



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. KOKOTT
van 1 maart 2018¹

Zaak C-299/16

**Z Denmark
tegen
Skatteministeriet**

[verzoek van de Vestre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het westen van Denemarken) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Richtlijn 2003/49/EG betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten („richtlijn interest en royalty's") – Begrip „uiteindelijk gerechtigde" – Handelen op eigen naam voor rekening van een derde – Invloed van de commentaren bij het modelverdrag van de OESO op de uitlegging van een richtlijn van de Europese Unie – Misbruik van mogelijkheden tot fiscale structurering – Criteria voor het bestaan van misbruik in verband met de ontwijking van bronbelasting – Misbruik van het gebrek aan regelingen voor de uitwisseling van informatie tussen staten – Rechtstreekse toepassing van een niet omgezette bepaling van een richtlijn – Uitlegging van nationale beginselen ter voorkoming van misbruik in overeenstemming met het Unierecht”

I. Inleiding

1. In deze zaak wordt het Hof – net als in drie andere, parallelle procedures² – verzocht om vast te stellen onder welke omstandigheden de civielrechtelijk gerechtigde tot interest ook moet worden aangemerkt als de gerechtigde in de zin van de richtlijn interest en royalty's³. Hierbij moet worden uitgemaakt of bij de uitlegging van het Unierecht ook rekening moet worden gehouden met de commentaren van de OESO bij haar modelverdragen, in het bijzonder wanneer deze na de vaststelling van de richtlijn zijn gewijzigd. Voorts rijst de vraag hoe het Unierechtelijke misbruikverbod moet worden gedefinieerd en of dit verbod rechtstreeks van toepassing is.

2. In de onderhavige zaak hebben investeerders via een in een derde land gevestigd beleggingsfonds geld geleend aan een door hen gecontroleerde Deense vennootschap. Kennelijk omdat de fiscale randvoorwaarden voor buitenlandse investeerders door de invoering van een bronbelasting waren verslechterd, zijn de desbetreffende leningvordering en de aandelen in de Deense vennootschap overgedragen aan een in Luxemburg opgerichte vennootschap. Bij die gelegenheid heeft het beleggingsfonds laatstgenoemde vennootschap een even hoge lening verstrekt. Met het inschakelen van een in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde vennootschap wordt onder meer beoogd de Deense bronbelasting over interestbetalingen te ontwijken.

¹ Oorspronkelijke taal: Duits.

² Het gaat namelijk om de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16 en C-119/16.

³ 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).

3. De hierboven bedoelde vragen hebben uiteindelijk allemaal betrekking op het in het belastingrecht bestaande principiële conflict tussen enerzijds de civielrechtelijke organisatievrijheid van de belastingplichtige en anderzijds het tegengaan van constructies die civielrechtelijk weliswaar zijn toegestaan, maar in bepaalde omstandigheden misbruik opleveren. Hoewel deze problematiek reeds bestaat sinds de totstandkoming van het moderne belastingrecht, blijft het moeilijk om geoorloofde van ongeoorloofde vormen van belastingoptimalisatie te onderscheiden. Van een automobilist die zijn auto na een verhoging van de motorrijtuigenbelasting verkoopt, kan met stelligheid worden beweerd dat hij opzettelijk de motorrijtuigenbelasting ontwijkt. Dit kan evenwel niet worden aangemerkt als misbruik van recht, ook al is de enige beweegreden de belastingbesparing.

4. In het licht van de politieke opwinding over de belastingpraktijken van bepaalde wereldwijd opererende concerns is het voor het Hof geen eenvoudige taak om in dit verband voor de nodige afbakening te zorgen zonder elk op belastingvermindering gericht gedrag van het individu gelijk te stellen met misbruik.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

5. Het Unierechtelijke kader van de onderhavige zaak wordt gevormd door richtlijn 2003/49/EG en door de artikelen 43, 48 en 56 EG (thans artikelen 49, 54 en 63 VWEU).

6. De overwegingen 1 tot en met 6 van richtlijn 2003/49 luiden:

- „(1) In een interne markt die de kenmerken van een binnenlandse markt heeft, zouden transacties tussen ondernemingen van verschillende lidstaten niet aan minder gunstige belastingvoorschriften onderworpen moeten zijn dan die welke voor soortgelijke transacties tussen ondernemingen van eenzelfde lidstaat gelden.
- (2) Met betrekking tot uitkeringen van interest en royalty's wordt thans niet aan deze eis voldaan; de nationale belastingwetten, in voorkomend geval in samenhang met bilaterale of multilaterale overeenkomsten, kunnen niet altijd waarborgen dat dubbele belasting wordt geëlimineerd en de toepassing ervan plaatst de betrokken ondernemingen vaak voor belastende administratieve formaliteiten en kasmiddelenproblemen.
- (3) Er moet worden gewaarborgd dat uitkeringen van interest en royalty's eenmaal in een lidstaat worden belast.
- (4) De afschaffing van de belasting op uitkeringen van interest en royalty's in de lidstaat waar zij ontstaan, ongeacht of deze door inhouding aan de bron of door aanslag wordt geïnd, is het geschiktste middel om deze formaliteiten en problemen uit te bannen en een gelijke fiscale behandeling van nationale en transnationale transacties te waarborgen. Deze belasting moet met name worden afgeschaft voor uitkeringen tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten en tussen vaste inrichtingen van deze ondernemingen.
- (5) De regelingen dienen uitsluitend van toepassing te zijn op het eventuele bedrag aan interest of royalty's dat zonder een bijzondere verhouding tussen de betaler en de uiteindelijk gerechtigde zou zijn overeengekomen.
- (6) Het mag de lidstaten bovendien niet worden belet passende maatregelen ter bestrijding van fraude of misbruik te nemen.”

7. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 luidt:

„Uitkeringen van interest of royalty's 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.”

8. Voorts is in artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 bepaald:

„Een onderneming van een lidstaat wordt 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.”

9. Artikel 1, lid 7, van richtlijn 2003/49 luidt:

„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 of royalty's.”

10. In artikel 5 van richtlijn 2003/49, met als opschrift „Fraude en misbruiken”, is het volgende bepaald:

„1. Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken.

2. Een lidstaat kan het genot van deze richtlijn ontzeggen of weigeren de richtlijn toe te passen in het geval van transacties met als voornaamste beweegreden of een van de voornaamste beweegredenen belastingfraude, belastingontwijking of misbruik.”

B. Volkenrecht

11. Artikel 11, lid 1, van het Deens-Luxemburgse verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van 17 november 1980 (hierna: „dubbelbelastingverdrag”) bevat de volgende bepaling over de verdeling van de bevoegdheid om belasting te heffen 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.”

12. 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 dubbelbelastingverdrag niet nader omschreven.

C. Deens recht

13. Volgens de verwijzende rechter was de juridische situatie in Denemarken tijdens de litigieuze periode als volgt.

14. In § 2, lid 1, onder d), van de wet betreffende de heffing van belasting over de inkomsten van naamloze vennootschappen en dergelijke (hierna: „wet op de vennootschapsbelasting”)⁴ zijn voorschriften vastgesteld inzake de beperkte belastingplicht van buitenlandse ondernemingen ter zake van door Deense ondernemingen bijgeschreven of betaalde interest:

„§ 2. Belastingplichtig op grond van deze wet zijn voorts vennootschappen, verenigingen enz. in de zin van § 1, lid 1, die in het buitenland zijn gevestigd, voor zover zij [...]

d) uit binnenlandse bronnen interest ontvangen in verband met een schuld van een [vennootschap naar Deens recht] of een [...] [vaste bedrijfsvestiging van een buitenlandse vennootschap] [...] jegens buitenlandse rechtspersonen als bedoeld in § 3 B van de skattekontrolllov [wet betreffende het belastingtoezicht] (gecontroleerde schuld). [...] De belastingplicht geldt niet voor interest waarover op grond van richtlijn 2003/49/EG betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten of op grond van een dubbelbelastingverdrag met de Faeröer, Groenland of de staat waar de ontvangende vennootschap enz. is gevestigd, geen belasting wordt geheven of slechts tegen een verlaagd tarief belasting wordt geheven. Dit geldt evenwel alleen wanneer de betalende vennootschap en de ontvangende vennootschap gedurende een ononderbroken periode van ten minste één jaar verbonden zijn in de zin van die richtlijn en het tijdstip van betaling binnen die periode valt. [...]”

15. Dientengevolge was de beperkte belastingplicht in de litigieuze periode niet van toepassing op de aan een moedermaatschappij betaalde interest waarover op grond van richtlijn 2003/49 of op grond van een dubbelbelastingverdrag geen belasting wordt geheven of slechts tegen een verlaagd tarief belasting wordt geheven.

16. Bestaat evenwel krachtens § 2, lid 1, onder d), van de wet op de vennootschapsbelasting een beperkte belastingplicht ter zake van interest uit Denemarken, dan is de betaler van de interest krachtens § 65 D van de Deense wet op de bronbelasting⁵ verplicht om bronbelasting (hierna: „interestbelasting”) in te houden.

17. Voor de belastingjaren 2006 en 2007 bedroeg het tarief 30 %. Bij niet-tijdige betaling van ingehouden bronbelasting (in geval van beperkte belastingplicht) wordt 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.

18. Tijdens de betreffende periode bestond er in Denemarken geen algemene wettelijke bepaling over de bestrijding van misbruik. 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. Dit betekent onder meer 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 werkelijke transacties („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 de onderhavige zaak verrichte rechtshandelingen.

19. Voorts is in de Deense rechtspraak het zogenoemde 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 (statsskatteloven) en houdt in dat de belastingdienst niet verplicht is om een kunstmatig onderscheid te aanvaarden tussen de inkomsten genererende onderneming of activiteit en de toerekening van de daaruit voortvloeiende

4 Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v., selskabsskatteloven – Lovbekendtgørelse nr. 1037 af 24. august 2007 (geconsolideerde wet nr. 1037 van 24 augustus 2007).

5 Kildeskatteloven – Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. november 2005 (geconsolideerde wet nr. 1086 van 14 november 2005).

inkomsten. Het beginsel komt er dus op neer dat wordt vastgesteld wie – ongeacht de formele verschijningsvorm – de werkelijke ontvanger van bepaalde inkomsten is en diens gevolge over deze inkomsten belasting verschuldigd is. De vraag is derhalve aan wie de inkomsten in fiscaal opzicht moeten worden toegerekend. De „werkelijke ontvanger van de inkomsten” is dus de persoon die over de betreffende inkomsten belasting verschuldigd is.

