdrag van 26 mei 1981 bepaalde 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) 10 % 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;

[...]

- d) 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 Cyprus is gevestigd, slechts kan belasten ten belope van 10 % van het brutobedrag, indien de moedermaatschappij de „uiteindelijk gerechtigde” tot de dividenden is. Het begrip „uiteindelijk gerechtigde” is niet gedefinieerd in het verdrag. Een uitkering van een Deense onderneming aan een Cypriotische moedermaatschappij (die wordt beschouwd als de „uiteindelijk gerechtigde” tot de dividenden) is dus op grond van § 2, lid 1, onder c), van de selskabsskattelov vrijgesteld van belasting, aangezien volgens het verdrag een vermindering dient te worden toegepast.

- 3 Het Deens-Amerikaanse dubbelbelastingverdrag van 19 augustus 1999 bepaalt in artikel 10, lid 2, dat de bronstaat dividenden die worden uitgekeerd aan een moedermaatschappij die in een andere staat is gevestigd en die de „uiteindelijk gerechtigde” van de dividenden is, slechts kan belasten ten belope van 5 % van het brutobedrag. Het begrip „uiteindelijk gerechtigde” is niet gedefinieerd in het verdrag. Een uitkering van een Deense onderneming aan een in de VSA gevestigde moedermaatschappij (die wordt beschouwd als de „uiteindelijk gerechtigde” tot de dividenden) is dus op grond van § 2, lid 1, onder c), van de selskabsskattelov vrijgesteld van belasting, aangezien volgens het verdrag een vermindering dient te worden toegepast.
- 4 Zowel het verdrag tussen Denemarken en Cyprus als het verdrag tussen Denemarken en de VSA bevat een bepaling die overeenstemt met artikel 3, lid 2, van het modelverdrag van de OESO van 1977.
- 5 Modelverdrag van de OESO (artikel 3, lid 2, en artikel 10).
- 6 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**

- 7 De heffing van belasting over dividenden van ingezeten moedermaatschappijen wordt geregeld door § 13, lid 1, punt 2, van de **selskabsskattelov**. Voor het belastingjaar 2005/2006 gaat het om de versie van lovbekendtgørelse nr. 111 af 19. februar 2004 (geconsolideerde wet nr. 111 van 19 februari 2004), zoals gewijzigd door wet nr. 1375 van 20 december 2004:



„§ 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 g, 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 c tot en met 2 f, 3 a tot en met 5 b, of in vennootschappen die in het buitenland zijn gevestigd. Dit geldt echter alleen indien de vennootschap die de dividenden ontvangt, de moedermaatschappij, ten minste 10 % van het aandelenkapitaal van de uitkerende vennootschap, de dochteronderneming, bezit gedurende een ononderbroken periode van ten minste één jaar, waarin de uitkering van de dividenden moet plaatsvinden. Voor dividenduitkeringen in de kalenderjaren 2005 en 2006 dient de in de vorige zin genoemde deelneming evenwel 20 % te bedragen, en voor dividenduitkeringen in de kalenderjaren 2007 en 2008 15 %. [...]"

- 8 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 2005 en 2006 niet voor dividenden die worden uitgekeerd aan een moedermaatschappij die ten minste 20 % van het aandelenkapitaal van een dochteronderneming bezit gedurende een ononderbroken periode van ten minste één jaar, waarin de uitkering van de dividenden moet plaatsvinden. Deze voorwaarden, die overeenstemmen met de voorwaarden waaraan een Deense moedermaatschappij moet voldoen om belastingvrije dividenden te kunnen ontvangen, zijn in casu vervuld. Een andere voorwaarde voor belastingvrijstelling is dat 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.
- 9 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.

- 10 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.
- 11 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. De partijen zijn het erover eens dat de ontvanger van het dividend, Y Cyprus, de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” is naar Deens recht.

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

#### *Administratieve procedure en geding voor de Østre Landsret*

- 12 De Deense belastingadministratie is van mening dat Y Cyprus beperkt belastingplichtig is ter zake van de betrokken dividenden, aangezien deze onderneming op grond van het Deens-Cypriotische dubbelbelastingverdrag niet kan worden beschouwd als de „uiteindelijk gerechtigde” tot de dividenden, en evenmin valt onder de vrijstelling van bronbelasting op grond van de moeder-dochterrichtlijn.
- 13 Op 17 september 2010 heeft de belastingadministratie bij besluit vastgesteld dat Y Denmark bronbelasting had moeten inhouden op de twee dividenden die zij respectievelijk in 2005 en 2006 had uitgekeerd aan haar moedermaatschappij, Y Cyprus, en dat Y Denmark aansprakelijk was voor de bronbelasting.

