CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 12 mei 2016 [1]

Zaak C-593/14

Masco Denmark ApS,
Damixa ApS
tegen
Skatteministeriet
[verzoek van het Vestre Landsret (gerechtshof voor West-Denemarken, Denemarken)

om een prejudiciële beslissing]

„Belastingwetgeving — Vrijheid van vestiging (artikel 43 EG) — Nationale vennootschapsbelasting — Inkomsten uit rente — Lening aan dochteronderneming — Belastingvrijstelling bij verbod op aftrek voor rente-uitgaven van een ondergekapitaliseerde dochteronderneming — Moedermaatschappijen met niet-ingezeten dochterondernemingen — Verbod op renteaftrek van een andere lidstaat”

I – **Inleiding**

1. De strategieën ter vermijding van belasting van internationale concerns hebben de internationale gemeenschap de laatste jaren sterk beziggehouden. Een klassieke mogelijkheid om winsten ter belastingverlaging van de ene naar de andere staat te verschuiven, is het financieren van buitenlandse dochterondernemingen door middel van het verstrekken van leningen in plaats van met eigen vermogen. Daarmee kan worden bewerkstelligd dat de winst van een dochteronderneming deels wordt onttrokken aan de belasting in haar lidstaat van vestiging en in plaats daarvan in de lidstaat van vestiging van de moedermaatschappij onder indien mogelijk gunstigere voorwaarden in de vorm van renteopbrengsten wordt belast.

2. Deze mogelijkheid tot winstverschuiving vormt het kader van het onderhavige Deense verzoek om een prejudiciële beslissing. De Deense fiscus tracht deze tegen te werken door middel van een verbod op renteaftrek dat geldt voor zogeheten ondergekapitaliseerde dochterondernemingen, waarbij er derhalve van wordt uitgegaan dat hun moedermaatschappij hun eigenlijk meer eigen vermogen zou moeten verschaffen. Het verbod op aftrek zorgt ervoor dat de winst van Deense dochterondernemingen onverminderd door overdreven rentebetalingen in Denemarken wordt belast. Om te voorkomen dat rentebetalingen binnen Denemarken dubbel worden belast, zijn in dat geval de overeenstemmende rente-inkomsten bij de Deense moedermaatschappij van belasting vrijgesteld.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

3. Een dergelijke vrijstelling wordt Deense moedermaatschappijen echter geweigerd wanneer hun dochteronderneming in een andere lidstaat is gevestigd en zij daar ook is onderworpen aan een verbod op renteaftrek. Het Hof moet thans verduidelijken of een dergelijke regeling tot bescherming tegen winstverschuiving valt te verenigen met de vrijheid van vestiging. Daarbij zal het met name gaan om de waarborg van de consistentie in de rechtspraak van het Hof op het gebied van directe belastingen.

II – **Toepasselijke bepalingen**

Unierecht

4. Voor het tijdvak dat betrekking heeft op het hoofdgeding regelt artikel 43 EG[2] (thans artikel 49 VWEU[3]) het recht van vestiging als volgt:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld."

5. Artikel 48 EG (thans artikel 54 VWEU) breidt het toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging uit als volgt:

„De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.

[…]"

Geldend nationaal recht

6. In het Koninkrijk Denemarken wordt vennootschapsbelasting geheven over de inkomsten van Deense vennootschappen, waaronder ook inkomsten uit rente vallen.

7. Een Deense vennootschap die deel uitmaakt van een concern, mag overeenkomstig § 11, lid 1, Selskabsskattelov (wet op de vennootschapsbelasting; hierna: „Deense wet vpb") rentelasten voor schulden binnen het concern in beginsel niet opvoeren als bedrijfskosten, voor zover zij is ondergekapitaliseerd. Van onderkapitalisatie is sprake zodra een ratio van meer dan 4:1 tussen passiva en eigen vermogen van de vennootschap bestaat.

2 — Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap in de versie van het Verdrag van Amsterdam (PB 1997, C 340, blz. 173).

3 — Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB 2012, C 326, blz. 47).

8. In geval van toepassing van het verbod op aftrek van rentelasten van § 11, lid 1, van de Deense wet vpb, zijn de bijbehorende renteopbrengsten krachtens lid 6 van de bepaling bij de renteheffer van belasting vrijgesteld.