III. Hoofding

20. Z Denmark is een Deense industriële onderneming. In augustus 2005 heeft het beleggingsfonds A Fund 66 % van de aandelen in Z Denmark overgenomen. In verband met de overname op 27 september 2005 heeft A Fund een lening aan Z Denmark verstrekt tegen een rentevoet van 9 %.

21. In 2006 heeft Denemarken besloten een bronbelasting in te voeren die zou worden geheven over interest die naar het buitenland wordt overgemaakt. Op 28 april 2006 heeft A Fund in Luxemburg Z Luxembourg opgericht en heeft zij haar vordering op Z Denmark overgedragen aan deze vennootschap. In het kader van deze overdracht heeft A Fund ook aan Z Luxembourg een lening verstrekt, tegen een rentevoet van 9,875 %. Bij overeenkomst van 21 juni 2006 heeft A Fund haar aandelen in Z Denmark overgedragen aan Z Luxembourg.

22. Volgens de verwijzende rechter komt uit de jaarrekeningen van Z Luxembourg over 2007 en 2006 naar voren dat haar activiteiten uitsluitend bestonden in de deelneming in Z Denmark. Uit de jaarrekeningen blijkt dat de vennootschap in 2006 een verlies van 23 588 EUR en in 2007 een positief resultaat van 15 587 EUR boekte. De post „winstbelasting” beliep voor één jaar (vermoedelijk 2007) 3 733 EUR.

23. Z Denmark heeft de hierboven bedoelde lening op 1 november 2007 afgelost. Op dezelfde dag heeft ook Z Luxembourg haar schuld jegens A Fund inclusief de opgelopen interest afgelost.

24. A Fund bestaat uit vijf beleggingsfondsen, waarvan er vier zijn opgezet als (volgens het Deense belastingrecht) fiscaal transparante⁶ commanditaire vennootschappen (Limited Partnerships) die op Jersey gevestigd zijn.

25. De vier transparante beleggingsfondsen hebben ongeveer zeventig rechtstreekse beleggers, waaronder pensioenfondsen, financiële instellingen, dakfondsen, beleggingsinstellingen en beleggingsfondsen, gewone vennootschappen en particulieren.

26. Deze beleggers zijn gevestigd in een groot aantal staten, die al dan niet lidstaten van de Europese Unie zijn en al dan niet staten zijn waarmee Denemarken een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten. A Fund (No. 5) Limited, Jersey, is opgezet als een niet fiscaal transparante vennootschap en heeft een belang van ongeveer 0,6 % in A Fund.

27. De SKAT (Deense belastingdienst) heeft Z Luxembourg bij besluit van 10 december 2010 niet aangemerkt als de „uiteindelijk gerechtigde” tot de interest in de zin van richtlijn 2003/49 en van het Deens-Luxemburgse dubbelbelastingverdrag.

28. Hij is tot de slotsom gekomen dat Z Denmark bronbelasting had moeten inhouden op de rentebijdragen die in 2006 en 2007 waren verricht ten gunste van haar hoofdaandeelhoudster, Z Luxembourg, en dat Z Denmark aansprakelijk was voor de niet-betaalde bronbelasting.

⁶ Dit houdt in dat de vennootschap weliswaar kan deelnemen aan het rechtsverkeer, maar dat de door deze vennootschap behaalde winst fiscaal niet aan haar zelf, doch naar evenredigheid rechtstreeks wordt toegerekend aan haar vennoten, die over die winst belasting moeten betalen. Bijgevolg wordt de belasting over de „inkomsten van de vennootschap” (in casu de door de beleggingsfondsen ontvangen interest) in beginsel niet geheven door de staat waar de vennootschap is gevestigd, maar door de staat of de staten waar de vennoten zijn gevestigd.

29. Het Skatteministerium (Deens ministerie van Financiën) heeft voor de Vestre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het westen van Denemarken) betoogd dat Z Luxembourg naar Deens recht moet worden aangemerkt als de „werkelijke ontvanger van de inkomsten”. Derhalve is Z Luxembourg beperkt belastingplichtig ter zake van de interest in kwestie.

30. Het besluit van de SKAT is aangevochten bij de Landsskatteret (hoogste administratieve beroepsinstantie in belastingzaken, Denemarken), die het bij beslissing van 31 januari 2012 heeft bevestigd. Z Denmark heeft tegen de beslissing van de Landsskatteret beroep ingesteld bij de Vestre Landsret.

31. De Vestre Landsret heeft daarop besloten een verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen.

IV. Procedure bij het Hof

32. De Vestre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het westen van Denemarken) heeft het Hof de volgende vragen voorgelegd:

- „1) Dient artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 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 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 te zijn, van belang of de desbetreffende interest aan de hoofdsom wordt toegevoegd („wordt opgerold”), 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 aan wie de interest wordt betaald of ten gunste van wie de interest wordt bijgeschreven 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 misbruik, 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 inzake fraude, misbruik 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 waarover op grond van richtlijn 2003/49 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty’s tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten [...] geen belasting wordt geheven‘, dan 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 als bedoeld in artikel 5 van de richtlijn?
- 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 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 terwijl 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, zodat hij wordt geacht beperkt belastingplichtig te zijn in die lidstaat ter zake van de desbetreffende interest, staat artikel 43 EG juncto artikel 48 EG dan in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan eerstgenoemde lidstaat bij de heffing van belasting ten laste 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 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 interest 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 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 interest 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 deze vraag rekening te houden met het antwoord op de zesde vraag.”

33. Over de prejudiciële vragen zijn bij het Hof schriftelijke opmerkingen ingediend door Z Denmark, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Oostenrijk, het Koninkrijk Zweden, de Italiaanse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden en de Europese Commissie. Aan de terechtzitting van 10 oktober 2017 – die ook betrekking had op de zaken C-115/16 tot en met C-119/16 – is deelgenomen door Z Denmark, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, het Groothertogdom Luxemburg en de Europese Commissie.

V. Juridische beoordeling

A. Vaststelling van de uiteindelijk gerechtigde (vragen 1 tot en met 1.4)

34. Met zijn prejudiciële vragen 1 tot en met 1.4, die gezamenlijk moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen hoe het begrip „uiteindelijk gerechtigde” als bedoeld in artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 moet worden uitgelegd. Daartoe moet eerst het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in de zin van richtlijn 2003/49 worden geanalyseerd (1) en moet vervolgens worden onderzocht in hoeverre het OESO-modelverdrag en de commentaren daarop (het zogeheten OESO-modelcommentaar) van invloed zijn op de uitlegging van dat begrip (2).

1. Het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in de zin van richtlijn 2003/49 (vragen 1 en 1.4)

35. Richtlijn 2003/49 heeft tot doel een gelijke fiscale behandeling van nationale en transnationale financiële transacties tussen verbonden ondernemingen te waarborgen.

a) Beginsel: de schuldeiser van de interest is de uiteindelijk gerechtigde

36. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49, gelezen in samenhang met de overwegingen 2 tot en met 4 van deze richtlijn, strekt ertoe een juridische dubbele belastingheffing over grensoverschrijdende uitkeringen van interest te voorkomen door in de bronstaat de heffing van belasting over interest ten laste van de uiteindelijk gerechtigde ervan te verbieden. Deze bepaling betreft dus uitsluitend de

fiscale situatie van de schuldeiser van de interest.⁷

37. Als schuldeiser van de interest moet de persoon worden beschouwd die civielrechtelijk gezien in eigen naam aanspraak kan maken op de interest. In zoverre blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat de uiteindelijk gerechtigde in de zin van richtlijn 2003/49 in beginsel de persoon is die in civielrechtelijke zin het recht heeft om de interest op te eisen.⁸

38. Dit wordt bevestigd door artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49. Deze bepaling staat eraan in de weg dat een tussenpersoon, trustee of gemachtigde als uiteindelijk gerechtigde wordt aangemerkt. De aldaar genoemde personen kunnen niet in eigen naam aanspraak maken op de interest (in het geval van een tussenpersoon of gemachtigde), of kunnen dat wel, maar niet voor eigen rekening (in het geval van een trustee). Daaruit kan a contrario worden afgeleid dat de ontvanger die de interest in eigen naam en voor eigen rekening (dat wil zeggen te eigen gunste) ontvangt, tevens de uiteindelijk gerechtigde is.

39. De verwijzende rechter deelt mee dat de leningvordering van A Fund op Z Denmark is overgedragen aan Z Luxembourg. Derhalve ontvangt Z Luxembourg de door Z Denmark aan haar betaalde interest ook in eigen naam. Beslissend is dus de vraag of zij deze interest voor eigen rekening ontvangt dan wel voor rekening van een derde (bijvoorbeeld voor rekening van A Fund of de beleggers daarvan). Voor eigen rekening handelt wie alleen kan bepalen hoe de interest wordt gebruikt en tevens alleen het risico op verlies draagt. Voor rekening van een derde handelt daarentegen wie zodanig is gebonden ten opzichte van een derde dat deze uiteindelijk het risico op verlies (in casu van de interest) draagt.

b) Uitzondering: trustee

40. Zoals blijkt uit artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49, is de uiteindelijk gerechtigde in civielrechtelijke zin niet de uiteindelijk gerechtigde in de zin van de richtlijn indien hij enkel als trustee optreedt.

41. Van een openlijk trustverband waarbij Z Luxembourg als trustee optreedt ten gunste van A Fund of de beleggers, kan geen sprake zijn. Aan een trustee worden weliswaar vermogensrechten overgedragen, maar hij mag deze slechts uitoefenen in overeenstemming met de trustovereenkomst. Deze overeenkomst heeft tot gevolg dat de handelingsbevoegdheid van de trustee ten opzichte van derden verder gaat dan zijn fiduciaire juridische band met de insteller van de trust in hun onderlinge verhouding. Slechts deze bijzondere band brengt met zich mee dat de trustee weliswaar nog handelt in eigen naam, maar niet meer voor eigen rekening. In casu blijkt echter niet van een dergelijke band.

42. Of in het onderhavige geval wegens de ontstaansgeschiedenis en de nauwe betrekkingen tussen de betrokken vennootschappen economisch gezien eventueel sprake is van een verborgen trustverband waarbij Z Luxembourg optreedt als trustee ten gunste van A Fund of de beleggers, kan alleen de verwijzende rechter uitmaken op grond van een algemene beoordeling. Het Hof kan voor deze beoordeling evenwel nuttige aanwijzingen geven.

