



Datum van : 18/07/2016
inontvangstneming

Zaak C-118/16

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:

X Denmark A/S

Verwerende partij:

Skatteministeriet

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Dit geding betreft de vraag of verzoekster, X Denmark A/S (hierna: „X Denmark”), bronbelasting had moeten inhouden op de rentebijdragen ten gunste van haar moedermaatschappij X Sweden AB (hierna: „X Sweden”) in de periode 2007-2009, en – in voorkomend geval – of zij aansprakelijk is voor de betaling van de bronbelasting.

De zaak is aanhangig gemaakt bij de Østre Landsret (regionale rechter van het oosten van Denemarken), die als rechter in eerste aanleg uitspraak dient te doen over het besluit van SKAT (hierna: „Deense belastingdienst”) volgens hetwelk X Sweden ter zake van de desbetreffende interest beperkt belastingplichtig is aangezien de onderneming niet wordt aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigde” tot die interest in de zin 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”) of in de zin van het

Noordse dubbelbelastingverdrag, om welke reden X Denmark bronbelasting had moeten inhouden op de rentebijbeschrijvingen ten gunste van haar moedermaatschappij X Sweden in de periode 2007-2009 en aansprakelijk was voor de betaling van de bronbelasting.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de 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.

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 de 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 het Hof prejudiciële vragen te stellen.

De verwijzing vindt plaats op grond van artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vragen

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 richtlijn 2003/49/EG van toepassing op een in Luxemburg gevestigde onderneming die aldaar overeenkomstig het vennootschapsrecht is opgericht en ingeschreven als een „société en commandite par actions” (S.C.A.) (commanditaire vennootschap op aandelen), en die tevens is gekwalificeerd als een „société d'investissement en capital à risque” (SICAR) (beleggingsvennootschap in risicokapitaal) in de zin van de Luxemburgse wet van 15 juni 2004 betreffende beleggingsvennootschappen in risicokapitaal?
 - 5.1 Indien de vijfde vraag bevestigend wordt beantwoord, kan een Luxemburgse „S.C.A., SICAR” dan de „uiteindelijk gerechtigde” tot interest in de zin van richtlijn 2003/49/EG zijn, ook al beschouwt de lidstaat van de onderneming die de interest betaalt, die onderneming op grond van zijn interne recht als een fiscaal transparante entiteit?

- 5.2 Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, zodat de onderneming die de interest ontvangt, niet wordt aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigde” tot de desbetreffende interest, kan de in het geding aan de orde zijnde S.C.A., SICAR, dan onder omstandigheden als die van het hoofdgeding worden aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigde” tot deze interest in de zin van die richtlijn?
6. 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?
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, 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)?
8. 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 achtste vraag rekening te houden met het antwoord op de zevende 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 Het Noordse dubbelbelastingverdrag van 23 september 1996, zoals gewijzigd (artikel 11, lid 1):

„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 Zweden 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 Deens-Luxemburgs dubbelbelastingverdrag van 17 november 1980 (artikel 11, lid 1)
- 4 Modelverdrag van de OESO (artikel 3, lid 2, en artikel 11, leden 1 en 2)
- 5 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

