Datum van inontvangstneming	:	18/07/2016

Zaak C-299/16

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:

26 mei 2016

Verwijzende rechter:

Vestre Landsret (Danmark)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

24 mei 2016

Verzoekende partij:

Z Denmark ApS

Verwerende partij:

Skatteministeriet

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

De zaak is aanhangig gemaakt bij de Vestre Landsret (regionale rechter van het westen 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 belastingadministratie („SKAT") waarbij Z Luxembourg niet wordt aangemerkt als „uiteindelijk gerechtigde" tot 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 dubbelbelastingverdrag tussen Denemarken en Luxemburg.

Het hoofdgeding betreft de vraag of verzoekster, Z Danmark ApS (hierna: „Z Denmark"), bronbelasting had moeten inhouden op de rentebijschrijvingen die zij in 2006 en 2007 ten gunste van haar hoofdaandeelhouder, Z Luxembourg

S.à.r.l. (hierna: „Z Luxembourg"), heeft verricht, en – zo ja – of zij aansprakelijk is voor de betaling van deze bronbelasting.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

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 kapitaalverkeer.

Het geding maakt deel uit van een reeks gedingen over het begrip „uiteindelijk gerechtigde", dat voorkomt in de meeste door Denemarken gesloten dubbelbelastingverdragen inzake dividenden, interest en royalty's, en tevens is terug te vinden in de richtlijn interest en royalty's.

Dit geding is één van de voorlopig zes gedingen waarin de Deense landsretter hebben 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, is er wegens de aanzienlijke verschillen in de feitelijke omstandigheden besloten in elk geding afzonderlijk het Hof prejudiciële vragen te stellen.

De verwijzing vindt plaats op grond van artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vraag

1. Dient artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49/EG aldus te worden uitgelegd dat een in een lidstaat gevestigde onderneming die onder artikel 3 van deze richtlijn valt en die onder omstandigheden als die van het hoofdgeding van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming interest ontvangt, de „uiteindelijk gerechtigde" tot deze interest is in de zin van deze richtlijn?

    1.1. Dient het begrip „uiteindelijk gerechtigde" in artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49/EG te worden uitgelegd in overeenstemming met het overeenkomstige begrip in artikel 11 van het modelverdrag van 1977?

    1.2. Indien vraag 1.1. bevestigend wordt beantwoord, dienen bij de uitlegging van dat begrip dan enkel de commentaren bij artikel 11 van het modelverdrag van 1977 (punt 8) in aanmerking te worden genomen, of kunnen daarbij ook latere commentaren in aanmerking worden genomen, waaronder de aanvullingen uit 2003 over „doorstroomvennootschappen" (punt 8.1, thans punt 10.1) en de aanvullingen uit 2014 over „contractuele en wettelijke verplichtingen" (punt 10.2)?

1.3. Indien de commentaren uit 2003 bij de uitlegging in aanmerking kunnen worden genomen, in hoeverre is het dan voor de beoordeling of een onderneming kan worden geacht niet de „uiteindelijk gerechtigde” in de zin van richtlijn 2003/49/EG te zijn, of de desbetreffende interest aan de hoofdsom wordt toegevoegd („wordt opgerold”), of op de ontvanger van de interest een contractuele/wettelijke verplichting rustte om de interest door te betalen aan een andere persoon, en of het merendeel van de personen waaraan de interest wordt betaald/doorbetaald en 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 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 specifieke 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 de betaler van de interest is gevestigd in een lidstaat, en de ontvanger van de interest is gevestigd in een andere lidstaat en door eerstgenoemde lidstaat niet wordt aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigde" tot de desbetreffende interest in de zin van richtlijn 2003/49/EG en bijgevolg wordt geacht beperkt belastingplichtig te zijn in die lidstaat ter zake van de desbetreffende interest, staat artikel 43 EG juncto artikel 48 dan in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan eerstgenoemde lidstaat bij de heffing van belasting van de niet-ingezeten ontvanger van de interest geen rekening houdt met de uitgaven, meer bepaald de rentelasten, die de ontvanger van de interest in omstandigheden als die van het hoofdgeding heeft moeten dragen, hoewel rentelasten over het algemeen aftrekbaar zijn volgens de wettelijke regeling van deze lidstaat en dus door een ingezeten onderneming van haar belastbare inkomen kunnen worden afgetrokken?

6. Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 2003/49/EG te zijn vrijgesteld van bronbelasting over interest die zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van de desbetreffende rente beperkt belastingplichtig te zijn, staat artikel 43 EG juncto artikel 48 EG dan in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de inhoudingsplichtige (de dochteronderneming) bij niet-tijdige betaling van verschuldigde bronbelasting verplicht tot betaling van moratoire interest tegen een rentevoet die hoger is dan de rentevoet die de betrokken lidstaat hanteert wanneer hij aan een in dezelfde lidstaat gevestigde onderneming moratoire interest in rekening brengt over verschuldigde vennootschapsbelasting (die zich onder meer uitstrekt tot rente-inkomsten)?

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

en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van de desbetreffende rente beperkt belastingplichtig te zijn, staan de artikelen 43 EG en 48 EG (dan wel artikel 56 EG) dan op zichzelf of gezamenlijk beschouwd in de weg aan een wettelijke regeling

7.1. 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?

7.2. 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 deze vraag rekening te houden met het antwoord op de zesde vraag.

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

1 Richtlijn rente en royalty's (overwegingen 1-6; artikel 1, leden 1, 4 en 7; artikelen 3 en 5); artikelen 43 EG, 48 EG en 56 EG.

Aangevoerde bepalingen van internationaal recht

2 Het Deens-Luxemburgse dubbelbelastingverdrag van 17 november 1980 bepaalt in artikel 11, lid 1, het volgende met betrekking tot de verdeling van de bevoegdheid tot het heffen van belastingen over interest:

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

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

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

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

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

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

5 Lovbekendtgørelse nr. 1745 van 14 december 2006 (geconcolideerde wet nr. 1745 van 14 december 2006), [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

De feiten

9 Z Denmark is een Deense industriële onderneming. In augustus 2005 nam het kapitaalfonds A Fund ongeveer 66 % van haar A-aandelen over. Structureel gezien verliepen de aankoop en de mede-investering van de andere aandeelhouders via Z Denmark, een nieuw opgerichte onderneming. In het kader van de koop verstrekte A Fund op 27 september 2005 een lening aan Z Denmark. Op 28 april 2006 droeg A Fund de vordering op Z Denmark over aan Z Luxembourg, een vennootschap die zij diezelfde dag in Luxemburg had opgericht. De prijs voor de overdracht werd geregeld via een door A Fund aan Z Luxembourg verstrekte lening. Bij overeenkomst van 21 juni 2006 droeg A Fund ook haar aandelen in Z Denmark over aan Z Luxembourg.

10 Volgens de jaarrekening van Z Luxembourg voor 2007 bestond haar enige activiteit in het bezitten van aandelen in Z Denmark. Z Denmark loste de in punt 9 genoemde lening af op 1 november 2007. Op diezelfde dag loste Z Luxembourg eveneens haar schuld ten opzichte van A Fund af, met inbegrip van de verschuldigde interest.

11 A Fund bestaat uit vijf fondsen, waarvan er vier zijn georganiseerd als (naar Deens fiscaal recht) fiscaal transparante commanditaire vennootschappen (Limited Partnerships) op Jersey. De vier transparante kapitaalfondsen tellen ongeveer 70 directe beleggers, waaronder pensioenfondsen, financiële instellingen, „fund-of-funds”, beleggingsverenigingen en -bedrijven, gewone ondernemingen en particulieren. Deze beleggers zijn in een groot aantal rechtsgebieden gevestigd, zowel binnen als buiten de Europese Unie en zowel binnen als buiten de staten waarmee Denemarken dubbelbelastingverdragen heeft gesloten. Het laatste fonds, A Fund (No. 5) Limited, Jersey, is georganiseerd als een niet fiscaal transparante onderneming en bezit ongeveer 0,6 % van de

aandelen van A Fund. A GP Limited, Jersey, is de beherende vennoot van alle commanditaire vennootschappen.

