Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 1 mars 2018 [1]

Mål C-299/16

Z Denmark
mot
Skatteministeriet

(begäran om förhandsavgörande från Vestre Landsret (Appellationsdomstolen för Västra Danmark, Danmark))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2003/49/EG om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties som betalas mellan närstående bolag i olika medlemsstater (ränte- och royaltydirektivet) – Begreppet ’den som har rätt till’ – Handlande i eget namn för annans räkning – Betydelsen av kommentarerna till OECD:s modellavtal för tolkningen av ett EU-direktiv – Missbruk av möjligheter att utforma skatterättsliga arrangemang – Kriterier för att fastställa missbruk vid undvikande av källbeskattning – Missbruk genom att utnyttja avsaknaden av system för informationsutbyte mellan stater – Direkt tillämpning av en direktivbestämmelse som inte införlivats med nationell rätt – Tolkning av nationella principer om förebyggande av missbruk i överensstämmelse med unionsrätten”

I. Inledning

1. EU-domstolen har i förevarande fall – liksom i tre andra parallella förfaranden [2] – ombetts att avgöra under vilka omständigheter som den som civilrättsligt har rätt att uppbära ränta även ska anses vara den som har rätt till räntan i den mening som avses i ränte- och royaltydirektivet [3]. Det ska härvidlag klargöras huruvida OECD:s kommentarer till dess modellavtal kan användas vid tolkningen av unionsrätten, i synnerhet då kommentarerna har omformulerats efter det att direktivet antagits. Dessutom uppkommer frågan om hur förbudet mot missbruk i unionsrätten ska definieras och huruvida det är direkt tillämpligt.

2. I detta fall har investerare genom en värdepappersfond med hemvist i ett tredjeland lånat ut pengar till ett danskt bolag som fonden kontrollerar. Denna låneskuld och aktierna i det danska bolaget överfördes till ett bolag som bildats i Luxemburg, vilket av allt att döma skedde eftersom Danmark försämrat de skatterättsliga ramvillkoren för utländska investerare genom att införa en källskatt. Efter det att överföringen genomförts beviljade värdepappersfonden ett lån på ett lika stort belopp till det luxemburgska bolaget. Genom att använda ett bolag med hemvist i ett annat land inom Europeiska unionen undviks bland annat den danska källskatten på räntebetalningar.

1 Originalspråk: tyska.

2 Närmare bestämt de förenade målen C-115/16, C-118/16 och C-119/16.

3 Rådets direktiv 2003/49/EG av den 3 juni 2003 om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties som betalas mellan närstående bolag i olika medlemsstater (EUT L 157, 2003, s. 49).

3. Alla ovanstående frågor rör i slutändan en grundläggande konflikt som är inbyggd i skatterätten, nämligen konflikten mellan den skattskyldiges frihet att själv välja ett lämpligt civilrättsligt arrangemang å ena sidan, och behovet av att hindra upplägg som visserligen har civilrättslig verkan men som under vissa omständigheter ändå utgör missbruk å andra sidan. Trots att denna problematik har funnits ända sedan den moderna skatterätten uppfanns, är det svårt att dra en gräns mellan tillåten och otillåten skatteplanering. En bilägare som efter en höjning av fordonsskatten väljer att sälja sin bil av kostnadsskäl gör det helt uppbenbart i syfte att undvika fordonsskatten. Försäljningen kan ändå inte anses utgöra missbruk, trots att det enda motivet är att uppnå en skattebesparing.

4. Med tanke på de upprörda politiska stämningar som riktar sig mot metoderna som vissa globalt agerande koncerner använder för att minimera sin skatt, är avgränsningen som ska ske här inte någon enkel fråga för domstolen. Men för den skull kan inte alla åtgärder som enskilda vidtar för att uppnå skattemässiga fördelar bedömas som rättsstridiga.

II. Rättslig ram

A. Unionsrätten

5. Målets unionsrättsliga ram utgörs av direktiv 2003/49 och artiklarna 43, 48 och 56 EG (numera artiklarna 49, 54 och 63 FEUF):

6. Skälen 1–6 i direktiv 2003/49 har följande lydelse:

”(1) På en inre marknad med samma särdrag som en nationell marknad bör transaktioner mellan bolag i olika medlemsstater inte vara underkastade mindre förmånliga skattevillkor än dem som gäller för samma transaktioner mellan bolag i samma medlemsstat.

(2) Detta krav är för närvarande inte uppfyllt när det gäller räntor och royalties. Nationella skattelagar, i tillämpliga fall i kombination med bilaterala eller multilaterala avtal, innebär inte alltid upphävande av dubbelbeskattning, och tillämpningen av dem medför ofta betungande administrativa formaliteter och likviditetsproblem för de berörda bolagen.

(3) Det är nödvändigt att se till att räntor och royalties beskattas en gång i en medlemsstat.

(4) Att avskaffa beskattningen av betalningar av räntor och royalties i den medlemsstat där de uppstår, oberoende av om beskattningen sker vid källan eller genom taxering, är det lämpligaste sättet att eliminera de nyss nämnda formaliteterna och problemen och att säkerställa lika behandling i beskattningshänseende mellan nationella och gränsöverskridande transaktioner. Det är särskilt nödvändigt att avskaffa dessa skatter på sådana betalningar mellan närstående bolag i olika medlemsstater samt mellan sådana bolags fasta driftställen.

(5) Bestämmelserna bör endast tillämpas på de eventuella belopp, i form av betalningar av räntor eller royalties, som skulle ha avtalats mellan betalaren och den som har rätt till betalningen, om särskilda förbindelser mellan dem inte förelåg.

(6) Det är dessutom nödvändigt att inte hindra medlemsstaterna från att vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa bedrägeri och missbruk.”

7. Artikel 1.1 i direktiv 2003/49 har följande lydelse:

”De betalningar av räntor eller royalties som uppkommer i en medlemsstat skall undantas från varje form av skatt som påförs sådana betalningar i denna stat, oavsett om den tas ut vid källan eller genom taxering, under förutsättning att den som har rätt till räntan eller royaltyn är ett bolag i en annan medlemsstat, eller ett fast driftställe som är beläget i en annan medlemsstat och tillhör ett bolag i en medlemsstat.”

8. Artikel 1.4 i direktiv 2003/49 innehåller dessutom följande bestämmelse:

”Ett bolag i en medlemsstat skall behandlas som den som har rätt till räntan eller royaltyn endast om det tar emot betalningarna för egen del och inte som mellanhand, till exempel som representant, förvaltare eller bemyndigad undertecknare för någon annan person.”

9. Artikel 1.7 i direktiv 2003/49 har följande lydelse:

”Denna artikel skall endast gälla om det bolag som är betalare, eller det bolag vars fasta driftställe behandlas som betalare, av räntor och royalties är ett närstående bolag till det bolag som har rätt till, eller vars fasta driftställe behandlas som den som har rätt till, dessa räntor eller royalties.”

10. Artikel 5 i direktiv 2003/49 innehåller följande reglering under rubriken ”Bedrägeri och missbruk”:

”1. Detta direktiv skall inte påverka tillämpningen av nationella eller avtalsgrundade bestämmelser för att förebygga bedrägeri eller missbruk.

2. Medlemsstaterna får, när det gäller transaktioner som har skatteflykt, skatteundandragande eller missbruk som huvudsakligt syfte eller som ett av huvudsyftena, återkalla de förmåner som detta direktiv innebär eller vägra att tillämpa direktivet.”

B. Folkrätt

11. Dubbelbeskattningsavtalet (nedan kallat DBA) mellan Danmark och Luxemburg av den 17 november 1980 innehåller i dess artikel 11.1 följande bestämmelse om fördelningen av beskattningsrätten avseende ränta:

”1. Räntor som härrör från en kontraherande stat och som betalas till person som är hemmahörande i en annan kontraherande stat kan endast beskattas i den andra staten, om denna person är den som har rätt till räntorna.”