- 6 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),

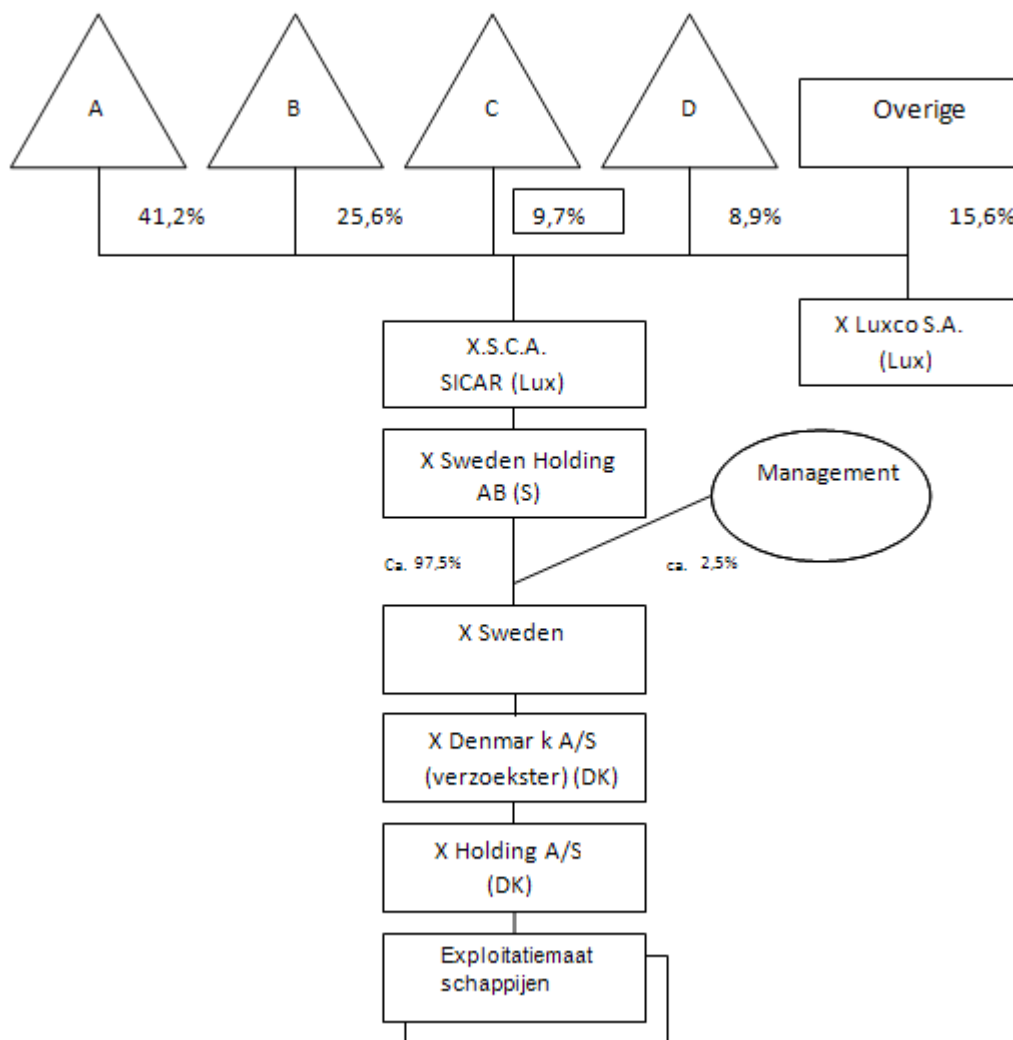
waarbij de regels worden vastgesteld voor de beperkte belastingplicht van buitenlandse ondernemingen ter zake van door Deense ondernemingen bijgeschreven of betaalde interest.

- 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 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”). Voor de belastingjaren 2008 en 2009 bedroeg het tarief 25 %.
 - 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.
- 8 Tijdens de periode 2007-2009 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

- 10 Het X-concern is een onderneming die wereldwijd actief is. Het concern heeft alles bij elkaar genomen 12 500 werknemers in dienst, waaronder 600 in Denemarken, en heeft dochterondernemingen in meer dan 70 landen.
- 11 In 2005 werd het concern gekocht door een consortium van kapitaalfondsen onder leiding van het Noordse kapitaalfonds A. In het kader van deze operatie werd de volgende eigendomsstructuur tot stand gebracht (het voor de respectieve kapitaalfondsen vermelde aandeel is dat op 31 december 2009):