43. Een contractueel vastgelegde herfinanciering door een derde (in dit geval A Fund) onder soortgelijke voorwaarden en in een bepaald temporeel verband, zoals in casu aan de orde is, volstaat op zichzelf nog niet om aan te nemen dat sprake is van een fiduciaire band. Daarbij komt dat in artikel 1, lid 7, en in overweging 4 van richtlijn 2003/49 wordt uitgegaan van een bepaalde vennootschapsrechtelijke verwevenheid, die als zodanig – dat wil zeggen op zichzelf beschouwd – niet

⁷ Arrest van 21 juli 2011, Scheuten Solar Technology, C-397/09, EU:C:2011:499, punt 28.

⁸ Arrest van 21 juli 2011, Scheuten Solar Technology, C-397/09, EU:C:2011:499, punt 27: „In artikel 2, [onder a)], van richtlijn 2003/49 wordt het begrip ‚interest‘ gedefinieerd als ‚inkomsten uit schuldvorderingen van welke aard ook‘. Alleen de uiteindelijk gerechtigde kan interest als inkomsten uit dergelijke schuldvorderingen ontvangen.”

van invloed kan zijn op de beantwoording van de vraag wie als uiteindelijk gerechtigde moet worden aangemerkt. Dit wordt nog benadrukt door overweging 5 en door artikel 4, lid 2, van richtlijn 2003/49, dat ook voor het geval waarin een „bijzondere verhouding” tussen de uitbetaler en de uiteindelijk gerechtigde bestaat, enkel voorziet in een correctie van het bedrag, maar de hoedanigheid van uitbetaler of uiteindelijk gerechtigde onverlet laat. In zoverre gaat een trust als bedoeld in artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 verder dan een leningsovereenkomst tussen vennootschapsrechtelijk verbonden ondernemingen.

44. Veeleer zou sprake moeten zijn van een verdergaande band in de onderlinge verhouding (dat wil zeggen in de verhouding tussen A Fund en Z Luxembourg) die de bevoegdheden van Z Luxembourg ten opzichte van derden beperkt. Tot dusver kan een dergelijke juridische band evenwel niet worden vastgesteld. Hij wordt hoe dan ook niet reeds in het leven geroepen doordat voor de lening eigen vermogen is gebruikt of doordat de interest aan de hoofdsom wordt toegevoegd dan wel in eigen vermogen van de ontvanger wordt omgezet.

45. Mijns inziens zou deze zaak evenwel anders liggen indien Z Luxembourg haar uitgaven bijvoorbeeld niet met ontvangen interest had mogen bekostigen, maar zij gehouden was de interest uitsluitend en volledig door te storten. De zaak zou eventueel ook anders kunnen liggen indien de rentevoet van de herfinanciering en die van de ontvangen interest identiek zijn of indien de tussengeschakelde vennootschap geen eigen kosten maakt die moeten worden gedekt door de interest die zij ontvangt. Een andere situatie zou zich eveneens kunnen voordoen als het risico op insolventie van de in Denemarken gevestigde vennootschap (Z Denmark) alleen door A Fund zou moeten worden gedragen, omdat alsdan ook de leningschuld van Z Luxembourg jegens A Fund vervalt. Het staat evenwel uitsluitend aan de verwijzende rechter om vast te stellen of dergelijke elementen voorhanden zijn.

46. Mocht de verwijzende rechter op grond van alle omstandigheden van het concrete geval aannemen dat sprake is van een dergelijke fiduciaire band, dan zou evenwel de insteller van de trust volgens de bewoordingen van artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 moeten worden aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde in de zin van richtlijn 2003/49. Voor zover de interestbetaling via de trustee aan de insteller van de trust tevens voldoet aan de voorwaarden van richtlijn 2003/49, zou de vrijstelling van de bronbelasting nog steeds van toepassing zijn.

c) Conclusie met betrekking tot de vragen 1 en 1.4

47. Derhalve moet op de prejudiciële vragen 1 en 1.4 worden geantwoord dat een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die rechthebbende van de rentedragende schuldvordering is, moet worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49. Dit geldt niet wanneer die vennootschap niet in eigen naam en voor eigen rekening handelt, maar voor rekening van een derde handelt op grond van een (eventueel verborgen) fiduciaire band. Alsdan moet die derde als uiteindelijk gerechtigde worden aangemerkt. Of laatstgenoemde situatie zich voordoet, moet de verwijzende rechter uitmaken op grond van een algemene beoordeling van alle omstandigheden.

2. Uitlegging overeenkomstig de commentaren bij het OESO-modelverdrag? (vragen 1.1 tot en met 1.3)

48. De verwijzende rechter wenst met zijn vragen 1.1 tot en met 1.3 in het bijzonder te vernemen of bij de uitlegging van de begrippen van richtlijn 2003/49 ook rekening moet worden gehouden met de commentaren bij de modelverdragen van de OESO en, zo ja, ook met commentaren bij een modelverdrag dat na de vaststelling van de richtlijn is opgesteld.

49. In de latere commentaren bij het OESO-modelverdrag (bijvoorbeeld uit 2008, punten 8 en 9) worden zogenoemde doorstroomvennootschappen normaal gesproken niet als uiteindelijk gerechtigden beschouwd wanneer zij weliswaar formeel gezien de uiteindelijk gerechtigden zijn, maar in de praktijk zeer beperkte bevoegdheden hebben, zodat zij met betrekking tot de inkomsten in kwestie slechts optreden als trustees of beheerders voor rekening van de belanghebbenden.

50. De modelverdragen van de OESO zijn geen juridisch bindende, multilaterale volkenrechtelijke verdragen, maar eenzijdige handelingen van een internationale organisatie in de vorm van aanbevelingen aan haar lidstaten. Ook de OESO zelf beschouwt deze aanbevelingen niet als bindend. Volgens het reglement van orde van deze organisatie dienen de lidstaten veeleer te overwegen of zij het al dan niet passend achten die aanbevelingen op te volgen.⁹ Dit geldt a fortiori voor de door de OESO opgestelde commentaren, die uiteindelijk slechts rechtsopvattingen behelzen.

51. Volgens vaste rechtspraak is het evenwel niet onredelijk dat de lidstaten zich bij de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid waartoe zij verplicht zijn, laten leiden door de internationale praktijk, zoals deze tot uitdrukking komt in de modelverdragen.¹⁰ Dit geldt ook voor het in aanmerking nemen van de internationale rechtsovertuiging, die tot uitdrukking kan komen in de commentaren bij het OESO-modelverdrag.

52. Op de uitlegging van een richtlijn van de Europese Unie kunnen de commentaren bij de OESO-modelverdragen echter niet rechtstreeks van invloed zijn, zelfs indien de gebruikte begrippen identiek zouden zijn. In zoverre geven deze commentaren enkel de opvatting weer van degenen die aan de uitwerking van het OESO-modelverdrag hebben bijgedragen, maar niet de opvatting van parlementaire wetgevers, laat staan die van de Uniewetgever. Hooguit indien uit de formulering en de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn zou blijken dat de Uniewetgever zich heeft laten leiden door de bewoordingen van een OESO-modelverdrag en de (destijds beschikbare) commentaren daarbij, zou een overeenkomstige uitlegging wenselijk kunnen zijn.

53. Het Hof heeft dan ook reeds vastgesteld dat een regeling van een dubbelbelastingverdrag die wordt uitgelegd in het licht van de commentaren van de OESO bij haar toepasselijke modelverdrag, het Unierecht niet kan beperken.¹¹ Dit geldt met name voor wijzigingen van het OESO-modelverdrag en van de commentaren die na de vaststelling van de richtlijn tot stand komen. Anders zouden de OESO-lidstaten in staat zijn te bepalen hoe een richtlijn van de Europese Unie moet worden uitgelegd.

54. Hebben de commentaren van de OESO evenwel geen rechtstreeks bindende werking en wordt in artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 een onderscheid gemaakt naargelang de schuldeiser de uitkeringen te eigen gunste dan wel als trustee ontvangt, dan is dit laatste de beslissende (Unierechtelijke) vraag die moet worden beantwoord om vast te stellen wie de uiteindelijk gerechtigde is in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49. Indien er geen sprake is van een (eventueel verborgen) trustverband, is de civielrechtelijke rechthebbende tevens de uiteindelijk gerechtigde als bedoeld in richtlijn 2003/49. Uiteindelijk vertoont deze benadering evenwel gelijkenis met die van de recente commentaren bij het OESO-modelverdrag.

⁹ Rule 18, onder b), van het reglement van orde van de OESO bepaalt: „Recommendations of the Organisation, made by the Council in accordance with Articles 5, 6 and 7 of the Convention, shall be submitted to the Members for consideration in order that they may, if they consider it opportune, provide for their implementation.” Zie <https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf>.

¹⁰ Arresten van 15 mei 2008, Lidl Belgium, C-414/06, EU:C:2008:278, punt 22; 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, EU:C:2007:161, punt 49; 7 september 2006, N, C-470/04, EU:C:2006:525, punt 45; 12 mei 1998, Gilly, C-336/96, EU:C:1998:221, punt 31, en 23 februari 2006, Van Hilten-van der Heijden, C-513-513/03, EU:C:2006:131, punt 48. Zie dienaangaande evenwel ook arrest van 16 mei 2017, Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, punt 67.

¹¹ Arrest van 19 januari 2006, Bouanich, C-265/04, EU:C:2006:51, punten 50 en 56.

55. Derhalve kan op de prejudiciële vragen 1.1 en 1.2 worden geantwoord dat aan het begrip „uiteindelijk gerechtigde” een autonome Unierechtelijke uitlegging dient te worden gegeven, los van artikel 11 van het OESO-modelverdrag van 1977 en latere versies daarvan. Dientengevolge hoeft vraag 1.3 niet te worden beantwoord.

B. Criteria voor het bestaan van misbruik (vraag 2)

56. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in de eerste plaats te vernemen of een lidstaat zich op artikel 5 van richtlijn 2003/49 kan beroepen om fraude en misbruik te voorkomen. Dit onderstelt evenwel noodzakelijkerwijs dat in het geval van een constructie als de onderhavige, waarbij onder meer de heffing van bronbelasting in Denemarken wordt ontweken, sprake is van misbruik in de zin van artikel 5 van richtlijn 2003/49, wat dan ook thans moet worden onderzocht.