- 14 Tegen dit besluit is beroep ingesteld bij de Landsskatteret (administratieve beroepsinstantie in belastingzaken), die op 16 december 2011 een beslissing heeft gegeven. De Landsskatteret was evenals de belastingadministratie van mening dat Y Cyprus volgens het Deens-Cypriotische dubbelbelastingverdrag geen „uiteindelijk gerechtigde” was ter zake van de dividenden, maar aanvaardde het argument van Y Denmark dat er geen grond was voor het inhouden van bronbelasting, aangezien Y Cyprus viel onder de vrijstelling van de moeder-dochterrichtlijn.
- 15 Het Skatteministerium is vervolgens bij de Østre Landsret opgekomen tegen de beslissing van de Landsskatteret.

*Relevante feiten*

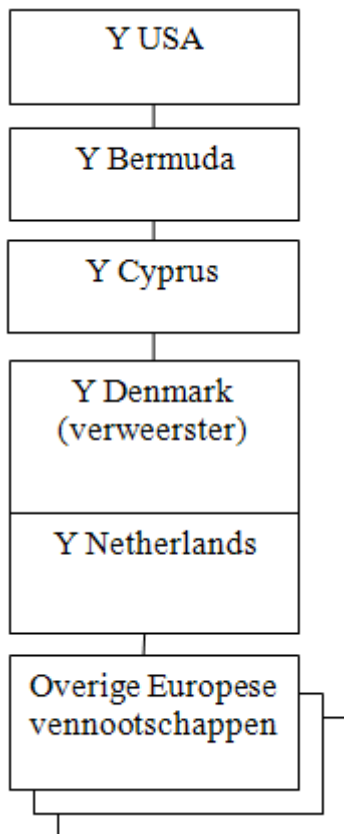
- 16 De hoofdmaatschappij van het Y-concern, Y Inc., USA, (hierna: „Y USA”) is een Amerikaanse beursgenoteerde onderneming. Zij heeft op dit ogenblik een aantal buitenlandse dochterondernemingen in handen via Y Global Ltd. (Bermuda) (hierna: „Y Bermuda”), waarvan de enige activiteit – los van haar holdingactiviteiten – erin bestaat dat zij intellectuele-eigendomsrechten bezit op de producten van het concern. Het dagelijks bestuur van deze onderneming wordt verzorgd door een (onafhankelijke) managementvenootschap. Y Denmark – die in 2000 door Y USA is opgericht – heeft doorlopend ongeveer 20 werknemers en verricht verkoops- en ondersteunende diensten. Zij rapporteert aan Y B.V., Holland (hierna: „Y Netherlands”), die operationeel verantwoordelijk is voor de wereldwijde verkoop buiten de VS, Canada en Mexico. Y Denmark functioneert tevens als een holding voor de Europese tak van het Y-concern.
- 17 De groepsstructuur zag er tot 2005 (vereenvoudigd) als volgt uit:



- 18 Ten gevolge van een nieuwe Amerikaanse wet – de American Jobs Creation Act van 2004 – kregen Amerikaanse ondernemingen tijdelijk de mogelijkheid om onder fiscaal zeer gunstige voorwaarden dividenden uit buitenlandse dochterondernemingen te halen in ruil voor de verplichting om deze dividenden in de VS te gebruiken voor specifieke doeleinden, waaronder onderzoek en ontwikkeling.
- 19 Y USA besloot dan ook om voor het boekhoudkundige jaar 2005/06 (in de periode van 1 mei 2005 tot 28 april 2006) zo veel mogelijk dividenden uit Y Bermuda te halen.
- 20 De totale dividendcapaciteit – die onder meer werd gevormd door de dividenuitkeringen van de verschillende dochterondernemingen van Y Bermuda – werd geschat op 550 miljoen USD.
- 21 Vóór de dividenden werden uitgekeerd, werd een herstructurering doorgevoerd in de Europese tak van het concern.
- 22 Zo heeft Y Bermuda op 9 mei 2005 Y Cyprus opgericht. Deze onderneming werd opgericht met een startkapitaal van 20 000 USD, waarvan 2 000 USD werd volstort. Bij een overeenkomst van september 2005 verkocht Y Bermuda de aandelen in Y Denmark voor 90 miljoen EUR aan Y Cyprus. De koopsom werd geregeld door de uitgifte van een schuldbekentenis.
- 23 Y Cyprus treedt op als een holding die bepaalde kastransacties verricht (leningen aan dochterondernemingen). Deze onderneming, die geen werknemers heeft, was gevestigd op het adres van een managementvennootschap. Haar raad van bestuur