- 12 Meer dan 95 % van de aandeelhouders hebben de vorm van fiscaal transparante entiteiten, doorgaans commanditaire vennootschappen. De uiteindelijke investeerders in deze fiscaal transparante kapitaalfondsen zijn dus in fiscaal

opzicht rechtstreekse aandeelhouders van de moedermaatschappij van het concern, X S.C.A., SICAR. X Denmark heeft meegedeeld dat er honderden beleggers in deze kapitaalfondsen zijn, waaronder pensioenfondsen, kredietinstellingen, beleggingsfondsen- en maatschappijen, gewone ondernemingen en particulieren. Voorts heeft X Denmark meegedeeld dat deze beleggers in een groot aantal staten zijn gevestigd, al dan niet lidstaten van de Europese Unie en al dan niet staten waarmee Denemarken een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten, en dat ongeveer twee derde van de rechtstreekse beleggers in de kapitaalfondsen een zelfstandig belastingplichtige persoon is die gevestigd is binnen de Europese Unie of in een staat waarmee Denemarken een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten. Een groot deel van de overige beleggers bestaat uit zogenaamde dakfondsen, dat wil zeggen fiscaal transparante entiteiten. Over de plaats waar de beleggers in deze fondsen gevestigd zijn, konden niet meteen inlichtingen worden verstrekt. Partijen zijn het erover eens dat de desbetreffende inlichtingen in het kader van dit geding nog niet met documenten zijn gestaafd.

- 13 Tussen de hiervoor beschreven ondernemingen werd een aantal transacties verricht, die hierna slechts summier worden weergegeven:

Door X Denmark bij X Sweden aangevane lening: bij leenovereenkomst van 27 december 2006 ging X Denmark bij haar moedermaatschappij, X Sweden, een lening aan ten belope van 501 miljoen EUR, die werd gebruikt om een „payment-in-kind”-lening af te lossen. Op de jaarlijkse rentebijgeschrijvingen voor 2007, 2008 en 2009 hield X Denmark geen bronbelasting in, aangezien zij de geldschieter, X Sweden, beschouwde als de „uiteindelijk gerechtigde” tot de interest. X Denmark heeft de interest afgetrokken van haar belastbare inkomen.

X S.C.A., SICAR: X S.C.A., SICAR, is de hoofdmaatschappij van het concern. De onderneming, die in Luxemburg is gevestigd, is volledig met eigen vermogen gefinancierd. Zij heeft de rechtsvorm van een Société en commandite par actions („S.C.A.”) (commanditaire vennootschap op aandelen), met X Luxco S.A. als beherend vennoot. Doordat X S.C.A., SICAR, een beleggingsmaatschappij is, kwam zij in aanmerking om te worden erkend als Société d'investissement en capital à risque („SICAR”) (beleggingsvennootschap in risicokapitaal). Dit houdt in dat de onderneming is vrijgesteld van inkomensbelasting voor inkomsten uit beleggingen van de onderneming, dat wil zeggen interest, winsten en dividenden. Een SICAR is bovendien vrijgesteld van de regels inzake de inhoudingsplicht bij de uitkering van dividend. De Deense belastingdienst heeft aangenomen dat X S.C.A., SICAR, naar Deens recht fiscaal transparant is, dat wil zeggen niet zelfstandig belastingplichtig is. Tussen partijen is in geschil of een S.C.A. die tevens een SICAR is, onder de bescherming van de dubbelbelastingverdragen en van de richtlijn interest en royalty's valt. De beleggingsportefeuille van de onderneming bestond in een 100 %-deelneming in het kapitaal van X Sweden Holding AB (hierna: „X Sweden Holding”). Afgezien

van de eigendom van en de lening aan X Sweden Holding hield X S.C.A., SICAR, er geen andere activiteiten op na.

X Sweden Holding: de enige activiteit van X Sweden Holding bestaat erin dat zij als holding voor X Sweden fungeert. De onderneming ging op 27 december 2006 een lening aan bij haar moedermaatschappij, X S.C.A., SICAR. Zij heeft de tijdens de belastingjaren 2007, 2008 en 2009 uit hoofde van die lening betaalde interest afgetrokken van haar belastbare inkomen.