57. Of sprake is van misbruik, hangt af van een algemene beoordeling van alle omstandigheden van het concrete geval, die door de bevoegde nationale autoriteiten moeten worden vastgesteld op een wijze die vatbaar is voor rechterlijke toetsing.¹² Deze algemene beoordeling moet worden verricht door de verwijzende rechter.¹³ Niettemin kan het Hof hem nuttige aanwijzingen geven¹⁴ voor de beoordeling of de betreffende verrichtingen in het kader van normale handelstransacties plaatsvinden dan wel enkel tot doel hebben door het Unierecht toegekende voordelen te verkrijgen op een wijze die misbruik oplevert.¹⁵

58. Met het oog hierop zal ik om te beginnen ingaan op het begrip „misbruik” in het Unierecht (1) en vervolgens onderzoeken welke criteria in dit concrete geval voor het bestaan van misbruik gelden (2).

1. Het begrip „misbruik” in het Unierecht

59. Volgens artikel 5 van richtlijn 2003/49 is het de lidstaten niet verboden passende maatregelen te treffen ter bestrijding van fraude en misbruiken (zie ook overweging 6).

60. De hierboven (in de punten 36 en volgende) voorgestelde uitlegging van het begrip „uiteindelijk gerechtigde” is niet in tegenspraak met het doel fraude en misbruiken te bestrijden. Veeleer wordt dit doel, wat met name de bestrijding van misbruiken betreft, niet primair via het begrip „uiteindelijk gerechtigde” verwezenlijkt (in het bijzonder levert het inschakelen van een trustee niet noodzakelijk misbruik op), maar door artikel 5 van richtlijn 2003/49.

12 Arrest van 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, EU:C:1997:369, punt 41, en mijn conclusie in de zaak Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:86, punt 60.

13 Zie in die zin ook arresten van 22 november 2017, Cussens e.a., C-251/16, EU:C:2017:881, punt 59, en 20 juni 2013, Newey, C-653/11, EU:C:2013:409, punt 49.

14 Arresten van 17 december 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, punt 34; 21 februari 2008, Part Service, C-425/06, EU:C:2008:108, punt 56, en 21 februari 2006, Halifax e.a., C-255/02, EU:C:2006:121, punt 77.

15 Arresten van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 35; 6 april 2006, Agip Petroli, C-456/04, EU:C:2006:241, punt 20; 21 februari 2006, Halifax e.a., C-255/02, EU:C:2006:121, punten 68 en 69, en 9 maart 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook mijn conclusie in de zaak Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:86, punt 57.

61. In deze bepaling wordt in wezen een beginsel tot uitdrukking gebracht dat ook in vaste rechtspraak is erkend: de justitiabelen kunnen zich niet beroepen op het Unierecht indien daarbij sprake is van fraude of misbruik. De toepassing van een Unierechtelijke regeling mag namelijk niet zo ver gaan dat zij leidt tot het dekken van misbruiken van marktdeelnemers, dat wil zeggen verrichtingen die niet plaatsvinden in het kader van normale handelstransacties, maar enkel tot doel hebben door het Unierecht toegekende voordelen te verkrijgen op een wijze die misbruik oplevert.¹⁶

62. Richtlijn 2003/49 zelf bevat echter geen definitie van het begrip „misbruik”. Niettemin kunnen aan andere richtlijnen van de Europese Unie aanknopingspunten worden ontleend. Zo noemt artikel 11, lid 1, onder a), van de fusierichtlijn¹⁷ als algemeen voorbeeld voor misbruik als beweegreden het feit dat de transactie in kwestie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. Voorts wordt het begrip „misbruik” gedefinieerd in artikel 6 van de richtlijn tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken¹⁸ (hierna: „richtlijn 2016/1164”), die in de litigieuze periode nog niet van kracht was. Volgens deze bepaling is beslissend of sprake is van een kunstmatige constructie die is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht ondermijnt. Volgens artikel 6, lid 2, van die richtlijn wordt een constructie als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.

63. Met name heeft het Hof herhaaldelijk geoordeeld dat een beperking van de vrijheid van vestiging enkel door de strijd tegen misbruiken kan worden gerechtvaardigd wanneer zij specifiek tot doel heeft gedragingen te verhinderen die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.¹⁹ Zoals het Hof inmiddels ook meermaals heeft geoordeeld, is van een dergelijke constructie niet alleen sprake wanneer de constructie in kwestie uitsluitend²⁰ gericht is op het verkrijgen van een belastingvoordeel, maar ook wanneer zij daarop in wezen gericht is.²¹

64. De betreffende rechtspraak van het Hof omvat twee elementen die onlosmakelijk verbonden zijn. Ten eerste worden volstrekt kunstmatige constructies waarbij slechts op papier transacties plaatsvinden, bij voorbaat buiten beschouwing gelaten. Ten tweede is van cruciaal belang dat de belastingwetgeving wordt omzeild, wat ook kan worden bereikt door middel van constructies die wel een basis hebben in de economische realiteit. Laatstgenoemde constructies komen waarschijnlijk het

16 Arresten van 22 november 2017, Cussens e.a., C-251/16, EU:C:2017:881, punt 27; 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, punt 38; 6 april 2006, Agip Petroli, C-456/04, EU:C:2006:241, punt 20; 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 35; 21 februari 2006, Halifax e.a., C-255/02, EU:C:2006:121, punten 68 en 69, en 9 maart 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie dienaangaande ook mijn conclusie in de zaak Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:86, punt 57.

17 Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (PB 1990, L 225, blz. 1).

18 Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PB 2016, L 193, blz. 1).

19 Arresten van 20 december 2017, Deister Holding en Juhler Holding, C-504/16 en C-613/16, EU:C:2017:1009, punt 60; 17 december 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, punt 35; 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha, C-303/07, EU:C:2009:377, punt 64, en 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, EU:C:2007:161, punt 74. Zie in die zin ook arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 55.

20 Aldus nog arresten van 20 juni 2013, Newey, C-653/11, EU:C:2013:409, punt 46; 12 juli 2012, J.J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard, C-326/11, EU:C:2012:461, punt 35; 27 oktober 2011, Tanoarch, C-504/10, EU:C:2011:707, punt 51, en 22 mei 2008, Amplificientifica en Amplifin, C-162/07, EU:C:2008:301, punt 28.

21 Zie, met betrekking tot het indirecte belastingrecht, arresten van 22 november 2017, Cussens e.a., C-251/16, EU:C:2017:881, punt 53; 17 december 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, punt 36, en 21 februari 2008, Part Service, C-425/06, EU:C:2008:108, punt 45. Zie in die zin ook, binnen de werkingssfeer van de zogenoemde fusierichtlijn, arrest van 10 november 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais, C-126/10, EU:C:2011:718, punten 35 en 36.

meest voor en vallen thans uitdrukkelijk binnen de werkingssfeer van het nieuwe artikel 6 van richtlijn 2016/1164. In een recent arrest beschouwt ook het Hof zelf het volstrekt kunstmatige karakter van een constructie slechts als een van de omstandigheden die erop kunnen wijzen dat de verkrijging van een belastingvoordeel het wezenlijke doel is.²²

2. Criteria voor het onderhavige geval

a) Het bestaan van een volstrekt kunstmatige constructie

65. Of sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit, kan het Hof niet beoordelen. Daarvoor zijn om te beginnen de door de verwijzende rechter meegedeelde feiten niet toereikend. Daarbij komt dat het aan de verwijzende rechter staat om deze feiten te beoordelen. Het Hof kan slechts aanwijzingen geven.

66. Zoals het Hof onlangs heeft geoordeeld, zou de omstandigheid dat de activiteit in kwestie enkel bestaat in het beheren van activa en dat de inkomsten uitsluitend uit dat beheer voortvloeien, niet impliceren dat sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit.²³ Aangezien met name vennootschappen die zich toeleggen op het beheer van activa, per definitie weinig activiteiten (kunnen) ontplooien, dienen aan dit criterium wellicht ook geen al te hoge eisen te worden gesteld. Wanneer daadwerkelijk sprake is van een geldige oprichting, de vennootschap daadwerkelijk bereikbaar is op haar vestigingsadres en aldaar over de nodige materiële en personele middelen beschikt om haar doel (in casu het beheer van een leningovereenkomst) te verwezenlijken, kan de constructie in kwestie niet worden geacht geen verband te houden met de economische realiteit.

67. Tegen het bestaan van een volstrekt kunstmatige constructie pleit tevens de omstandigheid dat de Luxemburgse vennootschap in 2006 verlies en in 2007 winst heeft geboekt, wat waarschijnlijk voortkomt uit bepaalde economische activiteiten. Met name gelet op het feit dat de aan A Fund verschuldigde interest hoger was dan de van Z Denmark ontvangen interest, kunnen een positief resultaat en de heffing van belasting daarover immers alleen worden verklaard indien Z Luxembourg andere inkomsten had. Uit het verzoek van de nationale rechter om een prejudiciële beslissing komen geen concrete aanwijzingen naar voren dat de betreffende activiteiten alleen op papier plaatsvinden.

68. Mijns inziens is echter niet uitgesloten dat er desondanks sprake is van een fiscale constructie die misbruik oplevert, wat eveneens blijkt uit de bewoordingen van het nieuwe artikel 6 van richtlijn 2016/1164.

b) In aanmerking te nemen niet-fiscale redenen

69. Derhalve zijn in de onderhavige zaak andere criteria van cruciaal belang, in het bijzonder de in aanmerking te nemen niet-fiscale redenen.

70. In dit verband levert volgens de rechtspraak van het Hof de vestiging van de statutaire of werkelijke zetel van een vennootschap overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat, met het doel van een gunstigere wetgeving te profiteren, op zichzelf geen misbruik op.²⁴ Dat bij de in het geding zijnde zakelijke transactie met buitenlandse investeerders ook een vennootschap uit Luxemburg betrokken was, volstaat derhalve als zodanig nog niet om van misbruik uit te gaan.

²² Arrest van 22 november 2017, Cussens e.a., C-251/16, EU:C:2017:881, punt 60.

²³ Arrest van 20 december 2017, Deister Holding en Juhler Holding, C-504/16 en C-613/16, EU:C:2017:1009, punt 73.

²⁴ Zie arresten van 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, punt 40; 30 september 2003, Inspire Art, C-167/01, EU:C:2003:512, punt 96, en 9 maart 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, punt 27.

71. Voorts is de belastingplichtige, wanneer hij kan kiezen tussen twee mogelijkheden, niet verplicht de mogelijkheid te kiezen die leidt tot de hoogste belasting, maar heeft hij juist het recht om zijn activiteit zodanig te organiseren dat de omvang van zijn belastingschuld beperkt blijft.²⁵ Derhalve staat het een belastingplichtige, zoals het Hof tevens heeft geoordeeld, in het algemeen vrij om de organisatorische structuren en die voorwaarden voor een transactie te kiezen die hij het meest geschikt acht om zijn economische activiteiten uit te oefenen en om de op hem rustende belastingdruk te verlichten.²⁶ Dat in het onderhavige geval is gekozen voor een transactiestructuur die niet tot de hoogste belasting (in casu een bijkomende, definitieve bronbelasting) leidt, kan op zichzelf dan ook niet als misbruik worden aangemerkt.