III – **Het hoofdgeding**

9. Het hoofdgeding betreft de vaststelling van de Deense vennootschapsbelasting voor de Deense vennootschap Damixa ApS (hierna: „Damixa") over de jaren 2005 en 2006, meer bepaald de wijze waarop sommige ontvangen rente fiscaal in aanmerking wordt genomen. Damixa was in die periode een dochteronderneming van Masco Denmark ApS, waarmee zij een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting vormde en die derhalve eveneens verzoekster is in het hoofdgeding.

10. Damixa heeft haar in Duitsland gevestigde volle dochteronderneming Damixa Armaturen GmbH een lening verstrekt. Daaruit ontving zij in 2005 en 2006 rente ten belope van in totaal 9 584 745 DKK (Deense kroon). Bij haar dochteronderneming werd de rente niet als bedrijfskosten, maar als uitgekeerde dividend beschouwd, omdat zij volgens de Duitse wet was ondergekapitaliseerd (ratio van meer dan 1,5 tussen passiva en eigen vermogen).

11. De Deense belastingdienst ziet in dit geval geen ruimte voor toepassing van de belastingvrijstelling voor renteopbrengsten overeenkomstig § 11, lid 6, van de Deense vpb. Voor de vrijstelling geldt namelijk de voorwaarde dat de rente-uitgaven van de renteschuldenaar onder het aftrekverbod van § 11, lid 1, van de Deense vpb vallen. Dit aftrekverbod geldt echter alleen voor vennootschappen die Deens belastingplichtig zijn, dus in het algemeen alleen voor de vennootschappen die in Denemarken zijn gevestigd.

12. De regeling leidt echter tot een beperking van de vrijheid van vestiging van Damixa. Uiteindelijk wordt haar de belastingvrijstelling namelijk enkel geweigerd omdat haar dochteronderneming, waarvan zij renteopbrengsten ontvangt, in een andere lidstaat is gevestigd.

IV – **Procedure voor het Hof**

13. Het Vestre Landsret (gerechtshof voor West-Denemarken), aan wie het geding ondertussen is voorgelegd, heeft het Hof op 19 december 2014 krachtens artikel 267 VWEU de volgende vraag voorgelegd:

„Staat artikel 43 EG juncto artikel 48 EG (thans artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU) eraan in de weg dat een lidstaat een ingezeten vennootschap geen belastingvrijstelling voor rente-inkomsten toestaat, wanneer een in een andere lidstaat gevestigde verbonden onderneming binnen dezelfde groep de overeenkomstige rentelasten als gevolg van de regeling (als in casu) in de relevante lidstaat inzake beperking van renteaftrek bij onderkapitalisatie niet mag aftrekken, terwijl de lidstaat een ingezeten vennootschap een belastingvrijstelling voor rente-inkomsten wel toestaat ingeval een verbonden onderneming binnen dezelfde groep in dezelfde lidstaat de overeenkomstige rentelasten niet mag aftrekken als gevolg van de nationale regeling (als in casu) inzake de beperking van renteaftrek bij onderkapitalisatie?"

14. Voor het Hof hebben verzoeksters in het hoofdgeding, het Koninkrijk Denemarken alsook de Europese Commissie schriftelijke en in het kader van de mondelinge behandeling van 3 maart 2016 ook mondelinge opmerkingen over deze vraag gemaakt.

V – **Juridische beoordeling**

15. Met zijn prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het met de vrijheid van vestiging verenigbaar is dat een lidstaat renteopbrengsten die een moedermaatschappij van haar dochteronderneming ontvangt, wel vrijstelt van belasting wanneer de overeenkomende rente-uitgaven van de dochteronderneming volgens het belastingrecht van deze lidstaat niet mogen worden afgetrokken in verband met onderkapitalisatie, maar niet wanneer de dochteronderneming in een andere lidstaat is gevestigd en de rentebetalingen in het kader van de belasting aldaar op grond van onderkapitalisatie evenmin aftrekbaar zijn.