X Sweden: X Sweden, die volledig met eigen vermogen is gefinancierd, is voor ongeveer 97,5 % eigendom van X Sweden Holding en voor 2,5 % van het management van het concern. De onderneming had tijdens de bovengenoemde belastingjaren hetzelfde bestuur als X Sweden Holding. X Sweden had in 2007-2009 geen andere aandelen dan die in X Denmark. Begin 2007 nam de onderneming de tot dan toe door de Zweedse onderneming X AB uitgevoerde activiteiten op het gebied van de registratie van producten bij de overheid en verschillende administratieve verrichtingen in verband met klinische proeven over. Vanaf dan had de onderneming ongeveer tien medewerkers in dienst. X Sweden en X AB gingen bij de overname een „Service agreement” aan. Krachtens deze overeenkomst moest X AB alle administratieve bijstand verlenen die de uitvoering van de overgedragen activiteiten eventueel vereisten („any administrative services that [X Sweden] require from time to time”). De bijstand omvatte, maar was niet beperkt tot, „accounting and financial services, HR and payroll services, IT and technical support services, services relating to invoicing and debt collection” (boekhoudkundige en financiële diensten, personeels- en loonadministratie, IT- en technische ondersteuning, diensten met betrekking tot het opstellen van facturen en het invorderen van schulden). Op 1 april 2007 sloten X Sweden en X AB nog een overeenkomst, namelijk een huurovereenkomst. Krachtens deze overeenkomst huurde X Sweden een deel van het hoofdkwartier van X AB, waar de medewerkers op wie de overdracht betrekking had, nog steeds waren ondergebracht. Uit de jaarverslagen over 2007, 2008 en 2009 blijkt dat X Sweden twee inkomstenposten had, te weten „Övriga intäkter” („Overige inkomsten”) en „Renteintäkter och liknande resultatposter” („Rente-inkomsten en soortgelijke winstposten”). X Sweden had geen andere rente-inkomsten dan de interest die zij van X Denmark ontving. In 2007, 2008 en 2009 vertegenwoordigden de rente-inkomsten respectievelijk 98,1 %, 97,8 % en 98 % van de totale inkomsten van X Sweden. De overige inkomsten vertegenwoordigden dus respectievelijk 1,9 %, 2,2 % en 2 %.

Intagroepsoverdrachten: X Sweden heeft tijdens de belastingjaren 2007-2009 – overeenkomstig de in hoofdstuk 35 van de Zweedse wet op de inkomensbelasting neergelegde specifieke Zweedse regels inzake fiscale consolidatie binnen een concern – groepsbijdragen betaald aan haar moedermaatschappij, X Sweden Holding. De groepsbijdragen zijn aftrekbaar voor de onderneming die ze betaalt, en belastbaar voor de onderneming die ze ontvangt.

Verkoop van het X-concern – exit: Op 19 mei 2011 werd een overeenkomst gesloten over de verkoop van het X-concern (met uitzondering van de activiteiten van het concern in de Verenigde Staten) aan T. De overdracht werd bewerkstelligd door de verkoop van X Denmark aan T op 30 september 2011, nadat de Amerikaanse exploitatiemaatschappij, X US Inc., eerder was overgedragen aan een nieuw opgerichte Amerikaanse holding, die indirect eigendom was van de moedermaatschappij van X Denmark, X Sweden. Op 21 september 2011, onmiddellijk vóór de overdracht van de aandelen, zette X Sweden de gehele uitstaande vordering op X Denmark (met inbegrip van bijgeschreven interest) om in nieuw aandelenkapitaal van X Denmark. De nieuwe aandelen werden mee overgedragen aan T. Meteen na de verkoop van X Denmark aan T keerde X Sweden de verkoopopbrengst grotendeels uit aan haar moedermaatschappij, X Sweden Holding. Laatstgenoemde onderneming betaalde het grootste gedeelte van de ontvangen uitkeringen door aan haar moedermaatschappij, X S.C.A., SICAR, en loste in oktober 2011 de lening af die zij bij deze maatschappij was aangegaan. Na de verkoop van X Denmark aan T fungeerde X Sweden als holding van de Amerikaanse exploitatiemaatschappij via twee tussenliggende Amerikaanse holdings (Z 1 en Z 2).