12 Begin 2011 nam de Zweedse industriële groep E AB het volledige aandelenkapitaal van Z Denmark over.

Behandeling van de zaak voor de nationale autoriteiten

13 Het geding draait in de eerste plaats om de vraag of Z Denmark ten aanzien van Denemarken beperkt belastingplichtig is ter zake van de betrokken interest. Naar Deens recht is een buitenlandse onderneming in de regel ten aanzien van Denemarken beperkt belastingplichtig ter zake van interest indien het gaat om een „gecontroleerde schuld", dat wil zeggen om een schuld ten aanzien van een verbonden vennootschap binnen dezelfde groep. De belastingplicht omvat evenwel geen interest indien krachtens de richtlijn interest en royalty's (2003/49/EG) of een dubbelbelastingverdrag van de heffing van belasting dient te worden afgezien of de belasting dient te worden verminderd. Indien op grond van slechts een van deze regelingen van de heffing van belasting over de interest wordt afgezien of het bedrag van de belasting wordt verminderd, is er dus geen beperkte belastingplicht.

14 De belastingadministratie heeft zich in haar besluit van 10 december 2010 op het standpunt gesteld dat Z Luxembourg niet de „uiteindelijk gerechtigde" tot de interest was in de zin van de richtlijn interest en royalty's en het dubbelbelastingverdrag tussen Denemarken en Luxemburg. Zij kwam tot de conclusie dat Z Denmark bronbelasting had moeten inhouden op de rentebijschrijvingen die in 2006 en 2007 waren verricht ten gunste van haar hoofdaandeelhouder, Z Luxembourg, en dat Z Denmark aansprakelijk was voor de niet-betaalde bronbelasting. Het Skatteministerium heeft voor de Vestre Landsret verklaard dat Z Luxembourg moet worden aangemerkt als de „werkelijke ontvanger van de inkomsten" in de zin van het Deense recht. Z Luxembourg is dus beperkt belastingplichtig ter zake van de betrokken interest.

15 Tegen het besluit van de belastingadministratie is opgekomen bij de Landsskatteret (administratieve beroepsinstantie in belastingzaken), die dat besluit bij beslissing van 31 januari 2012 bevestigde.

16 In deze beslissing heeft de Landsskatteret onder meer het volgende vastgesteld:

„Volgens artikel 1, lid 1, van de richtlijn interest en royalty's kan de bronbelasting over interest en dergelijke slechts wegvallen indien de in een andere lidstaat gevestigde onderneming die de interest en dergelijke ontvangt, de ‚uiteindelijk gerechtigde' (‚beneficial owner') is. Ingevolge artikel 1, lid 4, wordt een onderneming van een lidstaat alleen als ‚uiteindelijk gerechtigde' tot interest of royalty's behandeld indien zij de betrokken uitkeringen te eigen gunste ontvangt, en niet als bemiddelende instantie, bijvoorbeeld als tussenpersoon, trustee of gemachtigde van een derde. Dit geldt alleen indien de betalende en de

ontvangende vennootschap verbonden zijn, zoals bedoeld in de richtlijn (25 % deelneming).

[Z Luxembourg] wordt niet als een ‚beneficial owner' beschouwd, noch in de zin van het dubbelbelastingverdrag, noch in de zin van de richtlijn.

Tussen de partijen met gemeenschappelijke belangen is immers feitelijk een constructie opgezet waarbij [Z Luxembourg] de van de vennootschap ontvangen interest doorsluist naar het kapitaalfonds, vanwaar deze interest opnieuw wordt doorgesluisd naar de beleggers in het fonds.