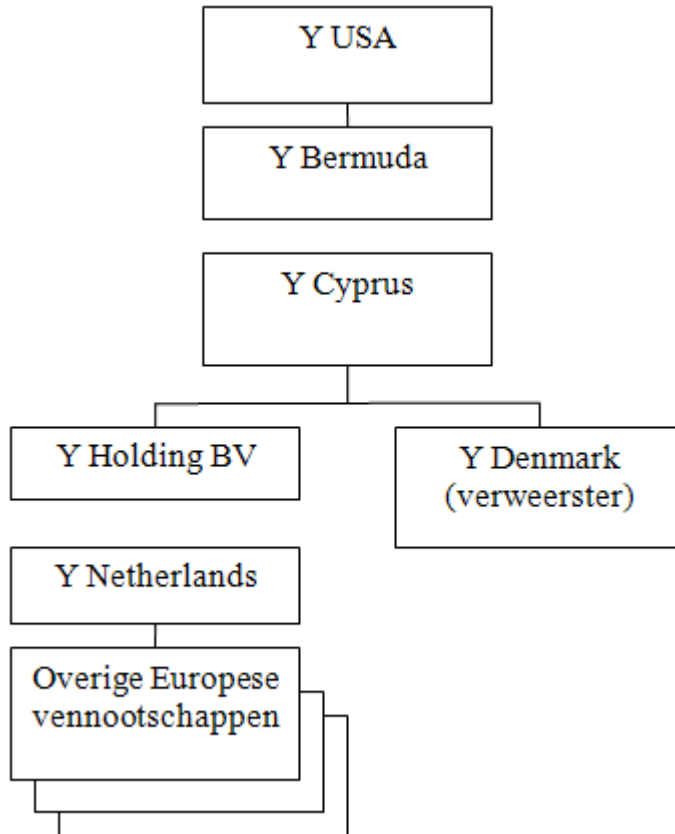
bestond in 2005 en 2006 uit vijf leden, waaronder drie Cyprioten en twee Amerikanen, die respectievelijk in Nederland en de VSA woonden. Uit de verslagen van de raad van bestuur die zijn opgenomen in de boekhouding van de onderneming voor 2005/06 en 2006/07, blijkt dat haar voornaamste activiteit erin bestaat een holdingmaatschappij te zijn, en dat de aan de leden van de raad van bestuur betaalde vergoedingen respectievelijk 571 USD en 915 USD bedroegen. Blijkens de boekhouding werd in beide jaren 0 USD aan belastingen betaald, aangezien de onderneming geen positieve belastbare inkomsten had.

24 Op 16 september 2005 zag de groepsstructuur er als volgt uit:



- 25 Op 26 september 2005 besloot Y Netherlands om voor het boekhoudkundig jaar 2004/05 een dividend van 76 miljoen EUR (ongeveer 565 miljoen DKK of 91,4 miljoen USD) uit te keren aan Y Denmark. Het dividend werd op 25 oktober 2005 aan Y Denmark uitgekeerd.
- 26 Op 28 september 2005 keurde de algemene vergadering van Y Denmark een voor hetzelfde boekhoudkundige jaar voorgestelde dividenduitkering aan Y Cyprus ten bedrage van 76 miljoen EUR goed. Het dividend werd op 27 oktober 2005 aan Y Cyprus uitgekeerd. Y Cyprus sluisde het ontvangen bedrag op 28 oktober 2005 door naar Y Bermuda ter aflossing van de schuld die zij had gemaakt bij de aankoop van Y Denmark.