- 14 De Deense belastingdienst heeft in zijn besluit van 13 december 2010 noch X Sweden, noch X Sweden Holding of X S.C.A., SICAR, aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigde” tot de interest in de zin van de richtlijn interest en royalty’s en het relevante dubbelbelastingverdrag. Hij heeft daarentegen de eigenaren van X S.C.A., SICAR, aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigden” tot de interest. Tegen het besluit van de Deense belastingdienst werd administratief beroep ingesteld bij de Landsskatteret. Nog voordat de Landsskatteret een beslissing over de zaak kon nemen, legde X Denmark het besluit van de Deense belastingdienst voor aan de Østre Landsret.
- 15 Het Skatteministerium (ministerie van Belastingen) heeft de Østre Landsret meegedeeld dat X Sweden naar Deens recht moet worden geacht de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” te zijn. Derhalve is X Sweden ter zake van de desbetreffende interest beperkt belastingplichtig.
- 16 De hoofdvraag in het geding is allereerst of X Sweden in Denemarken ter zake van de desbetreffende interest beperkt belastingplichtig is. Krachtens intern Deens recht is een buitenlandse onderneming in beginsel in Denemarken ter zake van interest beperkt belastingplichtig indien er sprake is van een „gecontroleerde schuld”, dat wil zeggen van een schuld ten aanzien van een onderneming binnen hetzelfde concern. Over interest is evenwel geen belasting verschuldigd indien van de heffing van belasting daarover moet worden afgezien of de belasting daarover moet worden verminderd op grond van de richtlijn interest en royalty’s dan wel een dubbelbelastingverdrag. Indien krachtens slechts een van deze regelingen van de belasting over de interest moet worden afgezien of de belasting daarover moet worden verminderd, bestaat er dus geen beperkte belastingplicht.

- 17 Op grond van zowel de richtlijn interest en royalty's als de meeste door Denemarken gesloten dubbelbelastingverdragen kan er van de heffing van belasting over interest enkel worden afgezien of kan de belasting daarover enkel worden verminderd indien de ontvanger van de interest de „uiteindelijk gerechtigde” – in de Engelse tekst de „beneficial owner” – van die interest is.
- 18 De Deense belastingdienst is van mening dat X Sweden ter zake van de desbetreffende interest beperkt belastingplichtig is aangezien de onderneming niet wordt aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigde” tot de interest in de zin van de richtlijn interest en royalty's of het Noordse dubbelbelastingverdrag.
- 19 Op 13 december 2010 stelde de Deense belastingdienst een besluit vast volgens hetwelk X Denmark bronbelasting had moeten inhouden op de rentebijbeschrijvingen ten gunste van haar moedermaatschappij X Sweden in de periode 2007-2009 en aansprakelijk was voor de betaling van de bronbelasting. Dit besluit wordt in het hoofdgeding bestreden.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 20 De argumenten van partijen hebben betrekking op twee hoofdvragen, namelijk ten eerste de uitlegging van de richtlijn interest en royalty's, 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.

– Ad 1) Richtlijn interest en royalty's

X Denmark

- 21 X Denmark heeft primair aangevoerd dat X Sweden, dat zowel voldoet aan het kapitaalvereiste van de richtlijn interest en royalty's als aan het in deze richtlijn neergelegde vereiste dat de betrokken onderneming reeds een bepaalde tijd eigenaar is, krachtens die richtlijn een onvoorwaardelijke aanspraak heeft om te worden vrijgesteld van belasting over de door X Denmark bijgeschreven interest, aangezien zij moet worden aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigde” tot deze interest.
- 22 X Denmark heeft betoogd dat het in artikel 1, lid 4, van de richtlijn interest en royalty's gedefinieerde begrip „uiteindelijk gerechtigde” een zelfstandig Unierechtelijk begrip is dat autonoom moet worden uitgelegd. Het begrip is dus niet identiek aan het overeenkomstige begrip in het modelverdrag van de OESO. Voor het geval dat evenwel zou worden aangenomen dat het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in de richtlijn interest en royalty's op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als het overeenkomstige begrip in het modelverdrag van de OESO, voert X Denmark aan dat dit begrip (hoogstens) kan worden uitgelegd in overeenstemming met de commentaren van 1977, volgens welke de door het

verdrag geboden bescherming niet geldt in „gevallen waarin een bemiddelende instantie, bijvoorbeeld als tussenpersoon of gemachtigde, tussen de ontvanger en de betaler is geplaatst”. De richtlijn is duidelijk in het licht van deze commentaren ontwikkeld.