72. Daarbij komt dat – los van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit – een Unieburger, ongeacht of deze een natuurlijke persoon dan wel een rechtspersoon is, niet reeds de mogelijkheid kan worden ontnomen om zich op de bepalingen van het Verdrag te beroepen omdat hij heeft willen profiteren van de voordelige fiscale situatie in een andere lidstaat dan die waar hij woont of is gevestigd.²⁷ Derhalve kan een transactiestructuur als de onderhavige, waarbij een lidstaat is betrokken die geen bronbelasting heft, niet reeds om die reden alleen als misbruik worden aangemerkt.

73. In zoverre strekt de vrijheid van vestiging zich mede uit tot de keuze voor de lidstaat die de betrokken onderneming naar haar mening de beste fiscale randvoorwaarden biedt. Zo dit beginsel reeds geldt in het in duidelijk sterkere mate geharmoniseerde btw-recht²⁸, dan is het a fortiori van toepassing op het in mindere mate geharmoniseerde gebied van winstbelastingen, waarop een verschil tussen de fiscale regelingen²⁹ van de onderscheiden lidstaten Unierechtelijk wordt nagestreefd dan wel bewust om politieke redenen wordt aanvaard.

74. Bovendien heeft het Hof in het licht van de ook in het onderhavige geval toepasselijke fundamentele vrijheden gepreciseerd dat de omstandigheid alleen dat aan een ingezetene vennootschap een lening wordt verstrekt door een verbonden vennootschap die in een andere lidstaat is gevestigd, niet voldoende is om uit te gaan van een algemeen vermoeden van misbruik en geen rechtvaardigingsgrond kan vormen voor een maatregel die afbreuk doet aan het gebruik van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid.³⁰ Bijgevolg leveren ook de diverse leenverhoudingen tussen moedermaatschappijen, dochter- en kleindochterondernemingen in het onderhavige geval op zichzelf beschouwd geen misbruik op.

75. Voorts heeft het Hof gepreciseerd dat de in het Unierecht vastgestelde belastingvrijstelling voor dividenden niet afhangt van de herkomst of de plaats van vestiging van de aandeelhouders, aangezien deze factoren geen rol spelen in de moeder-dochterrichtlijn.³¹ In richtlijn 2003/49 wordt evenmin een onderscheid gemaakt dat daarop is gebaseerd. Dat de aandeelhouder van Z Luxembourg een vennootschap uit een derde land is, levert op zichzelf beschouwd dan ook geen misbruik op.

25 Arresten van 17 december 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, punt 42; 22 december 2010, *Weald Leasing*, C-103/09, EU:C:2010:804, punt 27; 21 februari 2008, *Part Service*, C-425/06, EU:C:2008:108, punt 47, en 21 februari 2006, *Halifax e.a.*, C-255/02, EU:C:2006:121, punt 73.

26 Arresten van 17 december 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, punt 42, en 22 december 2010, *RBS Deutschland Holdings*, C-277/09, EU:C:2010:810, punt 53.

27 Arrest van 12 september 2006, *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 36. Zie in die zin ook arrest van 11 december 2003, *Barbier*, C-364/01, EU:C:2003:665, punt 71.

28 Arresten van 17 december 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, punt 42, en 22 december 2010, *RBS Deutschland Holdings*, C-277/09, EU:C:2010:810, punt 53.

29 Zie arrest van 12 september 2006, *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 36. Zie met betrekking tot de ruimte die in het Unierecht zelfs op het gebied van geharmoniseerde belastingregelingen is gelaten voor verschillen tussen belastingtarieven, ook het arrest van 17 december 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, punten 39 en 40.

30 Arresten van 13 maart 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:161, punt 73, en 12 september 2006, *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 50. Zie in die zin ook arresten van 4 maart 2004, *Commissie/Frankrijk*, C-334/02, EU:C:2004:129, punt 27, en 26 september 2000, *Commissie/België*, C-478/98, EU:C:2000:497, punt 45.

31 Arrest van 20 december 2017, *Deister Holding en Juhler Holding*, C-504/16 en C-613/16, EU:C:2017:1009, punt 66.

76. In casu is mijns inziens ook de ontstaansgeschiedenis van de eventueel als onrechtmatig aan te merken constructie van cruciaal belang voor een algemene beoordeling. Partijen hebben ter terechtzitting verklaard dat het in het verleden wegens de Deense fiscale wetgeving voor buitenlandse investeerders voordelig was om werkmaatschappijen in Denemarken te verwerven. Deze wetgeving is naderhand door Denemarken (voor het jaar 2006) vervangen door een minder gunstige regeling waarbij een specifieke bronbelasting is ingevoerd die heeft geleid tot een bijkomende, definitieve belastingheffing.

77. Het staat elke staat vrij het van kracht zijnde belastingrecht te wijzigen. Daardoor wijzigen evenwel ook de economische calculatiegrondslagen voor de betrokken marktdeelnemers. Het komt mij voor dat geen sprake is van misbruik wanneer een onderneming de oorspronkelijke calculatiegrondslagen van een zakelijke transactie (in casu de verwerving van een Deense werkmaatschappij met behulp van buitenlandse investeerders) tracht te behouden. Van elke onderneming wordt immers verwacht dat zij economisch calculeert.

c) Handelwijze in strijd met het doel van de wet

78. Meer gewicht in de schaal legt in casu evenwel het feit dat de eigenlijke investeerders – in dit geval A Fund met haar vijf beleggingsfondsen, ongeacht of zij al dan niet als fiscaal transparant moeten worden beschouwd – vaak zijn gevestigd in bepaalde derde landen (doorgaans op bepaalde kleinere eilanden als de Kaaimaneilanden³², Bermuda³³ of, zoals in casu, Jersey). Dit duidt mogelijkerwijs op een over het geheel genomen ongewone handelwijze, waarvoor de economische reden niet meteen duidelijk is. De beleggingsfondsen zouden ook in andere landen kunnen worden gevestigd, met name wanneer zij – zoals verzoeksters vertegenwoordiger ter terechtzitting heeft benadrukt – als fiscaal transparant moeten worden beschouwd.

79. In zoverre zou de constructie in haar geheel niet zozeer wegens de „tussenschakeling” van een Luxemburgse vennootschap als wel wegens het „vestigen” van het beleggingsfonds of de beleggingsfondsen in bepaalde derde landen als misbruik kunnen worden aangemerkt. Daarbij komt bijzondere betekenis toe aan het doel van de constructie en van de omzeilde fiscale regeling (in casu de belastingheffing in Denemarken).

1) Wordt de heffing van winstbelasting in Denemarken ontweken?

80. In dit verband moet allereerst worden geconstateerd dat Denemarken niet de mogelijkheid is ontnomen belasting te heffen over de winst van de verworven werkmaatschappij (Z Denmark). Over deze winst is geheel normaal belasting geheven in de staat van vestiging (dat wil zeggen in Denemarken).

81. Dat deze winst is verminderd door de interestbetalingen aan de schuldeiser uit Luxemburg, strookt met het beginsel dat belasting wordt geheven in verhouding tot de financiële draagkracht, alsook met het feit dat Denemarken deze interest volledig in aanmerking neemt als exploitatie-uitgaven.

³² Aldus in zaak C-119/16.

³³ Aldus in zaak C-117/16.

82. Die interest is in Luxemburg als exploitatieontvangsten van de Luxemburgse vennootschap opgegeven voor de belasting. Dat de interestbetalingen aan de investeerders van deze vennootschap in Luxemburg op hun beurt als exploitatie-uitgaven in aanmerking zijn genomen, strookt ook daar met het beginsel dat belasting wordt geheven in verhouding tot de financiële draagkracht. In zoverre heeft Luxemburg belasting geheven over het verschil tussen de uit Denemarken ontvangen interest (9 %) en de interest die is betaald aan A Fund in het derde land (9,875 %), alsook over eventuele overige inkomsten, waarvan blijkbaar sprake was aangezien in 2007 een positief resultaat werd behaald.

83. De Luxemburgse vennootschap is in Luxemburg onbeperkt belastingplichtig en haar inkomsten zijn aldaar aan vennootschapsbelasting onderworpen. Derhalve is voldaan aan de voorwaarden van artikel 3, onder a), iii), van richtlijn 2003/49. Daarnaast moet worden geconstateerd dat uit geen enkele bepaling van richtlijn 2003/49 blijkt dat aan de vrijstelling de voorwaarde is verbonden dat een bepaald bedrag aan belasting wordt geheven ten laste van de uiteindelijk gerechtigde (in casu de Luxemburgse vennootschappen). Wanneer de uiteindelijk gerechtigde in de staat van vestiging even hoge exploitatie-uitgaven heeft (of overgedragen verliezen uit eerdere jaren), brengt dit weliswaar met zich mee dat in concreto geen belasting wordt geheven, maar de betrokken belastingplichtige is niettemin onderworpen aan vennootschapsbelasting. Derhalve valt de uiteindelijk gerechtigde binnen de werkingssfeer van richtlijn 2003/49, zodat over zijn rente-inkomsten „in een lidstaat” belasting wordt geheven. Dit geldt ook wanneer in de staat waar de uiteindelijk gerechtigde is gevestigd, slechts weinig vennootschapsbelasting en helemaal geen bronbelasting wordt geheven.

84. Dat in voorkomend geval weinig of geen belasting wordt geheven, is het gevolg van de fiscale autonomie van elke staat. Voor zover binnen de Unie fiscale concurrentie tussen de lidstaten onderling geoorloofd is omdat winstbelastingen niet zijn geharmoniseerd, kan een belastingplichtige niet worden verweten dat hij daadwerkelijk (en dus niet slechts op papier) gebruikmaakt van de voordelen die de vestiging in een bepaalde lidstaat biedt.

2) Voorkoming van misbruik van tekortkomingen bij de grensoverschrijdende uitwisseling van informatie

85. Op de keper beschouwd wordt door het inschakelen van de Luxemburgse vennootschap uiteindelijk „slechts” voorkomen dat in Denemarken bronbelasting wordt geheven over de interestbetalingen. Zoals het Hof evenwel reeds heeft geoordeeld, wordt bij de heffing van bronbelasting eigenlijk belasting geheven ten laste van de ontvanger van de inkomsten (in dit geval de interest).³⁴ Dit geschiedt doordat bij de uitbetaling een deel van de inkomsten reeds bij de bron door de betaler wordt ingehouden.