12. Härav följer att källstaten, här Danmark, inte kan beskatta räntor som betalas till en person hemmahörande i Luxemburg, om vederbörande är den som har rätt till räntorna. Begreppet den som har rätt till räntorna definieras inte i DBA.

C. Dansk rätt

13. Enligt uppgifter som tillhandahållits av den hänskjutande domstolen hade dansk lagstiftning under perioden för de faktiska omständigheterna följande innehåll.

14. I 2 § första stycket d i lagen om beskattning av aktiebolag (nedan kallad bolagsskattelagen)[4] regleras begränsad skattskyldighet för utländska bolag avseende räntebelopp som danska bolag betalat ut eller krediterat:

”2 § Skattskyldig enligt denna lag är vidare bolag, föreningar och så vidare i den mening som avses i 1 § första stycket som har sitt säte utomlands, såvitt de …

d) erhåller räntor från inhemska källor som grundas på en skuld som ett [bolag som bildats enligt dansk rätt] eller ett … [driftställe som hör till ett utländskt bolag] … har gentemot en utländsk juridisk person som omnämns i 3 B § i Skattekontrollov [(lag om skattekontroll)] (kontrollerad skuld). Skattskyldigheten omfattar inte räntor som enligt direktiv 2003/49 om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties betalas mellan närstående bolag i olika medlemsstater, eller enligt ett dubbelbeskattningsavtal med Färöarna, Grönland eller staten i vilken det mottagande bolaget och så vidare har sitt säte inte beskattas alls eller beskattas till en nedsatt skattesats. Detta gäller dock endast om det betalande bolaget och det mottagande bolaget under en sammanhängande tidsperiod på minst ett år, inom vilken betalningstidpunkten måste ligga, är närstående i den mening som avses i detta direktiv…”

15. I slutändan omfattade under år 2007 den begränsade skattskyldigheten inte de räntor som betalats till ett moderbolag och på vilka ingen skatt eller en nedsatt skattesats tas ut enligt direktiv 2003/49 eller ett DBA.

16. Föreligger det enligt 2 § andra punkten d i bolagsskattelagen begränsad skattskyldighet för ränteinkomster från Danmark åvilar det enligt 65 D § i den danska källskattelagen[5] den danska räntebetalaren att innehålla källskatt (ränteskatt).

17. Under taxeringsåren 2006 och 2007 uppgick skattesatsen till 30 procent och under taxeringsåret 2008 till 25 procent. Vid försenad betalning av innehållen källskatt (vid begränsad skattskyldighet) tas ränta ut på skatteskulden, 66 B § i källskattelagen. Skyldigheten att betala dröjsmålsränta åvilar den som är skyldig att innehålla skatten.

18. Under åren 2006–2008 fanns det inga allmänna lagbestämmelser för att motverka missbruk. I rättspraxis hade däremot den så kallade realitetsdoktrinen utvecklats, enligt vilken beskattning ska ske på grundval av en konkret bedömning av de faktiska omständigheterna. Det betyder bland annat att fiktiva och konstlade skatteupplägg under vissa omständigheter inte behöver beaktas och att beskattningen i stället baseras på verkligheten (*substance over form*). Det är ostridigt mellan parterna att realitetsdoktrinen inte ger någon möjlighet att lämna rättshandlingarna som företagits i det aktuella fallet utan beaktande.

19. I dansk rättspraxis har dessutom principen om *den som faktiskt uppbär inkomst* utvecklats. Denna princip är baserad på huvudregeln om beskattning av inkomster i 4 § i den danska skattelagen (statsskatteloven), enligt vilken skattemyndigheterna inte är skyldiga att acceptera en artificiell uppdelning mellan rörelsen/verksamheten som genererar inkomster och vart inkomsterna som kommer av denna ska hänföras. Det måste alltså fastställas vem som är den verkliga mottagaren av specifika inkomster och således är skattskyldig, utan hänsyn till hur upplägget framstår utåt. Frågan är följaktligen vart inkomsterna ska hänföras i skatterättsligt hänseende. Den som faktiskt uppbär inkomst är alltså den som är skattskyldig för de aktuella inkomsterna.

4 Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v., selskabsskatteloven -Lovbekendtgørelse nr. 1037 af 24. august 2007 (lagkungörelse nr 1037 av den 24 augusti 2007).

5 Kildeskatteloven – Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. november 2005 (lagkungörelse nr 1086 av den 14 november 2005).

III. Målet vid den nationella domstolen

20. Värdepappersfonden A Fund förvärvade i augusti 2005 circa 66 procent av aktierna i Z Denmark, ett danskt industriföretag. I samband med förvärvet – den 27 september 2005 – beviljade A Fund ett lån med en ränta på 9 procent till Z Denmark.

21. År 2006 beslutade Danmark att införa källskatt på räntor som betalas till utlandet. Den 28 april 2006 bildade A Fund bolaget Z Luxembourg i Luxemburg och överförde fordran gentemot Z Denmark till detta bolag. Efter överföringen beviljade A Fund ett lån med en räntesats på 9,875 procent till Z Luxembourg. A Fund överförde genom avtal som ingicks den 21 juni 2006 sina aktier i Z Denmark till Z Luxembourg.

22. Enligt den hänskjutande domstolens uppgifter framgår det av Z Luxembourgs årsredovisningar för 2007 och 2006 att bolagets enda verksamhet bestod i att äga aktierna i Z Denmark. Enligt årsredovisningarna uppvisade bolaget ett negativt resultat på 23 588 euro år för 2006 och ett positivt resultat på 15 587 euro för år 2007. Posten ”skatt på vinsten” var under ett av åren (antagligen 2007) 3 733 euro.

23. Z Denmark återbetalade det i föregående punkter nämnda lånet den 1 november 2007. Samma dag återbetalade även Z Luxembourg sin skuld till A Fund, inklusive upplupen ränta.

24. A Fund består av fem värdepappersfonder, av vilka fyra (enligt dansk skatterätt) anses vara skatterättsligt transparenta [6] kommanditbolag (Limited Partnerships) som är etablerade på Jersey.

25. De fyra transparenta värdepappersfonderna har circa 70 direkta investerare, däribland pensionsfonder, finansinstitut, *fund-of-funds*, riskkapitalfonder och värdepappersfonder, vanliga bolag samt privatpersoner.

26. Dessa investerare har hemvist i många olika länder både inom och utanför Europeiska unionen, liksom i länder med vilka Danmark har slutit ett DBA och i länder med vilka inget DBA finns. A Fund (No. 5) Limited, Jersey, är organiserat i form av ett bolag som inte är transparent i skatterättsligt hänseende och äger circa 0,6 procent av andelarna i A Fund.

27. SKAT (den danska skattemyndigheten) har genom beslut av den 10 december 2010 fastställt att Z Luxembourg inte ska anses som den som har rätt till räntorna i den mening som avses i direktiv 2003/49 och DBA mellan Danmark och Luxemburg.

28. Skattemyndigheten har fastställt att Z Denmark hade behövt innehålla källskatt på räntorna som gottskrevs den största ägaren Z Luxembourg under åren 2006 och 2007, samt att förstnämnda bolag ansvarar för den obetalda källskatten.

29. Skattemyndigheten har inför Vestre Landsret (Appellationsdomstolen för Västra Danmark, Danmark) anfört att Z Luxembourg enligt dansk rätt är att anse som *den som faktiskt uppbär inkomst*. Z Luxembourg är således begränsat skattskyldig för de aktuella räntorna.

30. SKATs beslut överklagades till Landsskatteretten (högsta skattemyndigheten) som emellertid vidhöll myndighetens beslut genom beslut av den 31 januari 2012. Z Denmark överklagade Landsskatterets beslut till Vestre Landsret (Appellationsdomstolen för Västra Danmark).

6 Detta innebär att bolaget visserligen kan företa rättshandlingar, men att det i skatterättsligt hänseende inte är bolaget som skattar för dess vinst, utan att vinsten direkt och proportionerligt hänförs till bolagets delägare som ska betala skatt på denna. Följden av detta är att det i princip inte är bolagets hemviststat utan delägarnas hemviststat som pro rata beskattar bolagets intäkter (här värdepappersfondernas ränteintäkter).