A – *Beperking van de vrijheid van vestiging*

16. Volgens artikel 43 EG juncto artikel 48 EG zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dat verbod geldt niet alleen voor de lidstaat van ontvangst, maar ook voor de lidstaat van oorsprong van de vennootschap.[4] Derhalve is sprake van een in beginsel verboden beperking van de vrijheid van vestiging wanneer de lidstaat van oorsprong een binnenlandse moedermaatschappij met een buitenlandse dochteronderneming nadelig behandelt ten opzichte van een binnenlandse moedermaatschappij met een binnenlandse dochteronderneming.[5]

17. In het onderhavige geval lijkt Damixa op het eerste gezicht aldus nadelig te zijn behandeld. Terwijl zij geen recht heeft op belastingvrijstelling voor de rentebetalingen van haar buitenlandse dochteronderneming, ofschoon haar dochteronderneming de rente in het kader van haar winstbelasting niet kan opvoeren als bedrijfskosten, zou zij indien het een binnenlandse dochteronderneming betrof, die evenmin recht had op renteaftrek, wel in aanmerking komen voor belastingvrijstelling.

18. Een regeling als de Deense beperkt de vrijheid van vestiging van Damixa uiteindelijk echter niet, omdat het nadeel dat voor haar ontstaat niet enkel wordt veroorzaakt door het Koninkrijk Denemarken. Deze zienswijze volgt uit de vaste rechtspraak inzake het autonomiebeginsel (hierna onder 1) en wordt in hoofdzaak ook niet ter discussie gesteld door de Manninen-rechtspraak (hierna onder 2).

4 — Zie onder meer arresten Daily Mail en General Trust (81/87, EU:C:1988:456, punt 16), National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 35), Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 18) en Sparkasse Allgäu (C-522/14, EU:C:2016:253, punt 20).

5 — Zie onder meer arresten X en Y (C-200/98, EU:C:1999:566, punten 27 en 28), Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, punten 31 en 32), SCA Group Holding e.a. (C-39/13–C-41/13, EU:C:2014:1758, punten 23-27), Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 19) en Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, punt 15).

1. Autonomiebeginsel

19. Het Hof heeft bij herhaling geoordeeld dat een lidstaat door de fundamentele vrijheden niet wordt verplicht bij de toepassing van zijn belastingregeling rekening te houden met de eventueel ongunstige gevolgen van de bijzonderheden van de regeling van een andere lidstaat. [6] Met name de vrijheid van vestiging verplicht een lidstaat volgens vaste rechtspraak niet, zijn belastingregeling af te stemmen op die van een andere lidstaat teneinde te waarborgen dat in alle situaties de belasting aldus wordt geheven dat alle verschillen als gevolg van de nationale belastingregelingen verdwijnen. [7]

20. Dit „autonomiebeginsel" [8] houdt eigenlijk in dat een lidstaat de fundamentele vrijheden niet schendt in een geval waarin grensoverschrijdende situaties alleen worden benadeeld wanneer de regelingen uit het belastingrecht van een andere lidstaat worden toegepast. De afzonderlijke fiscale rechtordes van de lidstaten moeten namelijk autonoom worden beoordeeld. [9]

21. Zo heeft het Hof bijvoorbeeld op basis van dit beginsel geoordeeld dat een lidstaat zijn eigen belastingheffing niet ervan hoeft te laten afhangen of een andere lidstaat ter zake van dezelfde verrichting ook belasting heft. [10]

22. Het Hof heeft ook op basis van het autonomiebeginsel in het kader van de zogeheten exitbelasting geoordeeld dat een lidstaat waardeverminderingen in de vermogensbestanddelen van een onderneming die zijn ontstaan naar aanleiding van de verplaatsing van haar zetel naar een andere lidstaat, niet mag beoordelen naargelang de lidstaat van aankomst in zijn belastingrecht rekening houdt met deze waardeverminderingen. [11]

23. Ook de grensoverschrijdende verrekening van verliezen kan volgens het autonomiebeginsel niet afhangen van het feit of de buitenlandse dochteronderneming krachtens een belastingbepaling van de andere lidstaat geen verliezen mag opvoeren [12], dan wel of een verlies uit de verkoop van een aldaar gelegen onroerende zaak in het algemeen niet in aanmerking wordt genomen. [13]

6 — Zie arresten Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, punt 49) en K (C-322/11, EU:C:2013:716, punt 79).