- 27 Op 21 oktober 2005 richtte Y Cyprus een Nederlandse vennootschap op, Y Holding BV, en bij overeenkomst van 25 oktober 2005 verkocht Y Denmark haar aandelen in Y Netherlands aan Y Holding BV voor een bedrag van 14 miljoen EUR (ongeveer 103 miljoen DKK of 16 miljoen USD).
- 28 Op 25 oktober 2005 zag de groepsstructuur er als volgt uit:



- 29 Op 3 april 2006 keerde Y Bermuda bovengenoemd totaal dividend van 550 miljoen USD uit aan Y USA. Y Bermuda had deze uitkering deels met eigen liquide middelen, deels met een banklening gefinancierd.
- 30 Op 13 oktober 2006 keurde de algemene vergadering van Y Denmark een voor het boekhoudkundige jaar 2005/06 voorgestelde dividenduitkering van 92 012 000 DKK aan Y Cyprus goed. Y Denmark heeft verklaard dat dit bedrag (als te ontvangen dividenden) werd ingehouden op het totale dividend van 550 miljoen USD dat Y Bermuda op 3 april 2006 uitkeerde aan Y USA, wat volgens het Skatteministerium niet door enig stuk wordt gestaafd. Het bedrag van 92 012 000 DKK werd vervolgens in 2010 door Y Denmark uitgekeerd aan Y Cyprus.

### **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) artikel 43 EG juncto artikel 48, en artikel 56 EG.

– Ad 1) Moeder-dochterrichtlijn

- 31 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.
- 32 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”.
- 33 § 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 (het Deens-Cypriotische dubbelbelastingverdrag). Bijgevolg dient dividendbelasting te worden ingehouden, voor zover het Unierecht daar niet aan in de weg staat.
- 34 Het gebruik van het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in de dubbelbelastingverdragen, waaronder het verdrag tussen Cyprus en Denemarken, dient juist om fraude of misbruiken te bestrijden, zoals bedoeld in artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn.
- 35 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.
- 36 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 sluizen, 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.

- 37 Het Skatteministerium betoogt dat Y Cyprus niet de uiteindelijk gerechtigde is tot de door Y Denmark uitgekeerde dividenden. Uit het verloop van de feiten blijkt dat Y Cyprus enkel fungeerde als een schakel – in een poging – om het concern fiscale voordelen te verschaffen, en het zou dus onverenigbaar zijn met het doel van het dubbelbelastingverdrag om zich in deze situatie soepeler op te stellen ten aanzien van de bronbelasting. Het staat vast dat de Cypriotische onderneming in de groep werd ingevoegd in een poging om bronbelasting op de aan de moedermaatschappij op Bermuda uitgekeerde dividenden te ontwijken. De herstructurering waarbij Y Cyprus in de groep werd ingevoegd, is uitsluitend doorgevoerd met het oog op de daaropvolgende dividenduitkeringen. De oprichting van de tussenholding vormde geen normale commerciële operatie, maar vond louter om fiscale redenen plaats. De onderneming heeft ook niet aannemelijk gemaakt of gestaafd dat de herstructurering een commercieel doel had. Y Cyprus fungeerde enkel als een doorstroomvennootschap voor de dividenden, die werden doorgesluisd naar Y Bermuda, en Y Cyprus kan dus niet als de „uiteindelijk gerechtigde” tot de dividenden worden beschouwd.
- 38 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.
- 39 De transacties in de onderhavige zaak worden juist hierdoor gekenmerkt dat zij geen commercieel doel dienen, maar enkel ertoe strekken fiscale voordelen te verkrijgen, onder meer door de regels van de moeder-dochterrichtlijn te gebruiken om de bronbelasting op dividenduitkeringen te ontwijken. Deze verrichtingen kunnen vanuit een Unierechtelijk oogpunt niet worden geacht deel uit te maken van een normale commerciële transactie. Zij zijn juist niet door commerciële redenen ingegeven.
- 40 Y Denmark betoogt in het algemeen dat Y Cyprus, die zowel voldoet aan de kapitaalvereisten als aan de eigendomsvereisten van de moeder-dochterrichtlijn, op grond van deze richtlijn een onvoorwaardelijk recht heeft om te worden vrijgesteld van bronbelasting op dividenden die door Y Denmark zijn uitgekeerd.
- 41 Deze richtlijn vereist – anders dan de richtlijn interest en royalty's – niet dat de moedermaatschappij de „uiteindelijk gerechtigde” tot de ontvangen dividenden is, en een dergelijk vereiste kan ook niet uit deze richtlijn worden afgeleid. Het feit dat de moeder-dochterrichtlijn niet vereist dat de ontvanger van de dividenden de „uiteindelijk gerechtigde” is, berust niet op een vergetelheid, maar integendeel op een keuze om dit niet te doen. In dit verband zij opgemerkt dat het vereiste van de „uiteindelijk gerechtigde” sinds 1977 in het modelverdrag is terug te vinden, dat de commentaren van de OESO sinds begin 2003 ook op dit begrip betrekking hebben, dat de richtlijn interest en royalty's door de Raad is vastgesteld op 3 juni 2003, en dat deze richtlijn een vereiste betreffende de „uiteindelijk gerechtigde” bevat (en tegelijkertijd de lidstaten het recht verleent om in hun nationale recht misbruikbepalingen in te voeren), en dat de moeder-dochterrichtlijn op