- 23 De wijze waarop het Skatteministerium het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in deze zaken uitlegt, steunt uitsluitend op de uitgebreide commentaren van 2003 bij het modelverdrag die betrekking hebben op „doorstroomvennootschappen”. Vóór 2008 wees het Skatteministerium noch de vrijstelling van bronbelasting over dividenden of interest, noch de vermindering van bronbelasting daarover af op grond van de overweging dat de ontvanger niet de „uiteindelijk gerechtigde” was. Er is dus sprake van een nieuwe, strengere administratieve praktijk.
- 24 X Denmark heeft voorts aangevoerd dat het in strijd zou zijn met het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel – op grond waarvan een regeling waarbij de belastingbetalers lasten worden opgelegd of rechten worden toegekend, duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn – dat het Hof een dynamische uitlegging van het begrip „uiteindelijk gerechtigde” van de richtlijn toelaatbaar zou achten, waarbij betekenis wordt gehecht aan de evoluerende, extensieve uitlegging van dit begrip door een andere internationale instelling, die geen democratische legitimiteit bezit. Hoe dan ook zou het desbetreffende begrip enkel dynamisch kunnen worden uitgelegd indien er daarvoor een duidelijke en ondubbelzinnige rechtsgrond in de richtlijn zou bestaan.
- 25 Samenvattend heeft X Denmark aangaande het begrip „uiteindelijk gerechtigde” aangevoerd dat er in de internationale rechtsleer geen eenstemmigheid bestaat over de vraag of het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in de dubbelbelastingverdragen in overeenstemming met het nationale recht (zie artikel 3, lid 2, van het modelverdrag) dan wel autonoom moet worden uitgelegd. Er bestaat evenmin consensus over een internationale uitlegging van dit begrip voor het geval dat het autonoom moet worden uitgelegd (zie onder meer de public discussion draft van de OESO van 29 april 2011 betreffende een eventuele wijziging van de commentaren bij het begrip „uiteindelijk gerechtigde” en de antwoorden op de raadpleging daarover). De internationale rechtspraak met betrekking tot de uitlegging van dat begrip is evenmin eenduidig.
- 26 Voor het geval dat zou worden aangenomen dat bij de uitlegging van het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in de richtlijn interest en royalty’s rekening mag worden gehouden met de uitgebreide commentaren van 2003, heeft X Denmark aangevoerd dat X Sweden – ook op grond van deze commentaren – zonder meer moet worden aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigde” tot de desbetreffende interest, aangezien laatstgenoemde onderneming niet kan worden beschouwd als een „doorstroomvennootschap”.
- 27 X Denmark heeft dus betoogd dat