7 — Arresten Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, punt 43), Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, punt 50) en National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 62); zie in die zin ook arresten Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, punt 51) en X (C-686/13, EU:C:2015:375, punt 33) met betrekking tot de keuze tussen verschillende lidstaten van vestiging; zie met name over de dubbele belasting de arresten CIBA (C-96/08, EU:C:2010:185, punt 28), Commissie/Hongarije (C-253/09, EU:C:2011:795, punt 83) en X (C-302/12, EU:C:2013:756, punt 29); zie bovendien met betrekking tot fiscale informatieplichten het arrest Sparkasse Allgäu (C-522/14, EU:C:2016:253, punt 31), zie voorts over het vrije kapitaalverkeer de arresten Block (C-67/08, EU:C:2009:92, punt 31) en Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813, punt 39).

8 — Het Hof sprak in verband met de aangehaalde beginselen vaker over de „zekere autonomie" van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen; zie arresten Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, punt 51), Block (C-67/08, EU:C:2009:92, punt 31) en Commissie/Hongarije (C-253/09, EU:C:2011:795, punt 83).

9 — Dit geldt ook in omgekeerde richting: de regeling van een lidstaat is ook strijdig met de fundamentele vrijheden wanneer een alleen door hem veroorzaakte benadeling wordt gecompenseerd door de regeling van een andere lidstaat; zie ook mijn conclusie in de gevoegde zaken SCA Group Holding e.a. (C-39/13–C-41/13, EU:C:2014:104, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak); zie in die zin ook arrest Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655, punt 78).

10 — Zie arresten Block (C-67/08, EU:C:2009:92, punt 28-31) en CIBA (C-96/08, EU:C:2010:185, punt 28).

11 — Zie arrest National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punten 61 en 62).

12 — Zie arrest Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2015:50, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

13 — Zie arrest K (C-322/11, EU:C:2013:716, punten 79-81).

24. In al deze gevallen valt de benadeling van de grensoverschrijdende situatie ten minste ook de andere lidstaat toe te rekenen en is zij derhalve het gevolg van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten [14] respectievelijk van de gelijktijdige uitoefening ervan. [15] Een benadeling echter, die enkel ontstaat door de wisselwerking van de regelgeving van twee lidstaten, kan geen van beide lidstaten als beperking van een fundamentele vrijheid worden toegerekend. [16]

25. De dubbele belasting van grensoverschrijdende situaties door twee lidstaten is hiervoor een bijzonder tekenend voorbeeld, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof geen schending van de fundamentele vrijheden vormt [17], ofschoon de negatieve gevolgen voor de interne markt duidelijk zijn. Dergelijke verstoringen van de interne markt naar aanleiding van het autonome optreden van twee lidstaten kunnen echter niet door de fundamentele vrijheden, maar alleen door overeenkomstige rechtshandelingen op het niveau van de Unie [18] of – als de op dit ogenblik een na beste oplossing – door bilaterale of multilaterale overeenkomsten van de lidstaten onderling [19] worden verhinderd.

26. In het onderhavige geval is thans sprake van de benadeling van de grensoverschrijdende vestiging van Damixa onder de *conditio sine qua non* dat in het buitenlandse Duitse belastingrecht, dat op haar dochteronderneming van toepassing is, een verbod op renteaftrek bestaat. Zonder deze regeling, waarvoor een andere lidstaat verantwoordelijk is, zou er echter geen sprake zijn van een benadeling van grensoverschrijdende situaties ten opzichte van binnenlandse situaties. Zonder het door een andere lidstaat geregelde verbod op renteaftrek zou de buitenlandse dochteronderneming de rentebetalingen aan haar moedermaatschappij Damixa namelijk zoals gewoonlijk als bedrijfskosten kunnen opvoeren in het kader van haar belasting. Moedermaatschappijen, wier dochters rentebetalingen kunnen aftrekken als bedrijfskosten, hebben volgens de Deense belastingregeling die in casu aan de orde is echter geen recht op belastingvrijstelling van de overeenstemmende renteopbrengsten, ongeacht of hun dochteronderneming in het binnen- dan wel in het buitenland is gevestigd.

27. Zou men er in het onderhavige geval daarentegen van uitgaan dat de Deense regeling de vrijheid van vestiging beperkt, dan zou het Koninkrijk Denemarken – behoudens een rechtvaardiging van deze beperking – belastingvrijstelling bij grensoverschrijdende situaties altijd moeten laten afhangen van de eventuele toepassing door een andere lidstaat van een verbod op renteaftrek voor zijn belastingplichtigen. Dit zou duidelijk ingaan tegen de uiteengezette rechtspraak inzake het autonomiebeginsel.