22 december 2003 door de Raad is gewijzigd, zonder dat deze het nodig achtte om een bepaling betreffende de „uiteindelijk gerechtigde” in te voegen. De Uniewetgever heeft dus – los van het feit dat artikel 1, lid 2, de lidstaten de mogelijkheid verleent om nationaalrechtelijke antimisbruikbepalingen in te voeren – het kapitaalvereiste en het vereiste van twee jaar eigenaarschap beschouwd als voldoende voorwaarden om een belastingvrijstelling te verkrijgen.

- 42 Y Denmark betoogt dat een lidstaat zich slechts kan beroepen op artikel 1, lid 2, van de richtlijn – volgens hetwelk de richtlijn „geen beletsel [vormt] voor de toepassing van nationale [...] voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken” – indien hij een specifiek nationaal voorschrift tot omzetting van deze bepaling in zijn rechtsorde heeft vastgesteld of indien het nationale recht algemene voorschriften of beginselen over fraude en misbruiken en dergelijke bevat die in overeenstemming met artikel 1, lid 2, kunnen worden uitgelegd. Deze bepaling verleent de lidstaten dus enkel de bevoegdheid om nationale misbruikregels in te voeren of te handhaven. Een dergelijke nationale wettelijke basis ontbreekt.
- 43 Y Denmark betwist voorts dat er in de onderhavige zaak sprake is van rechtsmisbruik, en stelt onder meer dat de in casu vastgestelde bepalingen niet voldoen aan het algemene Unierechtelijke misbruikbegrip, dat vereist dat sprake is van „zuiver kunstmatige constructies”.
- Ad 2) Artikel 43 EG juncto artikel 48, en artikel 56 EG
- 44 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).
- 45 Voor het geval dat zou worden vastgesteld dat Y Cyprus geen aanspraak kan maken op een vrijstelling op grond van de moeder-dochterrichtlijn, betoogt **Y Denmark** dat het in strijd is met artikel 43 EG inzake het recht van vrije vestiging en/of artikel 56 inzake het vrije kapitaalverkeer om Y Cyprus ter zake van de betrokken dividenden te belasten.
- 46 Het Skatteministerium betoogt dat een Cypriotische moedermaatschappij de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” is en dus ten aanzien van Denemarken beperkt belastingplichtig is ter zake van dividenden die zij van een Deense dochteronderneming heeft ontvangen. Indien de moedermaatschappij Deens was geweest, zou deze Deense moedermaatschappij ontegenzeggelijk vrijgesteld zijn geweest van belasting op de betrokken dividenden (alleen al omdat de Deense moedermaatschappij in een dergelijke situatie de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” uit de betrokken dividenden zou zijn). De Deense belastingadministratie hanteert dus – in objectief vergelijkbare situaties – een

verdergaande misbruikregel ten aanzien van een moedermaatschappij die in een andere lidstaat is gevestigd dan ten aanzien van Deense moedermaatschappijen.

- 47 Bijgevolg is er duidelijk sprake van een beperking die niet kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang en die dus in strijd is met artikel 43 EG (en/of artikel 56 inzake het vrije kapitaalverkeer).

**Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing**

- 48 Aangezien de uitkomst van het geding afhangt van de uitlegging van richtlijn 90/435/EEG en van het EG-Verdrag, acht de Østre Landsret het noodzakelijk prejudiciële vragen te stellen aan het Hof.