- X Sweden de interest heeft ontvangen „te eigen gunste [...] en niet als bemiddelende instantie, bijvoorbeeld als tussenpersoon, trustee of gemachtigde van een derde” (zie artikel 1, lid 4). Het wordt niet betwist dat de onderneming geen tussenpersoon, trustee of gemachtigde is;
 - de intragroepslening, die in de plaats kwam van een lening van externe geldschieters, onmiskenbaar was ingegeven door economische overwegingen;
 - X Sweden volledig was gefinancierd met eigen vermogen.
- 28 Zelfs indien zou worden aangenomen dat de betaling van groepsbijdragen kan worden gelijkgesteld met het doorstromen van interest, staat vast dat de desbetreffende interest niet feitelijk is doorgestroomd naar de achterliggende eigenaren, te weten de investeerders in de kapitaalfondsen die eigenaar zijn van X S.C.A., SICAR, en dat deze interest diensgevolge niet feitelijk is doorgestroomd naar degenen die door het Skatteministerium worden aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigden” tot die interest. Een onderneming kan enkel als een „doorstroomvennootschap” worden aangemerkt indien de desbetreffende interest op zijn minst feitelijk is doorgestroomd naar de persoon die in de plaats van deze onderneming wordt aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigde” tot deze interest. Er kan dus hoogstens interest zijn doorgestroomd naar X S.C.A., SICAR, die krachtens zowel de richtlijn als het verdrag bescherming geniet. X Denmark heeft in dit verband aangevoerd dat er, alleen al omdat er feitelijk geen interest is doorgestroomd, geen betekenis dient te worden gehecht aan het beschikkingsrecht van de achterliggende eigenaren.
- 29 Voorts heeft X Denmark betwist dat er sprake is van misbruik, en subsidiair gesteld dat misbruiken enkel kunnen worden bestreden als er daarvoor een rechtsgrond bestaat in het nationale recht. Misbruiken kunnen dus niet louter op grond van de richtlijn worden bestreden.
- 30 X Denmark heeft ook nog aangevoerd dat, zelfs indien zou worden aangenomen dat de „leningconstructie” – zoals het Skatteministerium heeft gesteld – rechtsmisbruik oplevert doordat de interest in Denemarken kan worden afgetrokken terwijl hij in Luxemburg niet wordt belast, de uit een richtlijn voortvloeiende gunstmaatregelen niet aan een belastingplichtige kunnen worden onzegd wanneer het vermeende rechtsmisbruik geen betrekking heeft op een belasting die binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt. Het betoog dat er misbruik besloten ligt in het feit dat Luxemburg op grond van zijn nationale recht geen belasting heft over de interest, kan dus geen rechtvaardiging vormen voor een weigering om de richtlijn interest en royalty’s toe te passen.
- 31 Het **Skatteministerium** heeft primair aangevoerd dat X Denmark interestbelasting dient in te houden (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.

- 32 Het Skatteministerium heeft in dit verband betoogd dat de twee Zweedse ondernemingen, X Sweden en X Sweden Holding, doorstroomvennootschappen zijn die niet kunnen worden aangemerkt als de „beneficial owner”/„uiteindelijk gerechtigde” van de interest als bedoeld in de richtlijn interest en royalty’s. Deze richtlijn biedt dus niet de mogelijkheid om van de heffing van de belasting af te zien of het bedrag ervan te verminderen.
- 33 Alles bij elkaar genomen bestond er geen enkele economische rechtvaardiging voor de opgezette constructie. Een van de pijlers van de constructie was dat er in geen enkele schakel van de ketting daadwerkelijk interest of groepsbijdragen werden betaald. De constructie hield in 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, en dat X S.C.A., SICAR de opbrengst van een „exit” door de constructie kon doen stromen zonder daarvan nog fiscale consequenties te ondervinden.
- 34 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.
- 35 Bovendien 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.
- 36 Daarbij komt dat X S.C.A., SICAR, niet wordt beschermd door de richtlijn interest en royalty’s. Deze richtlijn geldt weliswaar voor vennootschappen die de rechtsvorm hebben van een S.C.A., maar niet voor vennootschappen in de vorm van een S.C.A., SICAR.

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

- 37 X Denmark heeft aangaande de achtste prejudiciële vraag opgemerkt dat er in beginsel vijf wezenlijke verschillen bestaan tussen bronbelasting over interest (dat wil zeggen de heffing van belasting over inkomsten van niet-ingezetenen) en vennootschapsbelasting (dat wil zeggen de heffing van belasting over inkomsten van ingezetenen). Deze verschillen brengen volgens haar, in hun geheel beschouwd, met zich dat de Deense regeling inzake de heffing van bronbelasting in strijd is met het in het Verdrag neergelegde recht van vrije vestiging.

- 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.
- 38 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 en/of met het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 56 EG. 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.
- 39 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.
- 40 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.
- 41 Aangaande de stelling van X Denmark 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 X Denmark is namelijk 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.

- 42 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

- 43 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.