



Datum van
inontvangstneming

:

18/07/2016

Zaak C-119/16**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:

C Danmark I

Verwerende partij:

Skatteministeriet

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

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 een beslissing van de Landskatteret (administratieve beroepsinstantie in belastingzaken) houdende bevestiging van een besluit van de belastingdienst („SKAT”) waarbij noch C Sverige II noch C Sverige I wordt aangemerkt als „uiteindelijk gerechtigde” tot de van C Danmark I ontvangen 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”) en het Noordse dubbelbelastingverdrag.

Het hoofdgeding betreft de vraag of verzoekster, C Danmark I, bronbelasting had moeten inhouden op de rentebijdragen ten gunste van haar moedermaatschappij C Sverige II in de periode 2005-2007, en – in voorkomend geval – of zij aansprakelijk is voor de betaling van de bronbelasting.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

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 over het algemeen voorkomt in de 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 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?
5. 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)?
6. Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 2003/49/EG te zijn vrijgesteld van bronbelasting over interest die zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen,

en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van de desbetreffende rente beperkt belastingplichtig te zijn, 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 zesde vraag rekening te houden met het antwoord op de vijfde 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 Modelverdrag van de OESO (artikel 3, lid 2, en artikel 11, leden 1 en 2)

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

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

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

- 8 Voorts is in de Deense rechtspraak het 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 dientengevolge over deze inkomsten belasting verschuldigd is. De vraag is met andere woorden aan wie de inkomsten in fiscaal opzicht moeten worden toegerekend. De „werkelijke ontvanger van de inkomsten” is dus de persoon die over de desbetreffende inkomsten belasting verschuldigd is.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 9 C Danmark I is sinds 1 januari 2005 de hoofdmoedermaatschappij van de Deense tak van het Amerikaanse C-concern, waarvan de hoofdmoedermaatschappij C USA is.
- 10 De hoofdactiviteit van het concern is de vervaardiging en distributie van producten die in meer dan 100 landen worden verkocht. Alles bij elkaar verschaft het concern wereldwijd werkgelegenheid aan meer dan 10 000 mensen. De productie in Denemarken begon verschillende decennia geleden en het bedrijf verschaft thans werkgelegenheid aan meer dan 500 medewerkers in Denemarken.
- 11 De Deense tak van het concern heeft dochterondernemingen in een aantal landen van de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte alsook in Zwitserland. De meeste van deze dochterondernemingen zijn verkoopvenootschappen.
- 12 Tot eind 2004 was C Danmark II de Deense hoofdmoedermaatschappij. Deze onderneming was rechtstreeks eigendom van C Cayman Islands.
- 13 Eind 2004 vond binnen het concern een herstructurering plaats, waarbij tussen C Cayman Islands en C Danmark II twee Zweedse ondernemingen en een Deense onderneming werden geplaatst. Na deze herstructurering was de eigendomsstructuur als volgt (vereenvoudigde weergave zonder vermelding van dochterondernemingen):

C USA (Verenigde Staten)

C Cayman Islands (Kaaimaneilanden)

C Sverige I (Zweden)

C Sverige II (Zweden)

C Danmark I (verzoekster)

C Danmark II (Denemarken)

- 14 De achtergrond van de herstructurering van de Europese tak van het concern is achteraf door C Danmark I beschreven in een nota met de titel „2004 European Restructuring Process”, waarin het volgende wordt meegedeeld:

„During 2004, [...] Group decided to review its current European group structure with a view to ensuring that the structure allowed flexibility in connection with a possible future sale or transfer of capital between the European subsidiaries. Furthermore, it was recognised that [...] Group would benefit from refinancing the European group in recognition of the positive impact on the credit status and other day-to-day trading arrangements of the operating companies that formal recognition of the subsidiaries market value would be expected to have.

During 2004, [...] Group reviewed its organizational structure and decided to introduce additional holding companies and leverage into its European structure. The additional holding companies permit the company to more freely access the capital within Europe and to more efficiently move capital within the [...] Group family of companies. Furthermore, the financial statements for the new holding companies reflect fair market valuations for the European Group which may assist the company prospectively in obtaining third party financing. Finally, and perhaps most importantly, the introduction of leverage into the structure helps minimize business risk by reducing the amount of equity at stake within business operations.