31. Vestre Landsret (Appellationsdomstolen för Västra Danmark) beslutade att begära förhandsavgörande hos EU-domstolen.

IV. Förfarandet vid domstolen

32. Vestre Landsret (Appellationsdomstolen för Västra Danmark, Danmark) har hänskjutit följande frågor för förhandsavgörande:

1) Ska artikel 1.1 i direktiv 2003/49 jämförd med artikel 1.4 i samma direktiv, tolkas så, att ett bolag som är hemmahörande i en medlemsstat – och som omfattas av artikel 3 i direktivet och under sådana omständigheter som föreligger i det nationella målet mottar räntor från ett dotterbolag i en annan medlemsstat – är ”den som har rätt” till räntan i den mening som avses i direktivet?

1.1) Ska begreppet ”den som har rätt till” i artikel 1.1 i direktiv 2003/49 jämförd med artikel 1.4 i samma direktiv, tolkas i överensstämmelse med motsvarande begrepp i artikel 11 i 1977 års modellavtal?

1.2) Om fråga 1.1 besvaras jakande, ska begreppet då tolkas enbart med beaktande av kommentarerna till artikel 11 i 1977 års modellavtal (punkt 8) eller ska senare kommentarer beaktas vid tolkningen, häribland de tillägg som gjordes år 2003 om ”transitenheter” (punkt 8.1, nu punkt 10.1) och de tillägg som gjordes år 2014 om ”avtalsmässiga och juridiska skyldigheter” (punkt 10.2)?

1.3) Om 2003 års kommentarer kan beaktas vid tolkningen: Vilken betydelse har det härvidlag om det har använts egenkapital till utlånet, om de berörda räntorna gottskrivits huvudstolen (upprullas), om räntemottagaren har haft en avtalsmässig eller juridisk skyldighet att betala räntorna vidare till en annan person, och om huvuddelen av de personer som av den stat där räntebetalaren är hemmahörande anses som ”den som har rätt” till räntorna, är belägna i andra medlemsstater eller övriga stater med vilka Danmark har slutit ett dubbelbeskattningsavtal, så det inte enligt dansk skattelagstiftning skulle finnas stöd för att ta ut källskatt, såvida nämnda personer hade varit långivare och därmed hade mottagit räntorna direkt?

1.4) Vilken betydelse har det för bedömningen av om räntemottagaren ska anses som ”den som har rätt till” räntan i den mening som avses i direktivet att den hänskjutande domstolen efter en bedömning av de faktiska omständigheterna i målet skulle finna att mottagaren – utan att ha varit bunden av en avtalsmässig eller juridisk skyldighet att vidareförmedla de räntor som mottagits till en annan person – ”i sak” inte hade rätt att ”använda och förbruka” räntorna såsom anförs i 2014 års kommentarer till 1977 års modellavtal?

2) Förutsätter en medlemsstats åberopande av artikel 5.1 i direktivet om tillämpning av nationella bestämmelser för att förebygga bedrägeri eller missbruk eller artikel 5.2 i direktivet, att den berörda medlemsstaten har antagit en specifik nationell bestämmelse för att genomföra artikel 5 i direktivet eller att det i nationell rätt finns allmänna bestämmelser eller grundsatser om bedrägeri, missbruk och skatteundandragande som kan tolkas i överensstämmelse med artikel 5?

2.1) Om fråga 2 besvaras jakande: Kan 2 § andra punkten d i bolagsskattelagen (selskabsskatteloven) i vilken föreskrivs att begränsad skatteplikt för ränteintäkter inte omfattar ”räntor, om beskattning av räntorna inte ska ske … enligt direktiv 2003/49/EG om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties som betalas mellan närstående bolag i olika medlemsstater” då anses för en sådan specifik nationell bestämmelse som avses i artikel 5 i direktivet?

3) Är en bestämmelse i ett mellan två medlemsstater ingått dubbelbeskattningsavtal som utarbetats i enlighet med OECD:s modellavtal, enligt vilken beskattningen av räntor är beroende av om räntemottagaren anses som den som har rätt till räntorna, en sådan avtalsmässig anti-missbruksbestämmelse som omfattas av artikel 5 i direktivet?

4) Är en medlemsstat som inte godtar att ett bolag i en annan medlemsstat har rätt till räntorna och som gör gällande att bolaget i den andra medlemsstaten är så kallat konstlat transitbolag enligt direktiv 2003/49 eller artikel 10 EG skyldig att upplysa vem som medlemsstaten i så fall anser som den som har rätt till räntorna?

5) I ett fall där en räntebetalare är hemmahörande i endast en medlemsstat och en räntemottagare är hemmahörande i en annan medlemsstat och där räntemottagaren av den förstnämnda medlemsstaten inte anses som ”den som har rätt till” de ifrågavarande räntorna enligt direktiv 2003/49 och således begränsat skattepliktig i denna medlemsstat för nämnda räntor: utgör då artikel 43 EG jämförd med artikel 48 EG hinder för en lagstiftning enligt vilken förstnämnda medlemsstat vid beskattningen av den icke-hemmahörande räntemottagaren inte beaktar de ränteutgifter som räntemottagaren under sådana omständigheter som de i det nationella målet har haft när ränteutgifter generellt ger rätt till avdrag enligt lagstiftningen i denna medlemsstat och därför innebär att en hemmahörande räntemottagare kan dra av ränteutgifterna från vederbörandes skattepliktiga inkomst?

6) Om ett bolag som är hemmahörande i en medlemsstat (moderbolaget) konkret inte anses befriat från skyldigheten att erlägga källskatt enligt direktiv 2003/49 för räntor som mottagits från ett bolag som är hemmahörande i en annan medlemsstat (dotterbolag) och moderbolaget av sistnämnda medlemsstat anses vara begränsat skattepliktigt för de berörda räntorna, utgör då artikel 43 EG jämförd med artikel 48 hinder för en lagstiftning, som innebär att sistnämnda medlemsstat ålägger det (dotterbolag) som skulle ha innehållit medlen att erlägga dröjsmålsräntor vid försenad betalning av källskatt med en högre räntesats än den dröjsmålsräntesats som den berörda medlemsstaten tar ut vid krav på bolagsskatt (som bland annat omfattar ränteintäkter) som gjorts gällande mot ett bolag som är hemmahörande i samma medlemsstat?

7) Om ett bolag som är hemmahörande i en medlemsstat (moderbolaget) konkret inte anses befriat från skyldigheten att erlägga källskatt enligt direktiv 2003/49 avseende räntor från ett bolag som är beläget i en annan medlemsstat (dotterbolaget) och moderbolaget av sistnämnda betraktas som det skattesubjekt som är begränsat skattepliktig i denna medlemsstat för de berörda räntorna utgör då artikel 43 EG jämförd med artikel 48 (alternativt artikel 56 EG) då var och en för sig eller tillsammans hinder för en lagstiftning,

   a) enligt vilken sistnämnda medlemsstat ålägger räntebetalaren en skyldighet att innehålla källskatt på räntorna och att bära ansvaret i förhållande till det allmänna för källskatt som inte innehållits, när en sådan skyldighet inte gäller då räntemottagaren är belägen i sistnämnda medlemsstat?

   b) enligt vilken ett moderbolag i sistnämnda medlemsstat inte skulle ha underkastats krav på acontobetalningar av bolagsskatt under de första två inkomståren men först skulle erlägga bolagsskatt vid en betydligt senare tidpunkt än förfallotidpunkten för källskatter?

Vid svaret ombeds domstolen att beakta svaret på fråga 6.

33. I förfarandet inför domstolen har Z Denmark, Konungariket Danmark, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Österrike, Konungariket Sverige, Republiken Italien, Konungariket Nederländerna och Europeiska kommissionen avgett skriftliga yttranden avseende tolkningsfrågorna. Vid den muntliga förhandlingen den 10 oktober 2017 – som även avsåg målen C-115/16–C-119/16 – deltog Z Denmark, Konungariket Danmark, Förbundsrepubliken Tyskland, Storhertigdömet Luxemburg och Europeiska kommissionen.