86. De heffing van bronbelasting in de staat waar de schuldenaar van de interest is gevestigd, vormt dus geen opzichzelfstaande soort belasting, maar slechts een bijzondere wijze van belastingheffing, die in wezen tot doel heeft een (minimale) heffing van belasting ten laste van de ontvanger van de interest te verzekeren. In het bijzonder in situaties die het buitenland betreffen, is immers niet altijd gewaarborgd dat de ontvanger zijn inkomsten naar behoren opgeeft voor de belasting. In de regel komt de staat waar de ontvanger van de interest is gevestigd, namelijk zelden iets te weten over diens buitenlandse inkomsten, tenzij er functionerende systemen voor gegevensuitwisseling tussen de belastingautoriteiten bestaan, zoals inmiddels het geval is in de Unie.

³⁴ Arresten van 24 juni 2010, P. Ferrero en General Beverage Europe, C-338/08 en C-339/08, EU:C:2010:364, punten 26 en 34, en 26 juni 2008, Burda, C-284/06, EU:C:2008:365, punt 52.

87. Van een handelwijze die misbruik oplevert omdat zij in strijd is met het doel van de wet (het waarborgen van de heffing van belasting ten laste van de ontvanger van de interest) is enkel sprake indien aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet Denemarken bij directe betalingen een belastingvordering hebben (zie dienaangaande punten 92 en volgende). Ten tweede moet het gevaar bestaan dat geen belasting wordt geheven doordat deze inkomsten niet zijn geregistreerd in de eigenlijke staat van ontvangst.

88. Indien dus zou moeten worden aangenomen dat de reden voor de gekozen transactiestructuur er (mede) in bestaat interest via een derde land uit te betalen aan beleggers om ervoor te zorgen dat de staten waar deze zijn gevestigd, geen informatie ontvangen over hun inkomsten, dient deze constructie in haar geheel mijns inziens te worden beschouwd als misbruik van recht.

89. Een dergelijk verwijt van misbruik kan evenwel worden weerlegd wanneer de beleggingsfondsen de betreffende fiscale informatie verstrekken aan de staten waar de beleggers zijn gevestigd, of wanneer de staat waar die beleggingsfondsen zijn gevestigd, over de informatie in kwestie beschikt en deze doorgeeft aan de betrokken staten. Een dergelijke ondernemingsstructuur zou alsdan niet in strijd zijn met het doel van de – ontweken – heffing van bronbelasting (zie dienaangaande punt 86 hierboven). Ook dit aspect moet de rechter in zijn algemene beoordeling betrekken.

d) Beantwoording van vraag 2

90. Van het ontwijken van de heffing van bronbelasting over interestbetalingen aan beleggingsfondsen die in derde landen zijn gevestigd, is met name sprake wanneer de heffing van belasting over de interestopbrengsten ten laste van de werkelijke ontvangers van de interest (dat wil zeggen de investeerders) wordt ontweken. In dit verband kan in het bijzonder van misbruik worden uitgegaan indien de gekozen ondernemingsstructuur erop is gericht gebruik te maken van bepaalde tekortkomingen bij de informatie-uitwisseling tussen de betrokken staten, teneinde een doeltreffende belastingheffing ten laste van de ontvangers van de interest te beletten.

C. Aanwijzing van de uiteindelijk gerechtigde (vraag 4)

91. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de lidstaat die niet wil erkennen dat de ontvanger van de interest tevens de uiteindelijk gerechtigde is in de zin van richtlijn 2003/49, omdat deze ontvanger volgens die lidstaat slechts een zogenoemde kunstmatige doorstroomvennootschap is, verplicht is om mee te delen wie hij als de uiteindelijk gerechtigde beschouwt. In wezen stelt de verwijzende rechter aldus de kwestie van de bewijslast voor het bestaan van misbruik aan de orde.

92. Misbruik van de mogelijkheden tot juridische structurering houdt in dat wordt gekozen voor een juridische constructie die afwijkt van de constructie waarvoor normaal gesproken wordt gekozen, waarbij de daadwerkelijk gekozen constructie tot een *gunstiger resultaat* leidt dan de „normale” constructie. Van een „normale constructie” zou in het onderhavige geval sprake zijn indien tussen de investeerders en verzoekster in het hoofdgeding een directe leenverhouding zou bestaan met het oog op de verwerving van de doelvennootschap.

93. In beginsel moet de belastingdienst uiteenzetten waarom de gekozen aanpak fiscaal gunstiger is dan de normale constructie, waarbij eventueel een bepaalde medewerkingsplicht rust op de belastingplichtige. De belastingplichtige kan dan evenwel „in voorkomend geval [...] bewijs [aanvoeren] met betrekking tot de commerciële redenen die aan de betrokken transactie ten grondslag

liggen”.³⁵ Indien daaruit blijkt dat het wezenlijke doel³⁶ van de betreffende transactie niet erin bestaat belastingen te ontwijken die normaal gesproken hadden moeten worden betaald, kan de gekozen aanpak niet als misbruik worden aangemerkt, temeer daar de Staat zelf de belastingplichtige deze mogelijkheden tot structurering biedt.

94. Uit de rechtspraak van het Hof³⁷ vloeit tevens voort dat de aanname dat sprake is van misbruik, tot gevolg heeft dat de situatie wordt bepaald zoals zij zou zijn geweest zonder de transacties die misbruik opleveren, waarna deze geherkwalificeerde situatie wordt beoordeeld uit het oogpunt van de relevante bepalingen van het nationale recht en het Unierecht. Daarvoor moet evenwel vaststaan wie de uiteindelijk gerechtigde is.

95. Ten aanzien van Denemarken kan misbruik in de zin van artikel 5 van richtlijn 2003/49 zich enkel voordoen indien bij een directe uitbetaling van de interest voor hetzelfde bedrag belasting zou worden geheven in Denemarken. Dit is naar Deens recht evenwel uitgesloten wanneer het buiten beschouwing laten van de zogenoemde tussenvennootschap tot gevolg zou hebben dat de eigenlijke werkelijke ontvanger van de interest eveneens een in een andere lidstaat gevestigde onderneming is, dan wel dat de ontvanger van de interest is gevestigd in een staat waarmee Denemarken een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten. Indien de beleggingsfondsen daadwerkelijk als fiscaal transparante vennootschappen zouden moeten worden beschouwd, zou dan ook naar de respectieve investeerders moeten worden gekeken om deze vraag te kunnen beantwoorden.

96. Derhalve kan op vraag 4 worden geantwoord dat de lidstaat die niet wil erkennen dat een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap – waaraan de interest is betaald – de uiteindelijk gerechtigde tot de interest is, bij de aanname van misbruik in beginsel moet meedelen wie volgens hem de uiteindelijk gerechtigde is. Dit is noodzakelijk om te kunnen vaststellen of de als misbruik gekwalificeerde constructie wel een fiscaal gunstiger resultaat oplevert. Met name in situaties die het buitenland betreffen, kan in dit verband evenwel een zwaardere medewerkingsplicht rusten op de belastingplichtige.

D. Mogelijkheid om zich te beroepen op artikel 5 van richtlijn 2003/49 (vragen 2 tot en met 3)

97. Met zijn vragen 2, 2.1 en 3 wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of Denemarken zich rechtstreeks op artikel 5 van richtlijn 2003/49 kan beroepen om de belastingplichtige de belastingvrijstelling te ontzeggen (1). Mocht dit niet het geval zijn, dan dient te worden gepreciseerd of Denemarken met het in het geding zijnde nationale recht artikel 5 van richtlijn 2003/49 niettemin naar behoren heeft omgezet (2).

1. Geen rechtstreekse toepassing van een richtlijn om verplichtingen op te leggen aan particulieren

98. Ook al zou volgens de hierboven genoemde criteria sprake zijn van misbruik in de zin van artikel 5 van richtlijn 2003/49, het blijft een feit dat het onderhavige geval gekenmerkt wordt door de bijzondere omstandigheid dat het Deense recht geen specifieke bepaling tot omzetting van dat artikel bevatte. Ook bestond er volgens de verwijzende rechter geen algemene wettelijke bepaling ter voorkoming van misbruik. Met name verzoekster in het hoofdgeding is daarom van mening dat de uit het nationale recht voortvloeiende belastingvrijstelling haar zelfs niet kan worden ontzegd indien wordt aangenomen dat sprake is van misbruik.

35 Arrest van 13 maart 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:161, punt 92.

36 Arresten van 22 november 2017, *Cussens e.a.*, C-251/16, EU:C:2017:881, punt 53; 17 december 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, punt 36, en 21 februari 2008, *Part Service*, C-425/06, EU:C:2008:108, punt 45.

37 Arresten van 22 november 2017, *Cussens e.a.*, C-251/16, EU:C:2017:881, punt 47; 17 december 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, punt 52, en 21 februari 2008, *Part Service*, C-425/06, EU:C:2008:108, punt 58.

99. Een formele overname van richtlijnbepalingen (in casu artikel 5 van richtlijn 2003/49) in specifieke bepalingen van nationaal recht is evenwel niet altijd vereist. Veeleer kan voor de omzetting van een richtlijn, naargelang van de inhoud daarvan, een algemene juridische context – daaronder begrepen algemene beginselen van het nationale constitutionele of administratieve recht – volstaan, wanneer daardoor de volledige toepassing van de richtlijn op voldoende duidelijke en nauwkeurige wijze wordt gewaarborgd.³⁸

100. In zijn verwijzingsbeslissing maakt de verwijzende rechter gewag van twee beginselen, te weten het zogenoemde realiteitsbeginsel en het beginsel van „de werkelijke ontvanger van de inkomsten”. De betrokkenen zijn het er evenwel over eens dat deze beginselen in casu niet relevant zijn, omdat de interest formeel gezien daadwerkelijk eerst aan de Luxemburgse vennootschappen is betaald.

101. Artikel 5 van richtlijn 2003/49 staat de lidstaten echter toe misbruik te bestrijden. Bestrijding van misbruik vindt in de praktijk in de hele Unie plaats. Zo hebben vrijwel alle lidstaten bepaalde instrumenten ontwikkeld om misbruik van recht met het oogmerk van belastingontwijking tegen te gaan.³⁹ Daarom zijn de nationale fiscale regelingen gebaseerd op de consensus over het feit dat de toepassing van het recht niet zo ver kan gaan dat misbruik door ondernemers moet worden geduld. Dit aldus in de hele Unie erkende beginsel⁴⁰ is inmiddels neergelegd in artikel 6 van richtlijn 2016/1164.