Given the favourable holding company regime currently operating in Sweden, [...] Group decided to establish its new European holding companies in Sweden in order to benefit from this regime.”

- 15 De transacties in verband met de herstructurering worden als volgt samengevat in de beslissing van de Landsskatteret:

„Tot aan de eind 2004/begin 2005 uitgevoerde herstructurering was de hoofdmoedermaatschappij van de Deense tak van het [...]concern [C Danmark II], dat rechtstreeks eigendom was van [C Cayman Islands], dat op de Kaaimaneilanden is gevestigd.

De herstructurering had tot gevolg dat er tussen [C Cayman Islands] en [C Danmark II] drie nieuw opgerichte ondernemingen werden geplaatst, zodat [C Cayman Islands] vanaf dan eigenaar was van een Zweedse holding, die eigenaar was van een andere Zweedse holding, die op haar beurt eigenaar was van [C Danmark I], die de nieuwe moedermaatschappij van de Deense tak van het concern werd. Deze concernstructuur werd onder meer tot stand gebracht door een reeks verkopen van ondernemingen binnen het concern, waarbij twee leningen van respectievelijk 75 miljoen EUR en 825 miljoen EUR werden aangegaan tussen [C Cayman Islands] en [C Sverige I], alsmede twee leningen van respectievelijk 75 miljoen EUR en 825 miljoen EUR tussen [C Sverige II] en [C Danmark I].

De schuldbekentenis van [C Sverige I] ten aanzien van [C Cayman Islands] ten bedrage van 75 miljoen EUR bevat precies dezelfde voorwaarden als de schuldbekentenis van [C Danmark I] ten aanzien van [C Sverige II] ten bedrage van hetzelfde bedrag. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor de schuldbekentenissen ten bedrage van 825 miljoen EUR.

[...] Via de uitgevoerde herstructurering en de in verband daarmee aangegane schulden, die voortvloeien uit de transacties tussen partijen met gemeenschappelijke belangen, droeg [C Sverige II], met gebruikmaking van de Zweedse regels inzake intragroepsoverdrachten, de van [C Danmark I] ontvangen rente-inkomsten over aan [C Sverige I], terwijl [C Sverige I] de bedragen als rente-uitgaven doorsluisde naar [C Cayman Islands].

Aangezien er overeenkomstig de destijds geldende Zweedse belastingregels in Zweden geen belastbare netto-inkomsten te belasten vielen, werden de door [C Danmark I] te betalen interesten via de Zweedse ondernemingen integraal overgedragen aan [C Cayman Islands].”

- 16 In het belastingjaar 2005 werd een reeks rentetransacties verricht waarbij C Danmark I, C Sverige II, C Sverige I en C Cayman Islands betrokken waren.
- 17 De Zweedse belastingdienst heeft aan de Deense belastingdienst een reeks inlichtingen over C Sverige II en C Sverige I verstrekt. Deze hielden onder meer het volgende in:
 - C Sverige II en C Sverige I hadden geen werknemers;
 - beide ondernemingen waren op hetzelfde adres gevestigd als een derde Zweedse onderneming, C Sverige III (de verkoopvennootschap). Op dit adres bevond zich een kantoor van C Sverige III;
 - C Sverige III had 16 medewerkers. De activiteiten waren van dien aard dat veel medewerkers in de buitendienst werkten en geen kantoor nodig hadden. In de periode 2005-2007 waren er in het Zweedse kantoor drie werknemers, die in dienst waren van C Sverige III;