V. Rättslig bedömning

A. Definition av begreppet ”den som har rätt till” (frågorna 1–1.4)

34. Med tolkningsfrågorna 1–1.4 som ska prövas gemensamt, vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i hur begreppet ”den som har rätt till” i artikel 1.1 i förening med artikel 1.4 i direktiv 2003/49 ska tolkas. Härvidlag ska begreppet den som har rätt till i den mening som avses i direktiv 2003/49 klargöras (1), och därefter ska den betydelse som OECD:s modellavtal (nedan kallat OECD-MA) och kommentarerna till OECD:s modellavtal (nedan kallade OECD:s kommentarer) har för tolkningen av nämnda begrepp undersökas (2).

1. Begreppet ”den som har rätt till” i den mening som avses i direktiv 2003/49 (frågorna 1 och 1.4)

35. Direktiv 2003/49 syftar till att säkerställa skatterättslig likabehandling av nationella och gränsöverskridande transaktioner mellan närstående bolag.

a) Princip: Borgenären som den som har rätt till räntan

36. Syftet med artikel 1.1 i direktiv 2003/49, om den läses mot bakgrund av skälen 2–4 i direktivet, är att undvika juridisk dubbelbeskattning av gränsöverskridande räntebetalningar genom ett förbud mot beskattning av räntor i den medlemsstat som är källstat för dessa som är till nackdel för den som har rätt till dem. Ovannämnda bestämmelse avser således endast borgenärens skatterättsliga situation.[7]

37. Borgenären är den som med tillämpning av civilrättsliga bestämmelser kan göra anspråk på räntorna i eget namn. I detta avseende framgår av domstolens praxis att den som har rätt till räntan i den mening som avses i direktiv 2003/49 i princip är den som med hänsyn till civilrättsliga regler kan kräva betalning av räntan.[8]

38. Detta bekräftas av artikel 1.4 i direktiv 2003/49. Bestämmelsen innebär att en representant, förvaltare eller bemyndigad undertecknare inte kan anses vara den som har rätt till räntan. För de personer som omnämns i bestämmelsen görs ett anspråk antingen inte gällande i eget namn (vilket är fallet för en representant eller bemyndigad undertecknare) eller inte för egen räkning (vilket är fallet för förvaltare). Härav följer *e contrario* att det i fall då räntemottagaren uppbär ränta i eget namn och för egen räkning (det vill säga för egen nytta) även är denne som har rätt till räntan.

7 Dom av den 21 juli 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, punkt 28).

8 Dom av den 21 juli 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, punkt 27) – ”I artikel 2 a i direktiv 2003/49 definieras i detta avseende räntor som ’inkomst av varje slags fordran’. Endast den som har rätt till räntan kan uppbära den ränta som utgör inkomst av sådana fordringar.”

39. Enligt den hänskjutande domstolens uppgifter har A Funds lånefordran mot Z Denmark överförts till Z Luxembourg. Därmed uppbär bolaget även räntorna från Z Denmark i eget namn. Den avgörande frågan är således huruvida de uppbär räntorna för egen räkning eller för tredje mans räkning (till exempel för A Fund eller dess investerare). För egen räkning agerar någon som ensam kan besluta om användningen av räntorna och även ensam bär risken för förlust. För tredje mans räkning handlar däremot någon som är bunden till en utomstående part på ett sådant sätt att denna tredje man i slutändan är den som bär risken för en eventuell förlust (här av räntan).

b) Undantag för förvaltare

40. Det följer av artikel 1.4 i direktiv 2003/49 att den som med tillämpning av civilrättsliga bestämmelser har rätt att uppbära ränta inte anses vara den som har rätt till räntan i den mening som avses i direktivet, om denne endast agerar i egenskap av förvaltare.

41. Det föreligger inte ett *öppet förvaltarförhållande* där Z Luxembourg agerar till förmån för A Fund eller investerarna. Ekonomiska rättigheter överförs visserligen till en förvaltare, men denne får endast använda de överförda rättigheterna i enlighet med förvaltningsavtalet. Denna överenskommelse innebär att förvaltarens rätt att företa rättshandlingar i förhållandet utåt till tredje man överstiger förvaltarens juridiska band i det inre förhållandet gentemot förmånstagaren. Det är först genom detta särskilda band som förvaltaren visserligen agerar i eget namn, men inte längre för egen räkning. Det framgår inte att ett sådant band skulle föreligga här.

42. Huruvida det i förevarande fall, på grund av tillkomsthistorien och närståendeförhållandet mellan de inblandade bolagen, om ett ekonomiskt synsätt tillämpas, eventuellt föreligger ett dolt förvaltarförhållande där Z Luxembourg agerar till förmån för A Fund eller investerarna, kan endast den hänskjutande domstolen fastställa inom ramen för en samlad bedömning. EU-domstolen kan således endast lämna användbara synpunkter i detta avseende.

43. En refinansiering som är grundad på avtal med tredje man (här A Fund) till likartade villkor och i ett visst tidsmässigt sammanhang, som i förevarande fall, räcker inte ensamt för att fastställa att ett förvaltarförhållande föreligger. Även i artikel 1.7 och skäl 4 i direktiv 2003/49 är utgångspunkten en viss bolagsrättslig sammanlänkning, som i sig självt – det vill säga betraktat i isolering – inte kan påverka bedömningen av vem som har rätt till räntan. Detta understryks ytterligare genom skäl 5 och artikel 4.2 i direktiv 2003/49. Enligt dessa bestämmelser förskrivs endast att en justering av beloppen ska ske, även i fall då det finns ”särskilda förbindelser” mellan betalaren och den som har rätt till betalningen, men bestämmelserna innehåller ingenting som påverkar bedömningen av vem som agerar i egenskap av betalare eller i egenskap av den som har rätt till betalning. I detta avseende har ett förvaltarförhållande i den mening som avses i artikel 1.4 i direktiv 2003/49 större räckvidd än ett låneavtal mellan bolagsrättsligt närstående bolag.

44. Det måste i stället finnas ett juridiskt band som går utöver detta i det interna förhållandet (det vill säga i förhållandet mellan A Fund och Z Luxembourg), vilket inskränker Z Luxembourgs behörighet utåt. Ett sådant rättsligt band finns emellertid inte här. Det kan i vart fall inte grundas ensamt på omständigheten att egenkapital använts till utlånet, eller att de berörda räntorna gottskrivs huvudstolen eller att de berörda räntorna därefter har konverterats till egenkapital hos mottagaren.

45. Enligt min uppfattning skulle det däremot förhålla sig annorlunda om till exempel de betydande utgifterna hos Z Luxembourg inte hade kunnat täckas med ränteintäkterna, och räntorna i stället ensamt och i sin helhet skulle ha betalats vidare. Det skulle eventuellt kunna förhålla sig annorlunda om räntesatsen för refinansieringen och den erhållna räntesatsen är identisk eller det mellanliggande bolaget inte har några egna kostnader som ska betalas med dess ränteintäkter. Det skulle likaså

förhålla sig annorlunda om risken avseende betalningsförmågan hos bolaget som är etablerat i Danmark (Z Denmark) ensamt ska bäras av A Fund, eftersom även Z Luxembourgs låneskuld till A Fund i sådana fall skulle upphöra. Det är emellertid endast den hänskjutande domstolen som kan bedöma huruvida dessa omständigheter föreligger.

