

1. Feiten

Een belastingplichtige vormt met haar gevoegde dochtermaatschappij een fiscale eenheid in de zin van artikel 15 Wet Vpb. De aandelen in belanghebbende zijn voor 100% in het bezit van 67 Awr. Belanghebbende maakt onderdeel uit van een wereldwijd concern met het hoofdkantoor in 67 Awr. Naast haar operationele activiteiten financiert belanghebbende een aantal groepsmaatschappijen. Een van de uitstaande vorderingen is op een 67 Awr zuster67 Awrvennootschap, waarvan de aandelen eveneens in het bezit zijn van 67 Awr. Over de uitstaande vordering wordt rente in rekening gebracht.

Voor de periode 67 Awr heeft de 67 Awr belastingdienst onderzoek gedaan naar o.m. de rentebetalingen aan Nederland. De 67 Awr belastingdienst heeft geconcludeerd dat de Europese Interest – en Royaltyrichtlijn niet van toepassing is omdat de 67 Awr aandeelhouder van de 67 Awr vennootschap en de belastingplichtige niet in de richtlijn is opgenomen als een kwalificerend lichaam. Dit heeft er, na diverse onderhandelingen met de 67 Awr belastingdienst, uiteindelijk toe geleid dat over de rentebetalingen aan de belastingplichtige een bronbelasting van 67 Awr is geheven, gebaseerd op het percentage in het belastingverdrag tussen Nederland en 67 Awr.

2. Rechtsvraag

De belastingplichtige wenst te vernemen of het mogelijk is om de uiteindelijke bronbelasting in Nederland te verrekenen met de door haar verschuldigde vennootschapsbelasting, hetzij op grond van het Unierecht dan wel op basis van het Verdrag tussen Nederland en 67 Awr.

Met name op de eerste rechtsvraag rijst de vraag in welke mate de Interest – en Royaltyrichtlijn buiten toepassing blijft als een gemeenschappelijke verbonden moedervennootschap niet aan de rechtsvorm van de Richtlijn voldoet.

Onze analyse wordt onderverdeeld in een onderdeel dat betrekking heeft op het secundaire Unierecht en een deel dat betrekking heeft op het belastingverdrag tussen Nederland en 67 Awr.

3. Analyse

3.1. Intrest – Royaltyrichtlijn

3.1.1. Algemeen

De Interest – en Royaltyrichtlijn finaal dateert reeds van 2003.¹ De Richtlijn heeft volgens de preambule als voornaamste doeleinden: (1) het wegnemen van de nog bestaande dubbele belastingheffing ter zake van interest- en royaltybetalingen tussen verbonden ondernemingen binnen de EU; (2) het wegnemen van cashflownadelen die voortkomen uit het tijdsverschil dat bestaat tussen afdracht en teruggaaf van betaalde bronbelasting; en (3) het verminderen van de administratieve lasten die hiermee gemoeid zijn.

¹ 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.

Uitkeringen van *interest* die ontstaan in een lidstaat, worden vrijgesteld van alle belastingen in die bronstaat (door inhouding dan wel door aanslag), op voorwaarde dat een onderneming van een andere lidstaat, of een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van een onderneming van een lidstaat, de uiteindelijk gerechtigde tot de *interest* of de *royalty's* is.

Dit artikel vindt alleen toepassing indien de onderneming die de betaler van *interest* of *royalty's* is, of de onderneming waarvan de vaste inrichting als zodanig wordt behandeld, een *verbonden onderneming* is van de onderneming die de uiteindelijk gerechtigde is of waarvan de vaste inrichting wordt behandeld als de uiteindelijk gerechtigde tot de betrokken *interest* en *royalty's*. De relevante begrippen zijn gedefinieerd in de Interest - en Royaltyrichtlijn.

De Interest - en Royaltyrichtlijn is van toepassing op betalingen aan een onderneming of een vaste inrichting gevestigd in een andere lidstaat. De Richtlijn beoogt dus geen transacties binnen dezelfde lidstaat. Het moet dus gaan om grensoverschrijdende betalingen.