2. Arrest Manninen

28. Ook het arrest Manninen [20] strookt met dit autonomiebeginsel. De betekenis van dit arrest voor de beantwoording van de prejudiciële vraag is uitgebreid door partijen besproken, ofschoon het al in 2004, voordat het autonomiebeginsel in onze rechtspraak werd ontwikkeld, is gewezen.

14 — Zie in die zin arrest Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, punten 51 en 52).

15 — Zie in die zin arresten Kerckhaert en Morres (C-513/04, EU:C:2006:713, punt 20) en CIBA (C-96/08, EU:C:2010:185, punt 25).

16 — De gevolgen van het autonomiebeginsel worden als uitsluiting van de beperking van een fundamentele vrijheid aangemerkt in de arresten Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, punten 50-54), Block (C-67/08, EU:C:2009:92, punten 23-31), X (C-686/13, EU:C:2015:375, punten 33-35) en Sparkasse Allgäu (C-522/14, EU:C:2016:253, punten 24-32); in het kader van de rechtvaardiging van een beperking komt het autonomiebeginsel echter aan bod in de arresten Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, punten 41-44), National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punten 50-64), Commissie/Hongarije (C-253/09, EU:C:2011:795, punten 81-83) en K (C-322/11, EU:C:2013:716, punten 74-82).

17 — Zie bijvoorbeeld arresten Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, punt 34), CIBA (C-96/08, EU:C:2010:185, punt 28), Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen (C-436/08 en C-437/08, EU:C:2011:61, punt 170) en X (C-302/12, EU:C:2013:756, punt 29).

18 — Zie bijvoorbeeld arresten Kerckhaert en Morres (C-513/04, EU:C:2006:713, punt 22), Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, punt 45), Block (C-67/08, EU:C:2009:92, punt 30) en CIBA (C-96/08, EU:C:2010:185, punt 27).

19 — Zie bijvoorbeeld arresten Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, punten 41 en 42) en Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, punten 48 en 49).

20 — Arrest Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484).

29. In het arrest Manninen heeft het Hof in het kader van de belasting van dividendinkomsten van binnenlandse aandeelhouders vastgesteld dat sprake was van schending van het vrije verkeer van kapitaal. Het nationale belastingrecht bepaalde namelijk dat de aandeelhouders in beginsel een belastingkrediet kregen ten belope van de vennootschapsbelasting die al over de uitgekeerde winsten was betaald door de vennootschap waarvan zij eigenaar waren. Aandeelhouders van buitenlandse vennootschappen waren echter uitgesloten van deze maatregel ter voorkoming van economische dubbele belasting van de winst van vennootschappen. Hier bestond geen mogelijkheid tot verrekening van de vennootschapsbelasting die buitenlandse vennootschappen in een andere lidstaat hadden betaald. Het Hof stelde in zoverre vast dat sprake was van een beperking van grensoverschrijdende investeringen, waarvoor het ook geen rechtvaardiging kon vinden.

30. Wanneer dit op het onderhavige geval wordt toegepast, kan worden betoogd dat ook de hogere belasting van een dochteronderneming ingevolge een verbod op renteaftrek een belasting is die bij de binnenlandse aandeelhouder, namelijk de moedermaatschappij, moet worden „verrekend” door de inkomsten uit rente niet te belasten bij de aandeelhouder. Uit deze vergelijking zou volgen dat ook in casu – net als in het arrest Manninen – sprake zou zijn van een beperking van de vrijheid van vestiging, omdat de „verrekening” niet mogelijk is bij buitenlandse deelnemingen. Dit zou de waarde van het autonomiebeginsel ter discussie stellen.

31. Evenwel moet worden benadrukt dat het Hof in zijn toenmalige motivering de bestreden nationale regeling nadrukkelijk aldus heeft opgevat dat de verrekening van de vennootschapsbelasting van de vennootschap met de inkomstenbelasting van haar aandeelhouders uiteindelijk tot gevolg had dat de inkomsten uit dividend bij de aandeelhouder van belasting werden vrijgesteld.[21] De betreffende lidstaat was derhalve alleen verantwoordelijk voor de benadeling van buitenlandse deelnemingen waarbij uiteindelijk geen belastingvrijstelling voor inkomsten uit dividend bestond. In deze uitlegging onderscheidt zich het arrest Manninen wezenlijk van het onderhavige geval. De Deense belastingvrijstelling van de moedermaatschappijen is namelijk niet van algemene toepassing, maar alleen dan wanneer voor hun dochterondernemingen een verbod op renteaftrek geldt, hetgeen bij niet-ingezeten dochterondernemingen echter afhankelijk is van het belastingrecht van een andere lidstaat.