- het kantoor bestond uit één ruimte van ongeveer 60 m² met enkele bureaus en een vergadertafel. Er was geen specifieke kantooruitrusting voor C Sverige II en C Sverige I aanwezig;
 - voor C Sverige II en C Sverige I bestemde post werd geopend door de drie werknemers van C Sverige III;
 - noch C Sverige II noch C Sverige I had een afzonderlijk telefoonnummer;
 - de huur werd betaald door C Sverige III. De ondernemingen brachten elkaar geen salarissen of soortgelijke administratiekosten in rekening. C Sverige II en C Sverige I hadden geen huurovereenkomst en droegen evenmin kosten voor het gebruik van de ruimte;
 - de enige activiteit van C Sverige II en C Sverige I bestond erin dat zij aandelen bezaten in de onderliggende onderneming. In geen van de jaren 2004-2006 hebben zij omzet of werknemers gehad;
 - zowel bij C Sverige II als bij C Sverige I bestonden de werkzaamheden uit een vrij beperkt aantal grote boekhoudkundige transacties, met name de boeking van interest;
 - de directeur van C Sverige III was tevens directeur van C Sverige II en C Sverige I en had toegang tot de bankrekeningen van de verschillende ondernemingen. Hij zorgde er tevens voor dat de ondernemingen een jaarverslag opstelden en dat zij hun belastingaangifte indienden.
- 18 Twee op de drie bestuurders van C Sverige I en C Sverige II waren Zweden. De activiteit van C Sverige II hield in dat zij aandelen bezat in de Europese tak van het concern.
- 19 De Deense belastingdienst heeft in het kader van de behandeling van de zaak de Zweedse belastingdienst verzocht om inlichtingen over de drie Zweedse ondernemingen, C Sverige III, C Sverige II en C Sverige I. De Zweedse belastingdienst deelde de Deense belastingdienst onder meer het volgende mee:

„I samband med dessa försäljningar har C Sverige [III] erhållit ett fordran på [C Danmark I] på 900 000 000 EUR och [C Cayman Island], Cayman Islands har erhållit en fordran på [C Sverige I] 900 000 000 EUR. Den ränta som betalas från Danmark slussas således vidare till Cayman Island och Sverige är närmast att betrakta enbart som ett transitland för dessa pengar. Någon skatt erläggs inte i Sverige.”

[„In verband met deze verkopen heeft C Sverige [III] een vordering ten belope van 900 000 000 EUR op [C Danmark I] verkregen, en heeft [C Cayman Islands], dat op de Kaaimaneilanden is gevestigd, een vordering ten belope van 900 000 000 EUR op [C Sverige I] verkregen. De vanuit

Denemarken betaalde interest wordt zo doorgesluisd naar de Kaaimaneilanden en Zweden dient bijna uitsluitend als een doorstroomland voor dit geld te worden beschouwd. In Zweden wordt geen belasting geheven.”]

- 20 C Danmark I heeft meegedeeld dat C Cayman Islands 140 miljoen EUR aan dividend heeft uitgekeerd aan de in de Verenigde Staten gevestigde moedermaatschappij C USA.
- 21 C Danmark I heeft de belastingdienst een door de executive vice president and chief financial officer (vicevoorzitter en financieel directeur) van C USA opgesteld rapport overgelegd. In dit rapport – waaraan een uittreksel van de Amerikaanse belastingaangifte is gehecht, alsmede een afschrift van het besluit tot uitkering van het dividend van 140 miljoen EUR door C Cayman Islands aan de moedermaatschappij, C USA [„Directors resolution effective as of 15 December 2005” („besluit van de directeur, van kracht met ingang van 15 december 2005”)] – wordt beschreven welke bedragen door C Cayman Islands zijn doorbetaald aan de moedermaatschappij, C USA, en hoe dit is gebeurd. Het dividend van 140 miljoen EUR werd door C USA ontvangen op 16 december 2005 en bedroeg tegen de toenmalige wisselkoers ongeveer 167,2 miljoen USD. Bij C Cayman Islands werd dus geen interest geaccumuleerd. De inlichtingen volgens welke C Cayman Islands 140 miljoen EUR aan dividend heeft uitgekeerd aan de moedermaatschappij, C USA, zijn door het Skatteministerium (ministerie van Belastingen) evenwel betwist omdat zij niet gestaafd zijn.
- 22 Denemarken en de Verenigde Staten hebben een informatie-uitwisselingsovereenkomst gesloten. Deze overeenkomst gaat verder dan het OESO-model, aangezien er „relevante” inlichtingen en niet alleen „noodzakelijke” inlichtingen worden uitgewisseld. C Cayman Islands heeft volgens de belastingdienst uitsluitend inkomsten uit interest.
- 23 Volgens het tussen Denemarken en de Verenigde Staten gesloten dubbelbelastingverdrag wordt er over interest in Denemarken geen bronbelasting geheven wanneer de uiteindelijk gerechtigde in de Verenigde Staten is gevestigd, wat bij de hoofdmaatschappij, C USA, onbetwist het geval is.
- 24 De belastingadministratie stelde op 30 oktober 2009 een besluit vast waarbij noch C Sverige II noch C Sverige I overeenkomstig de richtlijn interest en royalty’s en het Noordse dubbelbelastingverdrag wordt aangemerkt als „uiteindelijk gerechtigde” tot de van C Danmark I ontvangen interest.
- 25 Bij beslissing van 25 mei 2011 heeft de Landsskatteret het besluit van de belastingadministratie bevestigd. Deze instantie was namelijk van oordeel dat de Zweedse ondernemingen zuivere doorstroomvennootschappen waren.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