46. Om den hänskjutande domstolen på grundval av en bedömning av de samlade omständigheterna i det konkreta fallet skulle konstatera att det finns ett rättsligt band som utgör ett förvaltarförhållande, skulle emellertid, enligt lydelsen av artikel 1.4 i direktiv 2003/49, förmånstagaren vara den som har rätt till räntan i den mening som avses i direktiv 2003/49. I den utsträckning som räntebetalningen via förvaltaren till förmånstagaren även uppfyller förutsättningarna enligt direktiv 2003/49, skulle undantaget från källskatt fortfarande vara tillämpligt.

c) Svar på fråga 1 och 1.4

47. Mot denna bakgrund ska den första tolkningsfrågan besvaras på så sätt att ett bolag som är hemmahörande i en annan medlemsstat, och som är innehavare av en räntebärande fordran, är ”den som har rätt till” räntan i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 2003/49. Detta gäller dock inte om bolaget inte agerar i eget namn och för egen räkning, utan på grundval av ett juridiskt band som utgör ett förvaltarförhållande (i förekommande fall ett dolt sådant) agerar för annans räkning för tredje man. Då vore denne tredje man att anse som den som har rätt till räntan. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva sistnämnda fråga inom ramen för en samlad bedömning av alla omständigheter.

2. Tolkning med tillämpning av kommentarerna till OECD:s modellavtal? (Fråga 1.1–1.3)

48. Den hänskjutande domstolen vill med frågorna 1.1–1.3 i synnerhet få klarhet i huruvida även kommentarerna till OECD-MA kan användas vid tolkningen av begreppen i direktiv 2003/49, och om denna fråga ska besvaras jakande, om detta även gäller kommentarerna till en omarbetad version av OECD-MA som utfärdats efter det att direktivet antagits.

49. I de senare kommentarerna till OECD-MA (till exempel i punkt 8 och följande punkt i 2008 års kommentarer) betraktas så kallade transitenheter i normalfallet inte som den som har rätt till räntan, om deras befogenheter – trots att de i formellt hänseende har rätt till räntan – i praktiken är mycket snävt avgränsade på ett sätt som med avseende på de berörda intäkterna endast gör dem till en förvaltare som agerar för de intresserade parternas räkning.

50. OECD-MA är inte juridiskt bindande, multilaterala internationella avtal, utan akter som ensidigt utfärdas av en internationell organisation i form av rekommendationer till dess medlemsstater. Dessa rekommendationer är inte heller enligt OECD:s eget synsätt bindande, utan det framgår av OECD:s procedurregler att det i stället ankommer på OECD:s medlemsstater att bedöma huruvida de anser att det är lämpligt att följa rekommendationerna.[9] Detta gäller i än större utsträckning för OECD:s kommentarer, som i slutändan endast ger uttryck för vissa rättsuppfattningar.

9 Rule 18 lit. b OECD:s procedurregler: ”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.” Återfinns på https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf.

51. Enligt fast praxis är det dock inte orimligt att medlemsstaterna, när de fördelar beskattningsrätten mellan sig, tar intryck av internationell praxis, inte minst av det modellavtal som har utarbetats av OECD.[10] Detta gäller även för att ta intryck av internationella rättsuppfattningar som kan återspeglas i kommentarerna till OECD-MA.

52. Kommentarerna till OECD-MA kan emellertid inte direkt påverka tolkningen av ett EU-direktiv, även om begreppen som används är identiska. I detta avseende återger kommentarerna endast uppfattningen som företräds av den som utarbetat OECD-MA, men återspeglar däremot inte viljan hos en parlamentarisk lagstiftande församling eller unionslagstiftaren. För det fall att det skulle framgå av ordalydelsen och förarbetena till direktivet att unionslagstiftaren har tagit intryck av ordalydelsen i ett OECD-MA och (de dåvarande) kommentarerna till detta OECD-MA, skulle det eventuellt kunna förstås som en indikation på att en analog tolkning är möjlig.

53. Domstolen har alltså redan konstaterat att en bestämmelse i ett DBA, när detta avtal tolkas mot bakgrund av kommentarerna till OECD:s tillämpliga modellavtal, inte kan begränsa unionsrättens räckvidd.[11] Detta gäller i synnerhet för ändringar av OECD-MA och kommentarerna som utfärdats efter det att direktivet antagits. I annat fall skulle det vara möjligt för OECD:s medlemsstater att bestämma hur ett EU-direktiv ska tolkas.

54. Om OECD:s kommentarer emellertid inte kan ges någon direkt bindande verkan och om artikel 1.4 i direktiv 2003/49 är avgränsad på grundval av huruvida borgenären tar emot betalningarna för sin egen nytta och inte i egenskap av förvaltare, så är detta den avgörande (unionsrättsliga) frågan för att fastställa vem som är den som har rätt till i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 2003/49. Om det inte föreligger något (i förekommande fall dolt) förvaltarförhållande, är den som civilrättsligt kan göra gällande det aktuella anspråket även den som har rätt till räntan i den mening som avses i direktiv 2003/49. I slutändan liknar denna ansats emellertid också den som tillämpats i senare kommentarer till OECD-MA.

55. Svaret på frågorna 1.1 och 1.2 är således att begreppet ”den som har rätt till” ska ges en unionsrättsligt självständig tolkning som är oberoende av artikel 11 i OECD:s modellavtal från 1977 eller senare versioner. Det är således inte nödvändigt att besvara fråga 1.3.

B. Förutsättningar för att konstatera missbruk (fråga 2)

56. Med sin andra fråga vill den hänskjutande domstolen i första hand få klarhet i huruvida en medlemsstat kan åberopa artikel 5 i direktiv 2003/49 om förebyggande av bedrägeri och missbruk. En tvingande förutsättning för detta är dock att ett arrangemang som det förevarande, genom vilket bland annat källbeskattning undviks, utgör missbruk i den mening som avses i artikel 5 i direktiv 2003/49, vilket således ska prövas först.

10 Dom av den 15 maj 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punkt 22), dom av den 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punkt 49), dom av den 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, punkt 45), dom av den 12 maj 1998, Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, punkt 31), dom av den 23 februari 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, punkt 48), se i detta avseende även dom av den 16 maj 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, punkt 67).

11 Dom av den 19 januari 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, punkterna 50 och 56).

57. Bedömningen av om missbruk föreligger ska genomföras av de behöriga nationella myndigheterna och ska ske mot bakgrund av en samlad värdering av alla omständigheter i det enskilda fallet; denna prövning måste dessutom kunna vara föremål för domstolskontroll.[12] Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att genomföra en sådan samlad bedömning.[13] För bedömningen av huruvida förfarandena genomförs i samband med normala affärstransaktioner eller om de endast sker i syfte att kringgå unionslagstiftningen genom missbruk,[14] kan domstolen emellertid lämna användbara synpunkter till den hänskjutande domstolen.[15]

58. I detta avseende kommer först begreppet missbruk i unionsrätten (under 1.) betraktas närmare och därefter förekomsten av missbruk i det konkreta fallet undersökas (under 2.).

1. Begreppet missbruk i unionsrätten

59. Enligt artikel 5 i direktiv 2003/49 ska medlemsstaterna inte hindras från att vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa bedrägeri och missbruk (skäl även 6).

60. Den ovan (punkt 36 och följande punkter) föreslagna tolkningen av begreppet den som har rätt till står inte i strid med denna strävan. Tvärtom förverkligas den inte primärt genom begreppet den som har rätt till (i synnerhet utgör det inte nödvändigtvis missbruk att använda en förvaltare), utan genom artikel 5 i direktiv 2003/49.

61. Denna bestämmelse ger i grunden uttryck för vad som även erkänts i fast rättspraxis, nämligen att bestämmelser i unionsrätten inte får åberopas till stöd för missbruk eller bedrägeri. Tillämpningen av unionsbestämmelser kan nämligen inte utsträckas till att omfatta förfarandemissbruk från näringsidkarnas sida, det vill säga förfaranden som inte genomförs i samband med normala affärstransaktioner utan endast sker i syfte att kringgå unionslagstiftningen genom missbruk.[16]

62. Direktiv 2003/49 innehåller emellertid ingen definition av begreppet missbruk. Det är dock möjligt att hitta hållpunkter i andra EU-direktiv i detta avseende. I artikel 11.1 a andra meningen i fusionsdirektivet[17] anges som exempel för när ett sådant syfte föreligger att en transaktion inte genomförs av godtagbara kommersiella skäl. Dessutom definieras begreppet missbruk i artikel 6 i direktivet om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder[18] (nedan kallat direktiv (EU) 2016/1164), som ännu inte var i kraft vid tidpunkten som är relevant för det aktuella målet. Enligt nämnda bestämmelse är det avgörande för om ett otillåtet arrangemang föreligger, att det har införts med det

12 Dom av den 17 juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369,punkt 41), och mitt förslag till avgörande i målet Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, Nr. 60).