32. Deze uitlegging van het arrest Manninen zou echter kunnen worden weersproken door de omstandigheid dat het Hof de betreffende lidstaat niet verplicht acht de aandeelhouder ook een volledige belastingvrijstelling te verlenen voor de dividenden van een niet-ingezeten vennootschap. Volgens vaste rechtspraak moet veeleer alleen de vennootschapsbelasting die daadwerkelijk in de lidstaat van vestiging van de vennootschap is betaald, worden verrekend met de belasting van de aandeelhouders.[22] In zoverre kan dus sprake zijn van strijdigheid met het autonomiebeginsel, omdat de omvang van deze verrekening immers afhankelijk is van de hoogte van de buitenlandse belasting en derhalve van het belastingrecht van een andere lidstaat.

33. De vermeende strijdigheid wordt echter weggenomen wanneer wordt erkend dat het Hof de lidstaat op deze wijze alleen tegemoet is gekomen bij de keuze van het middel waarmee de vastgestelde inbreuk ongedaan moet worden gemaakt. Om schending van het vrije verkeer van kapitaal te voorkomen hoeft de betreffende lidstaat bij buitenlandse deelnemingen niet tevens vrijstelling te verlenen, maar volstaat het wanneer hij enkel de concrete buitenlandse vennootschapsbelasting verrekent.[23] Dat daarentegen de verrekening van buitenlandse belasting als zodanig – en daarmee de afhankelijkheid van de belastingstructuur van een andere lidstaat – op

21 — Zie arrest Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, punten 20 en 44).

22 — Zie arrest Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, punt 54); zie ook onder meer arresten Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 70), Meilicke e.a. (C-292/04, EU:C:2007:132, punt 15), Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen (C-436/08 en C-437/08, EU:C:2011:61, punt 61) en Meilicke e.a. (C-262/09, EU:C:2011:438).

23 — Zie arrest Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, punt 46).

grond van de Manninen-rechtspraak *niet* verplicht is krachtens de fundamentele vrijheden, blijkt meer bepaald uit het feit dat de aandeelhouder op grond daarvan in een grensoverschrijdende situatie maximale belastingvrijstelling moet worden verleend over zijn inkomsten uit dividend, maar hij geen recht heeft op restitutie van een overschot van buitenlandse vennootschapsbelasting. [24]

3. Conclusie

34. Een regeling als de Deense inzake de belastingvrijstelling van inkomsten uit rente die afhankelijk is van een verbod op renteaftrek vormt derhalve geen beperking van de vrijheid van vestiging en is dientengevolge niet strijdig met de artikelen 43 EG en 48 EG.

B – *Subsidiair: rechtvaardiging van een eventuele beperking*

35. Mocht het Hof in het onderhavige geval echter toch uitgaan van een beperking van de vrijheid van vestiging van Damixa, moet voorts worden getoetst of haar benadeling is gerechtvaardigd.

36. Een nadelige behandeling van Damixa zou kunnen worden gerechtvaardigd, omdat in haar geval het verbod op aftrek van rente-uitgaven van haar dochteronderneming bestaat in het kader van de *buitenlandse* inkomstenbelasting en niet binnen het systeem van de Deense vennootschapsbelasting.

1. Verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten

37. Hier moet in eerste instantie worden gedacht aan de in de vaste rechtspraak van het Hof erkende rechtvaardigingsgrond van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. [25] Op grond daarvan hebben de lidstaten het recht de hun toegekende heffingsbevoegdheid te waarborgen en te beschermen. [26] Maatregelen op deze basis strekken verder dan het loutere belang van een lidstaat om een derving van zijn belastinginkomsten te voorkomen – hetgeen op zich geen dwingende reden van algemeen belang is [27] –, omdat zij erop zijn gericht te voorkomen dat belastbare materie onterecht naar een andere lidstaat wordt verplaatst.