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

– Ad 1) Uiteindelijk gerechtigde

C Danmark I:

- 26 C Danmark I heeft primair aangevoerd dat C Sverige II de uiteindelijk gerechtigde in de zin van de richtlijn interest en royalty's is.
- 27 Uit een letterlijke uitlegging van deze richtlijn vloeit voort dat een onderneming in een lidstaat wordt geacht de uiteindelijk gerechtigde tot interest te zijn wanneer zij deze interest te eigen gunste ontvangt, en niet als bemiddelende instantie, bijvoorbeeld als tussenpersoon (zie artikel 1, lid 1, juncto lid 4, van de richtlijn interest en royalty's).
- 28 Volgens fundamentele vennootschapsrechtelijke regels, die zowel in het Deense als in het Zweedse recht gelden, is een dochteronderneming een zelfstandig rechtssubject dat zelf bindende overeenkomsten kan sluiten. Er zijn dan ook specifieke overeenkomsten vereist om te kunnen aannemen dat een dochteronderneming enkel handelt als bemiddelende instantie.
- 29 De tussen C Sverige II en C Danmark I gesloten leenovereenkomst was zowel naar Deens als naar Zweeds recht rechtsgeldig, en C Sverige II had als rechthebbende op de vordering uit deze overeenkomst alle bevoegdheden die aan een rechthebbende toekomen, waaronder het onbeperkte recht om de vordering te vervreemden of te verpanden.
- 30 C Sverige II droeg tevens het volle risico voor het geval dat C Danmark I de hoofdsom, vermeerderd met de interest, niet kon terugbetalen. Civielrechtelijk gesproken heeft C Sverige II zelf de interest ontvangen en dus niet als bemiddelende instantie voor een andere onderneming. Zij heeft de interest bijgevolg ook ontvangen te eigen gunste in de zin van de richtlijn interest en royalty's.
- 31 C Danmark I heeft voorts aangevoerd dat de handelwijze van het Skatteministerium, dat enerzijds stelt dat C Sverige II de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” is en dientengevolge naar Deens recht beperkt belastingplichtig

is, maar anderzijds laatstgenoemde onderneming de rechten ontzegt die de „uiteindelijk gerechtigde” krachtens de richtlijn bezit, in strijd is met het verbod op de heffing van belasting in het bronland. Het betoog van het Skatteministerium is bovendien in strijd met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat van oordeel is dat uitzonderingsbepalingen die ertoe strekken de werkingssfeer van een richtlijn te beperken, strikt moet worden uitgelegd.