Door de overname van de vordering van het kapitaalfonds op [Z Denmark] door [Z Luxembourg] en de gelijktijdige aankoop door deze vennootschap van aandelen in [Z Denmark] via een lening die dezelfde omvang heeft als deze vordering en onder dezelfde voorwaarden wordt verstrekt, zou de belasting die van [Z Luxembourg] zou moeten worden geheven over de door de Deense onderneming betaalde interest, worden geneutraliseerd door de interesten die zij aan het kapitaalfonds betaalt, zodat de transacties, gezamenlijk beschouwd, niet zouden leiden tot belastbare netto-inkomsten waarover de vennootschap belasting zou moeten betalen. De Luxemburgse onderneming wordt dan ook beschouwd als een doorstroomvennootschap die niet beschikt over een reële bevoegdheid/mogelijkheid om te beslissen hoe zij over de overgedragen middelen beschikt.

[Z Luxembourg] kan dus geen recht ontlenen aan het verdrag en/of de richtlijn om van de Deense bronbelasting te worden vrijgesteld."

17 Z Denmark heeft bij de Vestre Landsret beroep ingesteld tegen de beslissing van de Landsskatteret.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

De argumenten van partijen hebben betrekking op twee hoofdvragen, namelijk 1) wie de uiteindelijk gerechtigde is, en 2) 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) Uiteindelijk gerechtigde

Z Denmark

18 Z Denmark betoogt in het algemeen dat Z Luxembourg, die zowel voldoet aan de kapitaalvereisten als aan de deelnemingsvereisten van de richtlijn interest en royalty's, op grond van de richtlijn een onvoorwaardelijk recht heeft om te worden vrijgesteld van bronbelasting op dividenden die door Z Denmark zijn

uitgekeerd, aangezien zij als de „uiteindelijk gerechtigde” moet worden beschouwd.

19 Z Denmark stelt voorts dat het begrip „uiteindelijk gerechtigde”, zoals omschreven in artikel 1, lid 4, van de richtlijn interest en royalty's, een zelfstandig Unierechtelijk begrip is, dat autonoom dient te worden uitgelegd. Dit begrip is dus niet identiek aan het overeenkomstige begrip in het modelverdrag van de OESO. Z Denmark betoogt in dit verband dat het besluit van de belastingadministratie erop neerkomt dat deze haar beslissingspraktijk heeft gewijzigd en verstrengd.

20 Volgens Z Denmark heeft Z Luxembourg de interest „te eigen gunste [ontvangen], en niet als bemiddelende instantie, bijvoorbeeld als tussenpersoon, trustee of gemachtigde van een derde” in de zin van artikel 1, lid 4. Het wordt niet betwist dat deze onderneming geen tussenpersoon, trustee of gemachtigde is.

21 Voor het geval dat zou worden aangenomen dat het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in de richtlijn interest en royalty's op dezelfde wijze moet worden opgevat als het overeenstemmende begrip in het modelverdrag van de OESO, betoogt Z Denmark dat bij de uitlegging van dit begrip (hooguit) de commentaren van 1977 in aanmerking kunnen worden genomen, volgens welke de bescherming van het verdrag zich niet uitstrekt tot „gevallen waarin een bemiddelende instantie, bijvoorbeeld een tussenpersoon of een gemachtigde, tussen de ontvanger en de betaler wordt geplaatst”. Het is duidelijk dat de richtlijn is ontwikkeld in het licht van deze commentaren.

22 Volgens Z Denmark zou het in strijd zijn met het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel – volgens hetwelk een regeling die de belastingplichtigen lasten oplegt of rechten verleent, duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn – indien het Hof een dynamische uitlegging van het in de richtlijn vervatte begrip „uiteindelijk gerechtigde” toeliet waarbij belang wordt gehecht aan de evoluerende, ruime uitlegging hiervan door een andere internationale instelling zonder democratische legitimiteit.

23 Z Denmark 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. In dit verband zouden de vaste rechtspraak inzake de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” („rightful in-come recipient”) en de overwegingen in verband met de werkelijke toestand („substance over form”) kunnen worden toegepast, voor zover deze benadering binnen de grenzen blijft van artikel 5, lid 1, van de richtlijn, zoals uitgelegd door het Hof. In casu zijn de partijen het echter erover eens dat de vorm overeenstemt met de realiteit en dat Z Luxembourg de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” uit de betrokken interest is.