13 Se i detta avseende dom av den 22 november 2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, punkt 59), och dom av den 20 juni 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, punkt 49).

14 Dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkt 35), dom av den 6 april 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, punkt 20), dom av den 21 februari 2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, punkterna 68 och 69), dom av den 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, punkt 24 med ytterligare hänvisningar), se även förslag till avgörande i målet Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 57).

15 Dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 34), dom av den 21 februari 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, punkt 56), och dom av den 21 februari 2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, punkt 77).

16 Dom av den 22 november 2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, punkt 27), dom av den 5 juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punkt 38), dom av den 6 april 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, punkt 20), dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkt 35), dom av den 21 februari 2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, punkterna 68 och 69), dom av den 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, punkt 24) med ytterligare hänvisningar, se i detta avseende även förslag till avgörande i målet Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 57).

17 Rådets direktiv 90/434/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater (EGT L 225, 1990, s. 1).

18 Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknadens funktion (EUT L 193, 2016, s. 1).

huvudsakliga syftet eller ett av de huvudsakliga syftena att få en skattefördel som motverkar målet eller syftet med tillämplig skatterätt. Enligt artikel 6.2 i nämnda direktiv betraktas arrangemang som icke-genuina i den utsträckning som de inte har införts av giltiga kommersiella skäl som återspeglar den ekonomiska verkligheten.

63. Sist men inte minst har EU-domstolen i flera domar klargjort att en begränsning av etableringsfriheten endast kan motiveras med att begränsningen ska förebygga missbruk, om dess specifika ändamål är att hindra beteenden som består i att iscensätta rent konstlade upplägg utan förankring i den ekonomiska verkligheten i syfte att undvika den skatt som normalt ska betalas på intäkter som är hänförliga till verksamhet inom landet.[19] Sedan dess har domstolen även flera gånger fastställt att det, för att missbruk ska föreligga, inte krävs att det enda syftet med arrangemanget är att uppnå en skattefördel,[20] utan att det räcker att detta är det *huvudsakliga* syftet.[21]

64. Ovannämnda praxis från EU-domstolen innehåller två element som är beroende av varandra. För det första erkänns inte rent konstlade upplägg som egentligen bara existerar på pappret. Därutöver tillmäts även kringgående av skattelagstiftningen en avgörande betydelse, vilket även kan uppnås genom konstruktioner som faktiskt har en förankring i den ekonomiska verkligheten. Den sistnämnda gruppen torde också vara den mer vanligt förekommande och omfattas numera även uttryckligen av nya artikel 6 i direktiv (EU) 2016/1164. EU-domstolen har också i en nyligen avkunnad dom endast sett den rent fiktiva karaktären hos en transaktion som en omständighet som talar för att det huvudsakliga syftet är att uppnå en skattefördel.[22]

2. Kriterier för det aktuella fallet

a) Huruvida det är fråga om ett rent konstlat upplägg

65. EU-domstolen kan inte bedöma huruvida det är fråga om ett rent konstlat upplägg utan förankring i den ekonomiska verkligheten. För det första är uppgifterna som den hänskjutande domstolen har lämnat avseende de faktiska omständigheterna otillräckliga. För det andra ankommer det på den hänskjutande domstolen att värdera dessa omständigheter. Domstolen kan endast lämna vissa synpunkter.

66. Som domstolen nyligen har fastställt, betyder omständigheten att verksamheten endast består i att förvalta tillgångar och att intäkterna endast härrör från denna förvaltning inte att det föreligger ett rent konstlat upplägg som inte återspeglar den ekonomiska verkligheten.[23] Med hänsyn till det faktum att aktiviteten i bolag som bedriver kapitalförvaltning av naturliga skäl har (eller kan ha) en mindre omfattning, är det också skäligt att kraven för att detta kriterium ska anses vara uppfyllt sätts lågt. Om ett bolag faktiskt har bildats, bolaget faktiskt kan nås på sitt registrerade säte och har tillgängliga resurser och personal på plats för att uppfylla sitt verksamhetssyfte (här förvaltning av ett låneavtal) kan det inte vara fråga om ett upplägg som inte återspeglar den ekonomiska verkligheten.

19 Dom av den 20 december 2017, Deister Holding och Juhler Holding (C-504/16 och C-613/16, EU:C:2017:1009, punkt 60), dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 35), dom av den 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, punkt 64), av dom den 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punkt 74), i likhet med dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkt 55).

20 Detta gällde fortfarande i dom av den 20 juni 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, punkt 46), dom av den 12 juli 2012, J. J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461, punkt 35), dom av den 27 oktober 2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707, punkt 51), och dom av den 22 maj 2008, Ampliscientifica och Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, punkt 28).

21 För indirekta skatter: dom av den 22 november 2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, punkt 53), dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 36), och dom av den 21 februari 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, punkt 45). Jämför inom tillämpningsområdet för fusionsdirektivet: dom av den 10 november 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, punkterna 35 och 36).

22 Uttryckligen i domen av den 22 november 2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, punkt 60).

23 Dom av den 20 december 2017, Deister Holding och Juhler Holding (C-504/16 och C-613/16, EU:C:2017:1009, punkt 73).

67. Dessutom talar omständigheten att en förlust redovisats i det luxemburgska bolaget för 2006 och en vinst för 2007 – resultat som beror på viss ekonomisk aktivitet – mot att det skulle vara fråga om ett rent konstlat arrangemang. Detta gäller i synnerhet då det måste ha funnits andra inkomster i Z Luxembourg för att ett positivt resultat och efterföljande beskattning av resultatet ska kunnat uppstå, eftersom den räntesats som bolaget betalade till A Fund var högre än den räntesats som det erhöll från Z Denmark. Av den nationella domstolens begäran om förhandsavgörande framgår inte något annat som tyder på att dessa aktiviteter uteslutande skulle ske på pappret.

68. Enligt min uppfattning innebär detta emellertid inte att det ändå inte kan vara fråga om ett arrangemang som utgör missbruk i skatterättsligt hänseende, vilket även framgår av ordalydelsen av den nya bestämmelsen i artikel 6 i direktiv (EU) 2016/1164.

b) Skäl utanför skatterätten som ska beaktas

69. Följaktligen får andra kriterier som ska beaktas, i synnerhet sådana utanför skatterättens område, en avgörande betydelse i förevarande fall.

70. EU-domstolen har i sin praxis redan slagit fast att omständigheten att ett bolag upprättar sitt, stadgeenliga eller faktiska, säte enligt lagstiftningen i en medlemsstat i syfte att omfattas av en gynnsammare lagstiftning inte i sig utgör missbruk.[24] Endast den omständigheten att även ett luxemburgskt bolag har använts i den aktuella bolagstransaktionen med utländska investerare, kan således inte i sig självt medföra att missbruk kan konstateras.

71. Vidare är en skattskyldig, när vederbörande kan välja mellan två transaktioner, inte skyldig att välja den transaktion som medför högst skatt, utan har tvärtom rätt att utforma sin verksamhetsstruktur så, att skatteskulden begränsas.[25] Vidare konstaterar EU-domstolen att skattskyldiga normalt sett själva kan välja den organisatoriska struktur och den form av transaktion som de finner vara mest lämpade för deras ekonomiska verksamhet och för att lätta deras skattebörda.[26] Endast den omständigheten att en transaktionsstruktur har valts i förevarande fall, som inte innebär den högsta skattebördan (här en ytterligare och definitiv källskattebelastning), kan således inte betecknas som missbruk.