Een belangrijke beperking m.b.t. het toepassingsgebied van de Interest - en Royaltyrichtlijn is – zoals reeds gesteld - dat enkel betalingen aan *verbonden ondernemingen* zijn beoogd.² De notie ‘verbonden onderneming’ gaat verder dan de notie ‘moederonderneming’ in de Moeder - Dochterrichtlijn.³ Zo moet de betaling gebeuren aan een onderneming die rechtstreeks een deelneming heeft van ten minste 25% in het kapitaal⁴ van de betalende onderneming, of, aan een onderneming waarin de betalende onderneming rechtstreeks dergelijke deelneming heeft, of, aan een onderneming die verbonden is *omwille van het feit dat een derde onderneming rechtstreeks dergelijke deelneming heeft in het kapitaal van zowel de betalende als van de ontvangende onderneming*.⁵

3.1.2 Toetsing aan de relevante voorwaarden

Voor zover voor deze casus van belang verbindt de Interest - en Royaltyrichtlijn 3 voorwaarden aan haar toepassing:

- a) de betalende onderneming moet een “onderneming van een lidstaat” zijn;
- b) de ontvangende onderneming moet “een onderneming van een (andere) lidstaat” zijn; en
- c) beide ondernemingen moeten met elkaar “verbonden” zijn.

Vast staat dat aan de voorwaarden a) en b) is voldaan. Beide vennootschappen voldoen aan de eisen van artikel 3, onderdeel a) van de Richtlijn, meer specifiek ook aan de vereiste rechtsvorm van subonderdeel i)

De betalende onderneming en de ontvangende onderneming zijn materieel ook met elkaar verbonden, aangezien ze geen gezamenlijke 100%-aandeelhouder hebben, die ook binnen de Gemeenschap gevestigd is. Echter, de verbindende schakel heeft niet een rechtsvorm die in de bijlage bij de Richtlijn is opgenomen.

² CERIONI, L., “Intra-EC Interest and Royalties Tax Treatment, *European Taxation*, 2004, blz. 52.

³ SMET, P., “*Handboek Roerende Voorheffing*”, Biblo, 2003, p. 370.

⁴ Het begrip ‘kapitaal’ wordt niet gedefinieerd in de Interest - en Royaltyrichtlijn.

⁵ De lidstaten hebben de mogelijkheid om het criterium van een minimumdeelneming in het kapitaal te vervangen door dat van een minimumpercentage van de stemrechten.

Daarmee rijst de vraag of de Interest - en Royaltyrichtlijn buiten toepassing dient te blijven in een geval als de onderhavige, waarbij de gezamenlijke Duitse moedermaatschappij weliswaar voldoet aan de kwantitatieve verbondenheidseis (deelnemingspercentage) van artikel 3, **onderdeel b)** van de Richtlijn, maar niet aan de kwalitatieve eis (in casu met betrekking tot de rechtsvorm) zoals genoemd in artikel 3, **onderdeel a)** van de Richtlijn.). De vraag komt met name op omdat de rechtsvormvereiste niet in de definitie van “verbonden onderneming” is opgenomen, maar wel in de definitie van “onderneming van een lidstaat”.

Een vergelijkbare discussie doet zich voor bij verbonden ondernemingen waarbij de holdingvennootschap de vereiste minimumdeelneming heeft maar in een niet – EU staat is gevestigd. Hierover bestaat in de literatuur discussie.⁶ Deze discussie vindt haar oorsprong in het feit dat alleen voor de deelnemingen (ondernemingen waarin een belang gehouden wordt) expliciet vereist is dat ze binnen de Gemeenschap zijn, en niet voor de aandeelhouder. De onduidelijkheid wordt verder gevoed door het feit dat de Richtlijn voor de verbondenheid in een alternatief criterium voorziet, luidende *De lidstaten hebben echter de mogelijkheid om het criterium van een minimumdeelneming in het kapitaal te vervangen door dat van een minimumpercentage van de stemrechten*. Dit alternatief criterium wordt in de Richtlijn niet verder gedefinieerd. Gelet op de onduidelijkheid die ontstaat over de interpretatie van de definities van de Richtlijn, hebben we ons afgevraagd welke interpretatie het beste strookt met de bedoelingen van de richtlijngever.