102. In zoverre moeten alle nationale regelingen, ongeacht of zij al dan niet zijn vastgesteld met het oog op de omzetting van richtlijn 2003/49, worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met dat algemene rechtsbeginsel en inzonderheid met zowel de bewoordingen als de doelstellingen van richtlijn 2003/49 en met artikel 5 daarvan.⁴¹ Tegen een uitlegging van het nationale recht in overeenstemming met het Unierecht pleit niet dat deze mogelijkterwils bezwarend is voor particulieren. Het is immers geoorloofd dat een indirecte toepassing van het Unierecht via bepalingen van nationaal recht bezwarend is voor particulieren.⁴²

103. Alleen een voor verzoekster bezwarende rechtstreekse toepassing van artikel 5 van richtlijn 2003/49 is de Deense autoriteiten – mede om redenen van rechtszekerheid⁴³ – niet toegestaan. Zo kan een lidstaat een particulier geen richtlijnbeeping tegenwerpen die hij zelf niet heeft omgezet.⁴⁴ Het is namelijk vaste rechtspraak dat een richtlijn niet zelf voor particulieren verplichtingen in het leven kan roepen, zodat de richtlijn hun als zodanig niet kan worden tegengeworpen.⁴⁵ Mocht een

38 Zie in die zin de vaste rechtspraak, bijvoorbeeld arresten van 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, punt 44; 6 april 2006, Commissie/Oostenrijk, C-428/04, EU:C:2006:238, punt 99, en 16 juni 2005, Commissie/Italië, C-456/03, EU:C:2005:388, punt 51. Zie ook mijn conclusie in de zaak Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:86, punt 62.

39 Deels beschikken de lidstaten over algemene clausules ter bestrijding van misbruik, zoals § 42 van de Duitse Abgabenordnung, § 6 van de Luxemburgse loi d'adaptation fiscale, artikel 344, §1, van het Belgische Wetboek van de inkomstenbelastingen, artikel 2 van de Zweedse wet 1995:575 of artikel 28 van de Finse wet inkomstenbelasting. Deels gelden er specifieke regelingen [zoals in Denemarken met betrekking tot de verrekenprijzen in § 2 van de ligningslov (wet tot vaststelling van de heffingsgrondslag)] of algemene rechtsbeginselen (wat de Bondsrepubliek Duitsland betreft, valt te denken aan het beginsel dat de economische realiteit primeert op de juridische vorm, dat onder meer kan worden afgeleid uit §§ 39 e.v. van de Abgabenordnung).

40 Zie onder meer arresten van 22 november 2017, Cussens e.a., C-251/16, EU:C:2017:881, punt 27; 21 februari 2006, Halifax e.a., C-255/02, EU:C:2006:121, punt 68; 3 maart 2005, Fini H, C-32/03, EU:C:2005:128, punt 32; 14 december 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, punt 51, en 23 maart 2000, Diamantis, C-373/97, EU:C:2000:150, punt 33.

41 Zie, met betrekking tot de verplichting van de nationale rechter om het nationale recht uit te leggen in overeenstemming met richtlijnen, de vaste rechtspraak van het Hof en met name de arresten van 4 juli 2006, Adeneler e.a., C-212/04, EU:C:2006:443, punten 108 e.v.; 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a., C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punten 113 e.v., en 10 april 1984, von Colson en Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, punt 26.

42 Arresten van 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, punt 45; 7 januari 2004, Wells, C-201/02, EU:C:2004:12, punt 57; 14 juli 1994, Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, punten 20, 25 en 26, en 13 november 1990, Marleasing, C-106/89, EU:C:1990:395, punten 6 en 8. Zie ook mijn conclusie in de zaak Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:86, punt 65.

43 Aldus uitdrukkelijk arrest van 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, punt 42.

44 Arresten van 22 november 2017, Cussens e.a., C-251/16, EU:C:2017:881, punt 49; 21 september 2017, DNB Banka, C-326/15, EU:C:2017:719, punt 41; 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, punt 42, en 19 november 1991, Francovich e.a., C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428, punt 21. Zie ook mijn conclusie in de zaak Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:86, punt 66.

45 Arrest van 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, punt 42, en mijn conclusie in dezelfde zaak, C-321/05, EU:C:2007:86, punt 65. Zie onder meer ook arrest van 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a., C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punt 108 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

lidstaat dit wel doen, dan zou hij zich zelf schuldig maken aan „misbruik van recht”. Aan de ene kant zou hij een tot hem gerichte richtlijn niet omzetten (hoewel hij daartoe in staat is), terwijl hij zich aan de andere kant zou beroepen op een door de niet omgezette richtlijn geboden mogelijkheid tot bestrijding van misbruik.

104. Evenmin mogen de bevoegde autoriteiten zich in het hoofdgeding jegens particulieren rechtstreeks beroepen op het algemene rechtsbeginsel van Unierecht volgens hetwelk misbruik van recht niet toelaatbaar is. Tenminste voor situaties die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2003/49 vallen, is dit beginsel namelijk specifiek tot uitdrukking gebracht en geconcretiseerd in artikel 5, lid 2, van deze richtlijn.⁴⁶ Werd daarnaast nog toegestaan dat rechtstreeks wordt teruggegrepen op een algemeen rechtsbeginsel waarvan de inhoud veel minder duidelijk en bepaald is, dan dreigt de harmonisering die wordt nagestreefd met richtlijn 2003/49 – en met alle andere richtlijnen die concrete voorschriften ter voorkoming van misbruik bevatten (zoals artikel 6 van richtlijn 2016/1164) – te worden ondermijnd. Overigens zou aldus ook het reeds vermelde verbod om niet omgezette richtlijnbepalingen rechtstreeks toe te passen op een voor particulieren bezwarende wijze, worden ondergraven.⁴⁷

2. Geen overeenkomstige toepassing van de rechtspraak op het gebied van het btw-recht

105. Aan die vaststelling wordt niet afgedaan door de arresten van het Hof in de zaken *Italmoda en Cussens*.⁴⁸ In die zaken heeft het Hof geoordeeld dat het beginsel dat misbruik verboden is, aldus moet worden uitgelegd dat het, los van een nationale maatregel die daaraan werking verleent in de nationale rechtsorde, rechtstreeks kan worden toegepast om btw-vrijstelling te weigeren, zonder dat het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel zich daartegen verzetten.

106. Deze twee arresten hadden evenwel uitsluitend betrekking op het btw-recht, dat verschilt van de onderhavige materie. Om te beginnen is het btw-recht in veel sterkere mate geharmoniseerd door het Unierecht en raakt het veel sterker de Unierechtelijke belangen dan het recht van de lidstaten inzake winstbelasting, doordat de financiering van de Unie gekoppeld is aan de btw.

107. Daarnaast zijn de lidstaten krachtens artikel 325, leden 1 en 2, VWEU Unierechtelijk verplicht om (op doeltreffende wijze) belasting over de toegevoegde waarde te heffen⁴⁹, wat niet geldt voor winstbelasting. Daarbij komt nog dat het btw-recht bijzonder gevoelig is voor fraude, wat noopt tot een bijzonder doeltreffende inning van belastingvorderingen. In dit verband maakt ook het Hof zelf in zijn meest recente rechtspraak een onderscheid tussen het btw-recht en het afgeleide Unierecht, waarin uitdrukkelijk toestemming wordt verleend om misbruik te bestrijden.⁵⁰ Een rechtstreekse toepassing van artikel 5 van richtlijn 2003/49 in het nadeel van de belastingplichtigen is dan ook uitgesloten.⁵¹

46 Zie mijn conclusie in de zaak *Kofoed*, C-321/05, EU:C:2007:86, punt 67, en arrest van 5 juli 2007, *Kofoed*, C-321/05, EU:C:2007:408, punten 38 e.v. Zie in die zin ook mijn conclusie in de zaak *Satakunnan Markkinapörssi en Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:266, punt 103.

47 Het arrest van 22 november 2005, *Mangold*, C-144/04, EU:C:2005:709, punten 74-77, is op dit punt onduidelijk. Zie dienaangaande reeds mijn conclusie in de zaak *Kofoed*, C-321/05, EU:C:2007:86, punt 67. Zie voor een precisering ook arrest van 5 juli 2007, *Kofoed*, C-321/05, EU:C:2007:408, punt 42.

48 Arresten van 22 november 2017, *Cussens e.a.*, C-251/16, EU:C:2017:881, en 18 december 2014, *Schoenimport „Italmoda” Mariano Previti*, C-131/13, C-163/13 en C-164/13, EU:C:2014:2455.

49 Arresten van 8 september 2015, *Taricco e.a.*, C-105/14, EU:C:2015:555, punten 36 e.v., en 26 februari 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punt 26.

50 Aldus uitdrukkelijk arrest van 22 november 2017, *Cussens e.a.*, C-251/16, EU:C:2017:881, punten 28, 31 en 38.

51 Aldus reeds het Hof in zijn arrest van 5 juli 2007, *Kofoed*, C-321/05, EU:C:2007:408, punt 42.

3. *Bestaan van een specifiek tegen misbruik gerichte nationale bepaling*

108. De verwijzende rechter zal evenwel moeten nagaan of er niet reeds algemene bepalingen of beginselen van nationaal recht (waaronder in de rechtspraak ontwikkelde beginselen) bestaan die, bij een uitlegging ervan in overeenstemming met het Unierecht, toch op de onderhavige zaak kunnen worden toegepast, en waaruit bijvoorbeeld voortvloeit dat schijntransacties buiten beschouwing worden gelaten of dat het verboden is om van bepaalde fiscale voordelen gebruik te maken op een wijze die misbruik oplevert.

109. Een beperking van de vrijheid van vestiging kan volgens de rechtspraak van het Hof slechts door de strijd tegen misbruik worden gerechtvaardigd wanneer zij specifiek tot doel heeft gedragingen te verhinderen die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.⁵²

110. Daarom kan op de vragen 2.1 en 3 worden geantwoord dat noch § 2, lid 1, onder d), van de Deense wet op de vennootschapsbelasting noch een regeling in een dubbelbelastingverdrag op grond waarvan bij de heffing van belasting over interest in aanmerking wordt genomen wie de uiteindelijk gerechtigde is, als toereikende omzetting van artikel 5 van richtlijn 2003/49 kan worden beschouwd.