- 32 C Danmark I heeft betwist dat er in casu sprake is van fraude of misbruik. Indien bewezen kan worden dat er in een bepaalde situatie sprake is van fraude of misbruik, kan deze situatie daarenboven overeenkomstig artikel 5 van de richtlijn enkel van de werkingssfeer daarvan worden uitgesloten als daarvoor een nationale (Deense) rechtsgrond bestaat. Aan het Deense recht kan daarvoor evenwel geen rechtsgrond worden ontleend.
- 33 Volgens het **Skatteministerium** was de plaatsing van de twee Zweedse ondernemingen boven de Deense tak van het concern ingegeven door fiscale overwegingen.
- 34 Het Skatteministerium heeft primair aangevoerd dat de desbetreffende interest door C Danmark I is betaald en overgeboekt naar de Zweedse moedermaatschappij, C Sverige II. Zijns inziens is C Danmark I ter zake van de interestbelasting inhoudingsplichtig, aangezien er in Denemarken voor die interest een beperkte belastingplicht geldt.
- 35 Evenzo bestaan er twee schuldbekentenissen tussen C Sverige I (de moedermaatschappij van C Sverige II) en de moedermaatschappij van deze onderneming, C Cayman Islands. Deze schuldbekentenissen betreffen dezelfde bedragen en bevatten dezelfde voorwaarden als de twee schuldbekentenissen tussen C Danmark I en C Sverige II.
- 36 Het Skatteministerium betwist niet dat de Zweedse onderneming C Sverige II, louter volgens de algemene, ongeschreven beginselen van het interne Deense recht, de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” (en dus de beperkt belastingplichtige onderneming) is.
- 37 Het Skatteministerium is evenwel van mening dat de twee Zweedse ondernemingen (C Sverige II en C Sverige I) doorstroomvennootschappen zijn die niet kunnen worden aangemerkt als „de uiteindelijk gerechtigde” („beneficial owner”) van de interest als bedoeld in de richtlijn interest en royalty’s. Bijgevolg wordt niet afgezien van de heffing van de belasting of wordt het bedrag ervan niet verminderd.
- 38 Zowel in artikel 11 van het Noordse dubbelbelastingverdrag als in artikel 1 van de richtlijn interest en royalty’s wordt het begrip „uiteindelijk gerechtigde” gebruikt, dat werd ingevoegd in de versie van het OESO-modelverdrag van 1977. Volgens het Skatteministerium is er geen reden om dit begrip verschillend uit te leggen

naargelang het in het Noordse dubbelbelastingverdrag (en het modelverdrag) of in de richtlijn interest en royalty's voorkomt.

- 39 De Zweedse ondernemingen C Sverige II en C Sverige I zijn niet de uiteindelijk gerechtigde tot de betaalde interest, doch enkel zuivere doorstroomvennootschappen, die de interestbetalingen niet te eigen gunste ontvingen. De interest werd daarentegen doorgesluisd naar de op de Kaaimaneilanden gevestigde onderneming C Cayman Islands.
- 40 Om de volgende redenen worden de Zweedse ondernemingen door het Skatteministerium niet geacht de uiteindelijk gerechtigde tot de interest te zijn:
- De plaatsing van de twee Zweedse ondernemingen boven de Deense tak van het concern was ingegeven door fiscale overwegingen. Deze stelling vindt steun in het feit dat de herstructurering onmiddellijk na de invoering van bronbelasting op interest plaatsvond. C Danmark I heeft deze stelling niet weerlegd door aannemelijk te maken of met documenten te staven dat met de herstructurering een commercieel doel werd nagestreefd.
 - De Zweedse ondernemingen moesten enkel dienen om te worden gebruikt in het kader van een poging om het concern fiscale voordelen te verschaffen.
 - C Sverige II en C Sverige I bezitten geen (noemenswaardige) zelfstandigheid. Deze ondernemingen hebben dan ook geen werknemers, geen specifieke kantooruitrusting en geen huurovereenkomst of kosten voor het gebruik van kantoren, en zij brengen geen salarissen of soortgelijke administratiekosten in rekening. Hun werkzaamheden bestaan uit een vrij beperkt aantal grote boekhoudkundige transacties, met name de boeking van interest, en zij voeren geen andere activiteit uit (noch hebben zij het voornemen daartoe) dan het houden van aandelen in de onderliggende onderneming.
 - Dientengevolge mag ervan worden uitgegaan dat de Zweedse ondernemingen in werkelijkheid niet bevoegd waren om zelfstandige bestuursbeslissingen te nemen over de vraag hoe de van C Danmark I ontvangen interest moest worden beheerd.
 - De – tegelijkertijd opgestelde – identieke schuldbekentenissen tussen de Deense onderneming die het hoogst geplaatst stond in de structuur, namelijk C Danmark I, en de Zweedse onderneming die het laagst geplaatst stond in de structuur (C Sverige II) respectievelijk tussen de hoogst geplaatste Zweedse onderneming (C Sverige I) en de onderneming op de Kaaimaneilanden (C Cayman Islands) wekken het vermoeden dat de interest van de Deense onderneming via de twee Zweedse ondernemingen naar de onderneming op de Kaaimaneilanden vloeit. Dit vermoeden wordt bevestigd door de mededeling van de Zweedse belastingdienst dat over de desbetreffende interest geen belastingen zijn betaald in Zweden.