72. Vidare innebär – förutom i fall då det är fråga om ett rent konstlat upplägg utan förankring i den ekonomiska verkligheten – det faktum att en unionsmedborgare, oavsett om denne är en fysisk eller juridisk person, har avsett att dra fördel av den förmånliga skattelagstiftning som gäller i en annan medlemsstat än den, i vilken denne medborgare har sin hemvist, inte i sig att medborgaren kan fråntas sin rätt att åberopa fördragsbestämmelserna.[27] Därmed kan en transaktionsstruktur – som den som föreligger här – med deltagande av en medlemsstat som avstår från källbeskattning inte endast på den grunden bedömas som missbruk.

24 Se dom av den 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, punkt 40), dom av den 30 september 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, punkt 96), och dom av den 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, punkt 27).

25 Dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 42), av den 22 december 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, punkt 27), dom av den 21 februari 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, punkt 47), och dom av den 21 februari 2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, punkt 73).

26 Dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 42), och dom av den 22 december 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, punkt 53).

27 Dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkt 36), se i detta avseende även dom av den 11 december 2003, Barbier (C-364/01, EU:C:2003:665, punkt 71).

73. I detta avseende omfattar etableringsfriheten även ett val av medlemsstaten i vilken det berörda bolaget anser att det kan få de bästa skatterättsliga ramvillkoren. Om denna princip redan gäller på mervärdesskatterättens område som är betydligt mer harmoniserat,[28] så gäller detta desto mer på det mindre harmoniserade området inkomstbeskattning, där skillnader mellan skattesystemen[29] i de olika medlemsstaterna är direkt önskvärd enligt unionsrätten, eller i vart fall medvetet har godtagits politiskt.

74. Dessutom har EU-domstolen mot bakgrund av de grundläggande friheterna som även är relevanta här fastställt att endast den omständigheten att ett i landet hemmahörande bolag beviljas ett lån av ett i en annan medlemsstat hemmahörande närstående bolag inte kan grunda en allmän presumtion om missbruk och motivera en bestämmelse som medför att utövandet av en grundläggande frihet som garanteras i fördraget förhindras.[30] Följaktligen utgör inte heller de olika låneförhållandena mellan moder-, dotter- och dotterdotterbolag i förevarande fall missbruk.

75. EU-domstolen har även klargjort att ursprung eller hemvist för personerna som innehar andelar i ett bolag inte inverkar på den skattebefrielse för utdelning som föreskrivs enligt unionsrätten, eftersom detta inte spelar någon roll enligt moder- och dotterbolagsdirektivet.[31] Någon åtskillnad i detta avseende följer inte heller av bestämmelserna i direktiv 2003/49. Att ägaren av Z Luxembourg är ett bolag från ett tredjeland utgör således, betraktat i isolering, inte heller missbruk.

76. I förevarande fall kan enligt min uppfattning inte heller tillkomsten av det aktuella arrangemang som kan anses utgöra missbruk tillmätas en avgörande betydelse inom ramen för en samlad bedömning. Enligt uppgifterna som parterna lämnade vid den muntliga förhandlingen var det tidigare på grund av skattelagstiftningen i Danmark förmånligt att i egenskap av utländsk investerare förvärva operativa bolag i Danmark. Detta rättsläge ändrades senare (för år 2006) av Danmark till en mindre förmånlig situation, genom att en motsvarande källskatt infördes, som ledde till en ytterligare och definitiv skattebörda.

77. Det står varje stat fritt att ändra gällande skatterätt. Då förändras emellertid också de ekonomiska beräkningsgrunderna för de berörda aktörerna. Ett försök att hålla sig kvar vid de ursprungliga beräkningsgrunderna för en bolagstransaktion (här ett förvärv av ett operativt danskt bolag med hjälp av utländska investerare) framstår i detta sammanhang inte som missbruk. Det kan nämligen förväntas av alla företag att de gör ekonomiska beräkningar.

28 Dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 42), och dom av den 22 december 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, punkt 53).

29 Se dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkt 36); se angående skillnader i skattesatser som är tillåtna enligt unionsrätten inom den harmoniserade skatterättens område även dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punkterna 39 och 40).

30 Dom av den 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punkt 73), dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkt 50), se i detta avseende dom av den 4 mars 2004, kommissionen mot Frankrike (C-334/02, EU:C:2004:129, punkt 27), och dom av den 26 september 2000, kommissionen/Belgien (C-478/98, EU:C:2000:497, punkt 45).

31 Dom av den 20 december 2017, Deister Holding och Juhler Holding (C-504/16 och C-613/16, EU:C:2017:1009, punkt 66).

c) Kringgående av lagens syfte

78. I förevarande fall är det dock av stor vikt att den egentliga långivaren – här värdepappersfonderna, oavsett om de i skatterättsligt hänseende anses vara transparenta eller inte – ofta är etablerade i vissa tredjeländer (i regel på vissa små öar som Caymanöarna [32], Bermuda [33] eller som här på Jersey). Detta tyder eventuellt på ett förfarande som i sin helhet är ovanligt, vars ekonomiska grund inte står klar vid en första anblick. Värdepappersfonderna skulle även kunna vara etablerade i andra stater, i synnerhet som de i vilket fall som helst – vilket klagandens ombud underströk vid den muntliga förhandlingen – är att anse som transparenta i skatterättsligt hänseende.

79. I detta avseende kan arrangemanget i sin helhet anses vara ett upplägg som utgör missbruk mindre på grund av ett ”mellanliggande” luxemburgskt bolag, och snarare på grund av att värdepappersfonderna är etablerade i vissa tredjeländer. På denna punkt ska syftet med upplägget och syftet med skattelagen som kringgåtts (här beskattning i Danmark) tillmätas särskild betydelse.

1) Kringgående av dansk inkomstskatt?

80. Härvidlag ska det först konstateras att Danmark inte förlorat några skatteintäkter på vinsten i det förvärvade operativa bolaget (Z Danmark). Denna vinst beskattades som vanligt i etableringsstaten (det vill säga i Danmark).

81. Att denna vinst minskades genom räntebetalningarna till investerarna från Luxemburg motsvarar en beskattning av den ekonomiska förmågan och omständigheten att Danmark godtar dessa räntor i sin helhet som driftskostnader.

82. Dessa räntor beskattas även i Luxemburg som verksamhetsintäkter i det luxemburgska bolaget. Att räntebetalningarna till bolagets investerare också beaktas som driftskostnader i Luxemburg motsvarar även där principen om beskattning av ekonomisk förmåga. Luxemburg beskattade i detta avseende mellanskillnaden mellan räntorna (9 procent) som betalades från Danmark och räntorna (9,875 procent) som betalades till A Fund i ett tredjeland, med tillägg för eventuella ytterligare inkomster som uppenbarligen fanns, eftersom ett positivt rörelseresultat redovisades för 2007.

83. Det luxemburgska bolaget är obegränsat skattskyldigt i Luxemburg och omfattas av bolagsskatt i Luxemburg avseende sina inkomster. Således är förutsättningarna enligt artikel 3 a iii i direktiv 2003/49 uppfyllda. Dessutom kan det konstateras att det inte finns någon bestämmelse i direktiv 2003/49 som föreskriver att en faktisk beskattning av den som har rätt till ränta (här de luxemburgska bolagen) till en viss skattesats är en förutsättning för att undantaget ska bli tillämpligt. Om det i staten där den som har rätt till ränta har sin hemvist redovisas lika höga driftskostnader (eller uppskjutna förluster från tidigare år) innebär det visserligen att ingen konkret beskattning sker, men den skattskyldige omfattas ändå av bolagsskatten. Således omfattas denne även av tillämpningsområdet för direktiv 2003/49 och dennes ränteintäkter beskattas även ”i en medlemsstat”. Detta är fallet även om bolagsskatten i staten där den som har rätt till ränta har sin hemvist är låg och ingen källbeskattning sker.

84. Att det i förekommande fall i praktiken inte sker någon beskattning eller endast en låg beskattning är en följd av varje stats skatterättsliga självbestämmande. Om det enligt unionsrätten är tillåtet att medlemsstaterna inom unionen konkurrerar med varandra avseende skatt, eftersom det inte har skett någon harmonisering av inkomstskattesystemen, så kan en skattskyldig inte heller anklagas för att denne även i verkligheten (det vill säga inte endast på pappret) utnyttjar fördelarna med att etablera sig i vissa medlemsstater.