38. De bijzonderheid in het onderhavige geval is dat de heffingsbevoegdheid niet zoals anders door de lidstaten middels een verdrag of unilateraal [28] is vastgesteld, maar door een rechtshandeling van de Unie. De rente die Damixa van haar Duitse dochteronderneming heeft ontvangen, valt namelijk duidelijk binnen de werkingssfeer van richtlijn 2003/49/EG. [29] Artikel 1, leden 1 en 2, van deze richtlijn wijst het heffingsrecht voor dergelijke rente toe aan de lidstaat van de renteheffer, terwijl het de rente in de bronstaat van belasting vrijstelt.

24 — Zie arrest Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 52).

25 — Zie in die zin arresten Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 45), National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 45) en Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661, punt 41).

26 — Zie meer bepaald mijn conclusie in de zaak Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:153, punten 38-41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 — Zie in die zin arresten ICI (C-264/96, EU:C:1998:370, punt 28), Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, punt 49) en Commissie/Oostenrijk (C-10/10, EU:C:2011:399, punt 40).

28 — Zie met name arresten Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, punt 25), National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 45) en Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661, punt 41).

29 — 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 (PB 2003, L 157, blz. 49).

39. Ofschoon richtlijn 2003/49 de bronstaat ingevolge artikel 4, lid 1, onder a), ervan niet verhindert rentebetalingen bij uitzondering te belasten als winstuitkering, zoals met behulp van een verbod op renteaftrek kan gebeuren, en ofschoon de belasting van de dochteronderneming, die een verbod op renteaftrek rechtstreeks beïnvloedt, niet onder artikel 1, lid 1 ervan valt [30], geldt voor de richtlijn toch de duidelijke bepaling dat de heffingsbevoegdheid voor de grensoverschrijdende rentebetalingen moet toekomen aan de lidstaat van de renteheffer. [31]

40. De in casu bestaande heffingsbevoegdheid van het Koninkrijk Denemarken wordt echter niet gewaarborgd wanneer de omstandigheid dat een bronstaat zoals de Bondsrepubliek Duitsland door middel van een verbod op renteaftrek de rente belast tot gevolg heeft dat Denemarken zijn heffingsbevoegdheid moet opgeven, omdat het ook voor dergelijke gevallen belastingvrijstelling zou moeten verlenen. Ook de handelingen op het gebied van belastingrecht van de Unie als richtlijn 2003/49, zijn echter gebonden aan de fundamentele vrijheden. [32] Wanneer de rechtvaardiging van een beperking van de fundamentele vrijheden in het belastingrecht al moet zijn afgestemd op de verdeling van de heffingsbevoegdheid door de lidstaten [33], moet dit des te meer gelden voor een verdeling op het niveau van de Unie.

41. Nu ook geen minder vergaand middel dan de beperking van de thans aan de orde zijnde belastingvrijstelling voor rentebetalingen door binnenlandse dochterondernemingen valt te ontdekken, waarmee kan worden voorkomen dat de heffingsbevoegdheid in strijd met de verdeling door richtlijn 2003/49 naar de bronstaat verschuift, was deze maatregel dus gerechtvaardigd ter waarborg van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.

2. Samenhang van het belastingstelsel

42. Daarenboven kan de uitsluiting van niet-ingezeten dochterondernemingen van de belastingvrijstelling ook zijn gerechtvaardigd ter waarborg van de samenhang van het belastingstelsel. [34]

43. Hiervoor is een rechtstreeks verband noodzakelijk tussen een belastingvoordeel en de compensatie ervan door een bepaalde belastingheffing. [35] Daarbij moet de vraag of het verband tussen het voordeel en de belastingheffing rechtstreeks is, aan de hand van het doel van de betrokken regeling worden beoordeeld. [36] Zijn deze voorwaarden vervuld, kan aan een belastingplichtige een belastingvoordeel worden onthouden wanneer hij niet ook is onderworpen aan de belasting die in het belastingstelsel van een lidstaat onlosmakelijk is verbonden met het gevorderde belastingvoordeel.

30 — Zie ook arrest Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, punten 30 en 31).

31 — Zie ook overweging 4 van richtlijn 2003/49.

32 — Zie in die zin inzake richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 1990, L 225, blz. 6), arrest Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 — Zie meer bepaald mijn conclusie in de zaak Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:153, punten 35-37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 — Zie met name arresten Bachmann (C-204/90, EU:C:1992:35, punt 28), Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, punt 42), Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, punt 43), SCA Group Holding e.a. (C-39/13–C-41/13, EU:C:2014:1758, punt 33) en Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punt 39).