- 41 C Danmark I dient dan ook aan te tonen dat de Zweedse ondernemingen meer waren dan zuivere doorstroomvennootschappen voor de interest, wat zij heeft nagelaten. Dat het interestbedrag overeenkomstig de Zweedse regels inzake intragroepsoverdrachten wordt doorgesluisd naar C Sverige I, staat er niet aan in de weg dat C Sverige II wordt aangemerkt als een doorstroomvennootschap. Van wezenlijke betekenis is daarentegen dat beide Zweedse ondernemingen puur feitelijk fungeren als zuivere doorstroomvennootschappen, die de betaalde interest voor rekening van een andere partij met gemeenschappelijke belangen doorsluizen.
- 42 Het is niet van beslissend belang dat niet kan worden aangetoond dat er op C Sverige II een formele juridische verplichting rustte om de van C Danmark I ontvangen interestbedragen door te betalen aan C Sverige I. Van beslissend belang is integendeel dat de interest feitelijk is doorgesluisd, en dat C Sverige I de interest op de schuldbekentenis ten aanzien van haar moedermaatschappij (C Cayman Islands, gevestigd op de Kaaimaneilanden) in werkelijkheid enkel kon betalen doordat de door C Danmark I betaalde interest via C Sverige II werd doorgesluisd naar C Sverige I.
- 43 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.
- 44 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.
- Ad 2) Artikel 49 VWEU en/of artikel 63 VWEU
- 45 **C Danmark I:** Mocht het Hof, tegen de verwachting in, oordelen dat een onderneming als C Sverige II niet de „uiteindelijk gerechtigde” is in de zin van de richtlijn interest en royalty’s, moet C Sverige II volgens het Skatteministerium worden geacht naar Deens recht de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” te zijn en dus ter zake van de interest beperkt belastingplichtig te zijn.
- 46 C Danmark I heeft aangevoerd dat de Deense regels inzake (de inhouding van en de aansprakelijkheid voor de betaling van) bronbelasting in dat geval in strijd zijn met het Unierechtelijke recht van vrije vestiging (of van vrij kapitaalverkeer), en wel om de volgende vijf redenen, met name in hun geheel beschouwd:
1. Ten eerste wordt de bronbelasting eerder opeisbaar dan de vergelijkbare vennootschapsbelasting.
 2. Ten tweede is de moratoire interest op de bronbelasting aanzienlijk hoger dan die op de vennootschapsbelasting.

3. Ten derde dient de kredietnemer de bronbelasting in te houden.
 4. Ten vierde is de kredietnemer jegens de overheid aansprakelijk voor de niet-ingehouden bronbelasting.
 5. Ten vijfde was het tarief van de bronbelasting hoger dan het algemene tarief van de vennootschapsbelasting, maar het Skatteministerium heeft naar aanleiding van de uitwerking van de verwijzingsbeslissing 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.
- 47 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.
- 48 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.
- 49 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.
- 50 Aangaande de stelling van *C Danmark I* 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 C Danmark I 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.

- 51 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

- 52 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.