In haar ontwerp heeft de Commissie voorgesteld het toepassingsbereik van de Interest – en Royaltyrichtlijn niet afhankelijk te laten zijn van de rechtsvorm. In het voorstel van de Commissie zou, in beginsel, iedere onderneming die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat is opgericht, in aanmerking komen voor toepassing van de richtlijn. De Raad is de Commissie hierin niet gevolgd. In de aanpassing van de moeder-dochterrichtlijn van 22 december 2003 is een veel ruimere lijst van rechtsvormen opgenomen, waarin ook andere VPB-plichtige lichamen staan vermeld. Op 30 december 2003 heeft de Commissie een voorstel tot aanpassing van de Interest – en Royaltyrichtlijn gelanceerd, waarin een uitbreiding van de lijst van rechtsvormen is voorgesteld. Deze werd tot dusver niet aangenomen. Dit is naar onze mening op zijn minst een aanwijzing dat de reikwijdte van de Richtlijn op dit restrictief moet worden geïnterpreteerd. Dit zou met zich meebrengen dat de lijst aan kwalificerende rechtsvormen in de Interest – en Royaltyrichtlijn niet alleen restrictief moet worden beoordeeld, maar dat alle relevante ondernemingen (inclusief de tussenschakels voor verbondenheid) hieraan moeten voldoen. Het Hof van Justitie heeft ten andere in de zaak *Gaz de France Berliner Investissement* trouwens geoordeeld dat de lijst aan kwalificerende rechtsvormen binnen de Moeder – Dochterrichtlijn ook restrictief moet worden geïnterpreteerd.⁷ Er kan worden van uitgegaan dat deze uitspraak tevens geëxtrapoleerd kan worden naar de Interest – en Royaltyrichtlijn. Hiermee wordt echter geen uitspraak gedaan over het vraagstuk of hiermee een strijdigheid van het vrije vestigingsrecht of vrij kapitaalverkeer kan ontstaan.

⁶ CERIONI, L., “Intra-EC Interest and Royalties Tax Treatment”, *European Taxation* 2004, p. 47 e.v.

⁷ HvJ 1 oktober 2009, VN 2009/59.16

De 67 Awr Belastingdienst heeft geoordeeld dat de Interest - en Royaltyrichtlijn op de voorliggende casus niet kan worden toegepast aangezien de 67 Awr moedervernootschap niet de vereiste rechtsvorm heeft. Indien de belastingplichtige deze visie niet deelt staat de (uiteindelijke) rechtsgang naar het Hof van Justitie open. Belanghebbende heeft zich uiteindelijk bij het standpunt van de 67 Awr Belastingdienst neergelegd.

Wij kunnen de analyse die daaraan ten grondslag ligt volgen.

3.2. Belastingverdrag Nederland 67 Awr

Aangenomen dat de Interest – en Royaltyrichtlijn op de voorliggende casus niet toepasselijk is, dient geanalyseerd te worden of het belastingverdrag tussen Nederland en 67 Awr desgevallend de inhouding van bronheffing op interest kan verhinderen of beperken. Het belastingverdrag is van kracht met ingang van 67 Awr en is nog steeds toepasselijk. Het spreekt uiteraard voor zich dat – in tegenstelling tot wat de vraagsteller poneert – de toepassing van een belastingverdrag niet afhankelijk is van de toepassing van het unierecht. Belastingverdragen moeten in overeenstemming zijn met het Unierecht maar daarover gaat hier de discussie niet over.

Artikel 11 lid 1 van het belastingverdrag stelt dat interest afkomstig uit een van de Staten en betaald aan een inwoner van de andere Staat, in die andere Staat mag worden belast. Artikel 11 lid 2 Verdrag stelt dat deze interest mag echter ook in de Staat waaruit hij afkomstig is, overeenkomstig de wetgeving van die Staat worden belast, maar indien de genietende uiteindelijk gerechtigde tot de interest is, mag de aldus geheven belasting 67 Awr percent van het brutobedrag van de interest niet overschrijden. De 67 Awr fiscus heeft om die reden de inhouding aan bronheffing gelimiteerd tot 67 Awr pct. Voorkoming kan op basis van artikel 24 lid 3 van het belastingverdrag worden verleend.

buiten verzoek

4. Besluit

Wij besluiten dat de Interest – en Royaltyrichtlijn op de voorliggende casus niet van toepassing is aangezien de 67 Awr moedervernootschap van de Nederlandse en 67 Awr dochtervernootschappen geen vereiste rechtsvorm heeft zoals vermeld in de bijlage in de Richtlijn. Op basis van artikel 11 lid 2 van het belastingverdrag tussen Nederland en 67 Awr mag 67 Awr pct bronheffing inhouden op de uitgekeerde rente die in aanmerking komt voor voorkoming in Nederland op basis van artikel 24 lid 3 van het belastingverdrag.