35 — Zie bijvoorbeeld arresten Svensson en Gustavsson (C-484/93, EU:C:1995:379, punt 18), ICI (C-264/96, EU:C:1998:370, punt 29), Rewe Zentralfinanz (C-347/04, EU:C:2007:194, punt 62), Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, punt 58) en Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punt 39).

36 — Zie bijvoorbeeld arresten Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, punt 39), Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:709, punt 47) en Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punt 39); zie in dezelfde zin reeds arrest Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, punt 43).

44. In casu moet worden vastgesteld dat sprake is van een dergelijk rechtstreeks verband tussen de Deense belastingvrijstelling van de renteopbrengsten van de moedermaatschappij en het Deense aftrekverbod voor rente-uitgaven van de dochteronderneming. Damixa wenst derhalve te profiteren van het voordeel van de belastingvrijstelling van haar renteopbrengsten, zonder dat haar dochteronderneming is onderworpen aan de daarmee rechtstreeks verbonden belasting in de vorm van het Deense verbod op renteaftrek.

45. Hieraan doet niet af dat het Hof meermaals heeft verklaard dat onder andere geen sprake is van een rechtstreeks verband in de zin van de samenhang van het belastingstelsel, wanneer meerdere belastingplichtigen worden geraakt.[37] Zoals ik elders al nader heb uiteengezet[38], kan bij wijze van uitzondering ook een dergelijk rechtstreeks verband bestaan wanneer, zoals in het onderhavige geval, identieke economische activiteiten symmetrische gevolgen hebben bij twee belastingplichtigen. Met name in het arrest Papillon heeft het Hof deze zienswijze ook impliciet en voor het onderhavige geval als ter zake dienend aanvaard. Daarin werd namelijk vastgesteld dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het voordeel van de consolidatie van de resultaten van alle vennootschappen uit de groep en de belastingheffing op een neutralisering van bepaalde transacties tussen vennootschappen van de groep.[39] Hier hadden de voor- alsook de nadelen telkens betrekking op verschillende vennootschappen binnen een groep.

46. De uitsluiting van de belastingvrijstelling bij niet-ingezeten dochterondernemingen waarvoor een buitenlands verbod op renteaftrek geldt, is overigens overeenkomstig de jongste rechtspraak ook evenredig. Het Hof heeft in dat verband namelijk geoordeeld dat de inaanmerkingneming van ook buitenlandse omstandigheden die niet onder de eigen belasting vallen, indruist tegen het doel van een regeling die – zoals ook hier het geval is – een dubbele belasting binnen het belastingstelsel van een lidstaat moet voorkomen.[40]

47. Daarmee wordt de beperking van de hier aan de orde zijnde belastingvrijstelling op inkomsten uit rentebetalingen van dochterondernemingen waarvoor een binnenlands verbod op renteaftrek geldt, ook gerechtvaardigd vanuit het oogpunt van de garantie van de samenhang van het belastingstelsel.

VI – **Conclusie**

48. Gelet op een en ander geef ik in overweging de vraag van het Vestre Landsret (gerechtshof van West-Denemarken) te beantwoorden als volgt:

„Artikel 43 EG juncto artikel 48 EG staat niet in de weg aan een regeling van een lidstaat die een ingezeten vennootschap belastingvrijstelling voor rente-inkomsten weigert wanneer een in een andere lidstaat gevestigde verbonden onderneming binnen dezelfde groep de overeenkomstige rentelasten als gevolg van de regeling inzake de beperking van renteaftrek bij onderkapitalisatie in die lidstaat niet mag opvoeren, terwijl zij een ingezeten vennootschap een belastingvrijstelling voor rente-inkomsten wel toestaat wanneer een in dezelfde lidstaat gevestigde verbonden onderneming binnen dezelfde groep de overeenkomstige rentelasten niet mag opvoeren als gevolg van de nationale regeling inzake de beperking van renteaftrek bij onderkapitalisatie."

37 — Zie bijvoorbeeld arrest F. E. Familienprivatstiftung Eisenstadt (C-589/13, EU:C:2015:612, punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 — Zie mijn conclusie in de zaak Manninen (C-319/02, EU:C:2004:164, punten 50-65).

39 — Zie ook arrest Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, punten 45-50).

40 — Zie arrest Commissie/Hongarije (C-253/09, EU:C:2011:795, punten 81 en 82).