111. Deze beoordeling zou echter anders uitvallen indien het zogenoemde realiteitsbeginsel en het beginsel van de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” in Denemarken zouden worden toegepast in overeenstemming met het Unierecht. Deze beginselen zijn juist ontwikkeld om het hoofd te bieden aan het probleem dat het civiele recht tal van constructies mogelijk maakt, terwijl op grond van het belastingrecht economische feiten worden belast. Die rechtsbeginselen zijn dan ook juist specifiek gericht tegen kunstmatige constructies of tegen misbruik van recht door particulieren, zodat zij in principe tevens een voldoende specifieke rechtsgrondslag vormen voor een beperking van de vrijheid van vestiging. Dat verzoekende partijen in het hoofdgeding er ter terechtzitting herhaaldelijk op hebben gewezen dat Denemarken artikel 5 van richtlijn 2003/49 niet uitdrukkelijk heeft omgezet, doet dus niet ter zake. Evenwel staat het aan de nationale rechter dit nader te beoordelen.

112. Mits het in Denemarken ontwikkelde „realiteitsbeginsel” in overeenstemming met het Unierecht wordt uitgelegd, zou het derhalve een toereikende grondslag kunnen bieden om volstrekt kunstmatige constructies of constructies die misbruik opleveren – voor zover van dergelijke constructies sprake is (zie dienaangaande nader punten 57 en volgende hierboven) – bij de belastingheffing buiten beschouwing te laten. Het komt mij voor dat ook het „realiteitsbeginsel” niets anders is dan een bijzondere vorm van de economische benadering die waarschijnlijk ten grondslag ligt aan het merendeel van de door de afzonderlijke lidstaten vastgestelde voorschriften ter bestrijding van misbruik.⁵³ Deze benadering komt ook tot uiting op het niveau van het Unierecht, bijvoorbeeld in artikel 6, lid 2, van richtlijn 2016/1164, waarin is bepaald dat een constructie als kunstmatig wordt beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Dit laatste moet echter door de nationale rechter worden beoordeeld.

113. Wanneer de betreffende constructie tot doel heeft te voorkomen dat belasting wordt geheven ten laste van de beleggers, is er ondanks de formele betaling aan de Luxemburgse vennootschap economisch beschouwd eigenlijk sprake van een betaling aan A Fund of haar beleggers. Alsdan weerspiegelt de betaling aan Z Luxembourg slechts de civielrechtelijke (formele) realiteit en niet de economische realiteit.

⁵² Arresten van 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha, C-303/07, EU:C:2009:377, punt 64; 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 55, en 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, EU:C:2007:161, punt 74.

⁵³ Zeer vaak wordt in de lidstaten gekeken naar de daadwerkelijke inhoud van een handeling of een transactie. Dit is onder meer het geval in Finland, Hongarije, Ierland, Italië, Litouwen, Nederland, Portugal en Slovenië.

E. Schending van fundamentele vrijheden (vragen 5, 6 en 7)

114. Aangezien Z Luxembourg, zoals hierboven in de punten 34 en volgende is uiteengezet, in beginsel als de uiteindelijk gerechtigde moet worden aangemerkt, hoeft niet meer te worden ingegaan op de vragen 5, 6 en 7 van de verwijzende rechter.

115. Indien de verwijzende rechter bij een toepassing van de nationaalrechtelijke beginselen in overeenstemming met het Unierecht tot de slotsom komt dat er sprake is van een constructie die misbruik oplevert, is eventueel bronbelasting verschuldigd. Alsdan is de vraag in het onderhavige geval evenwel ook niet meer relevant, omdat de heffing van die belasting dan voortvloeit uit het misbruik en het niet mogelijk is zich op het Unierecht te beroepen met het oogmerk van fraude.⁵⁴

116. Los daarvan heeft het Hof evenwel ook reeds geoordeeld dat het bij de verschillende behandeling van binnen- en buitenlandse ontvangers van interest op grond van verschillende wijzen van belastingheffing op zich reeds om situaties gaat die niet met elkaar vergelijkbaar zijn.⁵⁵ Zelfs indien deze situaties wel vergelijkbaar zouden moeten worden geacht, zou een beperking van de fundamentele vrijheid volgens de rechtspraak van het Hof gerechtvaardigd zijn zolang de Deense bronbelasting die wordt opgelegd aan een in het buitenland gevestigde ontvanger van interest, niet hoger is dan de Deense vennootschapsbelasting die een binnenlandse ontvanger van interest verschuldigd is.⁵⁶

117. De door de verwijzende rechter in zijn vijfde vraag aan de orde gestelde omstandigheid dat bij de heffing van bronbelasting geen rekening wordt gehouden met uitgaven die de in het buitenland gevestigde ontvanger van de interest heeft moeten dragen, is inherent aan het stelsel van de heffing van bronbelasting. Wanneer een „echte” derde (de betaler van de interest) uiteindelijk de door de ontvanger van de betaling verschuldigde winstbelasting als forfaitair bedrag afdraagt, kan hij diens (exploitatie-)uitgaven – die hem doorgaans in het geheel niet bekend zijn – niet in aftrek brengen. In de regel is met deze uitgaven op zeer globale wijze reeds rekening gehouden in de vorm van een lager bronbelastingtarief.

118. In wezen wenst de verwijzende rechter met zijn vijfde vraag dan ook veeleer te vernemen of de buitenlandse ontvanger van interest over dezelfde mogelijkheid als de binnenlandse ontvanger van interest moet beschikken om zijn uitgaven in aanmerking te doen nemen in het kader van een belastingaanslag in Denemarken. Het antwoord op deze vraag is echter niet relevant voor de onderhavige zaak, waarin Z Denmark opkomt tegen het feit dat zij aansprakelijk wordt geacht in verband met haar verplichting om bronbelasting in te houden.

119. Wat hierboven reeds is overwogen in punt 115, geldt ook voor het feit dat de Deense vennootschapsbelastingsschuld van de ontvanger van de interest ontstaat op een ander tijdstip dan de door Denemarken aan de betaler van de interest opgelegde verplichting om bronbelasting in te houden, en dat ten aanzien van die schuld respectievelijk die inhoudingsplicht een verschillende rentevoet wordt toegepast in geval van niet-tijdige betaling. Deze situaties zijn niet met elkaar vergelijkbaar, omdat in het ene geval een *eigen* belasting (vennootschapsbelasting) verschuldigd is, terwijl in het andere geval ten behoeve van de ontvanger van de interest een belasting wordt ingehouden en afgedragen die in wezen *door een andere persoon verschuldigd is* (namelijk de door

⁵⁴ Zie onder meer arresten van 22 november 2017, Cussens e.a., C-251/16, EU:C:2017:881, punt 27; 21 februari 2006, Halifax e.a., C-255/02, EU:C:2006:121, punt 68, en 14 december 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁵⁵ Arrest van 22 december 2008, Truck Center, C-282/07, EU:C:2008:762, punt 41, bevestigd bij arrest van 18 oktober 2012, X, C-498/10, EU:C:2012:635, punt 26.

⁵⁶ Zie arresten van 17 september 2015, Miljoen e.a., C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, punt 90, en 18 oktober 2012, X, C-498/10, EU:C:2012:635, punten 42 e.v.

deze persoon verschuldigde inkomsten- of vennootschapsbelasting). Het verschillende tijdstip van ontstaan en de verschillende rentevoet zijn het gevolg van het feit dat bronbelasting op een verschillende wijze wordt geheven en dat de heffing ervan een andere functie heeft (zie dienaangaande punt 86).

VI. Conclusie

120. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Vestre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het westen van Denemarken) te beantwoorden als volgt:

„1) De prejudiciële vragen 1 tot en met 1.4 dienen aldus te worden beantwoord dat een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die rechthebbende is van de rentedragende schuldvordering, in beginsel moet worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49/EG betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten. Dit geldt niet wanneer die vennootschap niet handelt voor eigen rekening, maar voor rekening van een derde.

Aan het begrip ‚uiteindelijk gerechtigde’ moet een autonome Unierechtelijke uitlegging worden gegeven, los van de commentaren bij artikel 11 van het OESO-modelverdrag van 1977 of latere versies daarvan.

2) Op vraag 2 dient te worden geantwoord dat de aanname dat sprake is van misbruik, afhangt van een door de nationale rechter te verrichten algemene beoordeling van alle omstandigheden van het concrete geval.

a) Van misbruik kan in het belastingrecht sprake zijn in het geval van volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit of waarvan het wezenlijke doel erin bestaat een belasting te ontwijken die in overeenstemming met het wettelijk nagestreefde doel daarvan verschuldigd zou zijn. In dit verband moet de belastingdienst aantonen dat in het geval van een niet-kunstmatige constructie belasting verschuldigd zou zijn, terwijl de belastingplichtige moet aantonen dat de keuze voor de betreffende constructie berust op relevante niet-fiscale redenen.

b) Van het ontwijken van de heffing van bronbelasting over interestbetalingen aan beleggingsfondsen die in derde landen zijn gevestigd, is met name sprake wanneer de heffing van belasting over de interestopbrengsten ten laste van de werkelijke ontvangers van de interest (dat wil zeggen de investeerders) wordt ontweken. In dit verband kan in het bijzonder van misbruik worden uitgegaan indien de gekozen ondernemingsstructuur ertoe dient gebruik te maken van bepaalde tekortkomingen bij de informatie-uitwisseling tussen de betrokken staten, teneinde een doeltreffende belastingheffing ten laste van de werkelijke ontvangers van de interest te beletten.

c) Een lidstaat kan zich evenwel niet beroepen op artikel 5 van richtlijn 2003/49 wanneer hij deze bepaling niet heeft omgezet.

3) Op vraag 3 dient te worden geantwoord dat noch § 2, lid 1, onder d), van de Deense wet op de vennootschapsbelasting noch een met artikel 11 van het modelverdrag van de OESO corresponderende regeling in een dubbelbelastingverdrag kan worden beschouwd als toereikende omzetting van artikel 5 van richtlijn 2003/49. Dit staat er evenwel niet aan in de weg dat algemene nationaalrechtelijke beginselen die tot doel hebben de mogelijkheid te bieden om specifiek op te treden tegen kunstmatige constructies of tegen misbruik van recht door particulieren, worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met het Unierecht.

- 4) Vraag 4 dient aldus te worden beantwoord dat de lidstaat die niet wil erkennen dat een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap de uiteindelijk gerechtigde tot de interest is, bij de aanname van misbruik moet meedelen wie werkelijk de uiteindelijk gerechtigde is. In situaties die het buitenland betreffen, kan in dit verband evenwel een zwaardere medewerkingsplicht rusten op de belastingplichtige.
- 5) Gelet op de bovenstaande antwoorden op de vragen 1 en 2 behoeven de vragen 5, 6 en 7 niet te worden beantwoord.”