24 Het **Skatteministerium** betoogt in het algemeen dat Z Denmark belasting op de interest dient in te houden, aangezien er krachtens § 2, lid 1, onder d), van de selskabsskattelov sprake is van een beperkte belastingplicht ten aanzien van Denemarken ter zake van de betrokken interest.

25 Z Luxembourg is een doorstroomvennootschap die niet als de „beneficial owner"/„uiteindelijk gerechtigde" tot de interest in de zin van de richtlijn interest en royalty's kan worden beschouwd, zodat deze richtlijn niet de mogelijkheid biedt om van de belasting af te zien of het bedrag ervan te verminderen.

26 Volgens het Skatteministerium moet worden aangenomen dat Z Luxembourg geen kantoren of personeel had en dat haar enige functie erin bestond aandelen in Z Denmark te bezitten en schuldeiser respectievelijk schuldenaar te zijn in het kader van de lening binnen de groep. Z Denmark heeft niet bewezen dat de situatie anders was.

27 Z Denmark heeft niet aangetoond dat de constructie waarbij de Luxemburgse onderneming tussen Z Denmark en het kapitaalfonds op Jersey werd geplaatst, door commerciële redenen was ingegeven. De plaatsing van de Luxemburgse onderneming boven de Deense tak van het concern was enkel ingegeven door fiscale overwegingen. Z Luxembourg diende enkel te fungeren als een schakel in de poging om het concern fiscale voordelen te verschaffen.

28 Z Luxembourg had geen andere inkomensbronnen die op enigerlei wijze de rente-uitgaven ten behoeve van A Fund konden dekken, en had dus geen andere mogelijkheid om interest op de schuld ten opzichte van het kapitaalfonds A Fund te betalen dan door de interestbetalingen van de Deense onderneming door te sluizen, wat precies is gebeurd. Z Denmark betaalde dus op 1 november 2007 de lening, inclusief de interest, terug aan Z Luxembourg, die op dezelfde dag de overeenkomstige lening, inclusief de interest, terugbetaalde aan A Fund.

29 De constructie hield in dat de ondernemingen onmiddellijk de vruchten konden plukken van de fiscale aftrek, zonder enige druk op hun liquide middelen te ondervinden, en dat A Fund zonder verdere fiscale gevolgen via deze constructie de opbrengst van een „exit" naar zich toe kon laten stromen, wat ook daadwerkelijk is gebeurd, aangezien de leningen en de opgebouwde rente tegelijkertijd zijn afgelost.

– Ad 2) Artikel 49 VWEU en/of artikel 63 VWEU

30 **Z Denmark** betoogt dat het hoe dan ook in strijd is met het recht van vrije vestiging in de zin van artikel 43 EG dat Denemarken interestbelasting wil heffen over bruto-inkomsten, dat wil zeggen dat zij geen aftrekmogelijkheid verleent voor uitgaven die rechtstreeks verband houden met het verwerven van de rente-inkomsten.

31 Zo heeft Z Luxembourg, om de betrokken lening te kunnen verstrekken – en aldus de betrokken interest te kunnen verwerven – zelf een even grote lening bij zijn aandeelhouder moeten opnemen, en zij heeft hierbij een minstens even zware rentelast gedragen. Indien Z Luxembourg een Deense vennootschap was geweest, had zij de betrokken uitgaven mogen aftrekken en had zij geen belasting over rente-inkomsten hoeven te betalen. Met andere woorden, nationaal wordt de belasting geheven overeenkomstig het nettobeginsel. Schuldeisers worden dus fiscaal verschillend behandeld, naargelang zij in Denemarken dan wel in een andere lidstaat, zoals in casu in Luxemburg, zijn gevestigd. Een dergelijk verschil in behandeling vormt een hindernis voor het vrije verkeer van vestiging die niet door dwingende redenen van algemeen belang kan worden gerechtvaardigd.

32 Met betrekking tot de zevende vraag heeft Z Denmark aangevoerd dat de Deense regels inzake (de inhouding van en de aansprakelijkheid voor de betaling van) bronbelasting in strijd zijn met het Unierechtelijke recht van vrije vestiging (of van vrij kapitaalverkeer), en wel om de volgende vijf redenen, zowel op zichzelf als – a fortiori – in hun geheel beschouwd:

1. Ten eerste wordt de bronbelasting eerder opeisbaar dan de vergelijkbare vennootschapsbelasting.

2. Ten tweede is de moratoire interest op de bronbelasting aanzienlijk hoger dan die op de vennootschapsbelasting.

3. Ten derde dient de kredietnemer de bronbelasting in te houden.

4. Ten vierde is de kredietnemer jegens de overheid aansprakelijk voor de niet-ingehouden bronbelasting.

5. Ten vijfde was het tarief van de bronbelasting hoger dan het algemene tarief van de vennootschapsbelasting.

33 Het **Skatteministerium** betoogt dat Z Luxembourg bij de berekening van de inkomsten die in Denemarken aan de bron worden belast, niet de rentelasten kon aftrekken die verbonden waren aan de lening die zij van A Fund had gekregen. Dit is een logisch gevolg van het feit dat er sprake is van bronbelasting over interest die vanuit Denemarken wordt betaald, terwijl de betrokken rentelasten geen verband houden met Denemarken. Deense ondernemingen verrichten overigens ook geen nettoberekening van rente-inkomsten en hiermee verbonden rentelasten. Rente-inkomsten zijn belastbaar en rentelasten kunnen (in de regel) worden afgetrokken door ondernemingen die in Denemarken zijn gevestigd, maar noch de belastingheffing noch de aftrekbaarheid is onderworpen aan de voorwaarde dat de rentelasten betrekking hebben op een schuld die specifiek dient ter financiering van de vordering waaraan de rente-inkomsten kunnen worden toegeschreven. Er is dus geen sprake van een verschillende behandeling van vergelijkbare situaties. Z Denmark kan hoe dan ook geen aanspraak maken op de bescherming van het verdrag, aangezien er sprake is van misbruik.

34 Het Skatteministerium stelt voorts dat de Deense regels inzake bronbelasting op interest, 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 het beginsel van vrij kapitaalverkeer in de zin van artikel 56 EG. Vennootschapsbelasting en bronbelasting zijn fundamenteel verschillend en het heeft dan ook geen zin betalingstijdstippen, moratoire interestvoeten, de inhoudingsplicht of de regeling van de aansprakelijkheid te vergelijken.

35 Het Hof van Justitie 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.

36 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.

37 Z Denmarks stelling „dat het in strijd is met artikel 43 EG inzake het recht van vrije vestiging dat Denemarken (ten aanzien van een beperkt belastingplichtige die in een andere lidstaat is gevestigd), wegens niet-tijdige betaling van de bronbelasting rente eist die (aanzienlijk) hoger is dan de rente die in rekening wordt gebracht aan ingezeten vennootschappen wegens niet-tijdige betaling van vennootschapsbelasting (die zich onder meer uitstrekt tot rente-inkomsten)", berust op een onjuiste premisse. Zo is er geen sprake van een verschil in behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten ondernemingen. De stelling van Z Denmark is gebaseerd op de onjuiste veronderstelling dat de verplichting om moratoire interest te betalen rust op de (in een andere lidstaat gevestigde) onderneming die de interest ontvangt. De verplichting om moratoire interest te betalen rust evenwel op de Deense onderneming die niet heeft voldaan aan haar verplichting om de bronbelasting in te houden. Het tarief van de door een inhoudingsplichtige onderneming verschuldigde moratoire interest is voorts hetzelfde, ongeacht de soort bronbelasting waarvan sprake is. De moratoire interestvoet is dus dezelfde, ongeacht of zij verschuldigd is wegens de niet-tijdige betaling door de inhoudingsplichtige van bronbelasting op dividenden 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.

38 Mocht het Hof van oordeel zijn dat de Deense regeling een beperking vormt, is deze hoe dan ook gerechtvaardigd door de dwingende reden van algemeen belang dat belastingontduiking dient te worden voorkomen en dat het belastingstelsel doeltreffend dient te worden beheerd.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

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