32 Så var fallet i mål C-119/16.

33 Så var fallet i mål C-117/16.

2) Hinder mot utnyttjande av gränsöverskridande informationsunderskott

85. Vid närmare betraktelse medför användningen av det luxemburgska bolaget i slutändan ”endast” att källbeskattning i Danmark avseende räntebetalningarna undviks. Som EU-domstolen dock redan har fastställt, beskattas den egentliga mottagaren av inkomsterna (här räntorna) vid källbeskattning. [34] Detta sker genom att en del av inkomsterna vid utbetalningstidpunkten innehålls av den betalande redan vid källan.

86. En källbeskattning i räntegäldenärens etableringsstat utgör således inte ett eget skatteslag, utan endast en särskild beskattningsteknik som i huvudsak syftar till att säkerställa en (minimi-)beskattning av räntemottagaren. Det är särskilt för transaktioner som äger rum i utlandet inte alltid möjligt att säkerställa att mottagaren verkligen tar upp sina inkomster för beskattning på rätt sätt. I regel är det nämligen sällan som räntemottagarens etableringsstat får någon information om dennes inkomster från utlandet, om det inte – som numera inom unionen – finns fungerande system för informationsutbyte mellan de berörda skattemyndigheterna.

87. För att det ska vara fråga om ett kringgående av detta syfte med lagstiftningen (att säkerställa beskattning av räntemottagaren) som utgör missbruk måste alltså två förutsättningar vara uppfyllda. För det första måste Danmark verkligen ha en utkrävbar skattefordran vid en direkt utbetalning (om detta punkt 92 och följande punkter). För det andra måste det föreligga en risk för utebliven beskattning på grund av att dessa intäkter inte tas upp för beskattning i den egentliga mottagarstaten.

88. Om ett skäl till den valda transaktionsstrukturen skulle vara att betala ut räntor till investerare via ett tredjeland så att investerarnas hemviststater inte får någon information om deras inkomster, så ska enligt min uppfattning detta samlade arrangemang anses utgöra ett missbruk av rättigheter.

89. En sådan missbruksanklagelse skulle i sin tur vederläggas om värdepappersfonderna tillhandahåller motsvarande skatterelaterad information till kapitalinvesterarnas hemviststater, eller att värdepappersfondernas hemviststater förfogar över sådan information och vidarebefordrar denna information till de berörda staterna. Det skulle då inte vara aktuellt att en sådan bolagsstruktur skulle ha till syfte att undvika källbeskattning (se ovan punkt 86). Även detta ankommer på den hänskjutande domstolen att ta in i sin samlade bedömning.

d) Svar på fråga 2

90. För att undvika källbeskattning på räntebetalningar till värdepappersfonder som har sin hemvist i tredjeländer kommer huvudsakligen undvikande av beskattning av räntebelopp hos de egentliga räntemottagarna (det vill säga investerarna) i beaktande. Ett missbruk kan särskilt komma i fråga om den valda bolagsstrukturen syftar till att utnyttja vissa informationsunderskott mellan de berörda staterna för att förhindra en effektiv beskattning av räntemottagarna.

C. Medlemsstatens angivelse av vem som egentligen har rätt till räntan (fråga 4)

91. Med fråga 4 vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida medlemsstaten som inte godtar att mottagaren av räntorna också har rätt till räntorna i den mening som avses i direktiv 2003/49, eftersom mottagaren endast är ett så kallat konstlat transitbolag, är skyldig att ange vem som medlemsstaten i så fall anser som den som har rätt till räntorna. Den hänskjutande domstolen är alltså väsentligen ute efter ett svar på frågan vem som har bevisbördan för att missbruk föreligger.

34 Dom av den 24 juni 2010, P. Ferrero och General Beverage Europe (C-338/08 och C-339/08, EU:C:2010:364, punkterna 26 och 34), och dom av den 26 juni 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, punkt 52).

92. Ett missbruk av de juridiska möjligheterna att utforma ett arrangemang förutsätter att ett rättsligt arrangemang som avviker från det normala har valts, och att detta avvikande arrangemang leder till ett *förmånligare resultat* än det ”normala” arrangemanget. Ett normalt arrangemang skulle i förevarande fall vara ett direkt låneförhållande mellan investerarna och klagandebolaget i det nationella målet vid förvärv av målbolaget.

93. Det ankommer i princip på skattemyndigheten att visa att det valda tillvägagångssättet ger ett skattemässigt förmånligare resultat än det normala arrangemanget, varvid den skattskyldige kan åläggas en viss skyldighet att samarbeta. Den skattskyldige kan dock ”redogöra för de affärsmässiga skälen för den aktuella transaktionen”.[35] Om det följer av detta att det huvudsakliga syftet[36] inte är att undvika skatt som normalt skulle tas ut, kan det valda tillvägagångssättet inte anses utgöra missbruk, framför allt som staten själv har berett den skattskyldiga möjligheten att upprätta ett sådant arrangemang.

94. Av EU-domstolens praxis[37] följer dessutom att konstaterandet av ett agerande som innebär missbruk, innebär att situationen först ska fastställas så som den hade förelegat för det fall att de transaktioner som låg till grund för ett sådant missbruk inte hade förelegat, och därefter ska denna omkvalificerade situation bedömas med beaktande av relevanta nationella bestämmelser och unionsrätten. I detta avseende måste det dock stå klart vem som egentligen har rätt till räntan.

95. Således kan utifrån danskt perspektiv ett missbruk i den mening som avses i artikel 5 i direktiv 2003/49 endast konstateras om en motsvarande beskattning skulle ske i Danmark om räntorna betalades ut direkt. Så är emellertid inte fallet enligt gällande rätt i Danmark, om den egentliga räntemottagaren – om man inte beaktar det så kallade mellanliggande bolaget – också skulle vara ett bolag med säte i en annan medlemsstat, eller räntemottagarens hemvist är i en stat med vilken Danmark har tecknat ett DBA. Om värdepappersfonderna faktiskt ska anses vara transparenta bolag i skatterättsligt hänseende, skulle det vara nödvändigt att härvidlag även ta hänsyn till de berörda investerarna för att över huvud taget kunna besvara denna fråga.

96. Fråga 4 kan mot bakgrund av det ovan anförda besvaras på så sätt att den medlemsstat som inte godtar att ett bolag i en annan medlemsstat – till vilket räntorna betalas – har rätt till räntorna, i princip är skyldig att upplysa om vem som medlemsstaten i så fall anser som den som egentligen har rätt till räntorna för att missbruk ska kunna föreligga. Detta är nödvändigt för att kunna fastställa om ett förmånligare resultat i skattemässigt hänseende över huvud taget uppnås genom arrangemanget som den aktuella medlemsstaten gör gällande utgör missbruk. Vid transaktioner som äger rum i utlandet kan den skattskyldige dock komma att åläggas en utökad samarbetsskyldighet.

D. Åberopande av artikel 5 i direktiv 2003/49 (frågorna 2, 2.1 och 3)

97. Med frågorna 2, 2.1 och 3 vill den hänskjutande domstolen väsentligen veta huruvida (1) Danmark kan åberopa artikel 5 i direktiv 2003/49 direkt för att vägra tillämpa ett undantag från beskattning på den skattskyldige. Om detta inte är fallet, måste det klargöras huruvida (2) Danmark har införlivat artikel 5 i direktiv 2003/49 med nationell rätt på ett tillfredsställande sätt.

35 Dom av den 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punkt 92).

36 Dom av den 22 november 2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, punkt 53), dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 36), och dom av den 21 februari 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, punkt 45).

37 Dom av den 22 november 2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, punkt 47), dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 52), och dom av den 21 februari 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, punkt 58).

1. Direktiv kan inte ges direkt tillämpning för att ålägga den enskilde skyldigheter som är till nackdel för denne

98. Om missbruk i den mening som avses i artikel 5 i direktiv 2003/49 skulle föreligga med tillämpning av de ovan nämnda kriterierna, kännetecknas det aktuella fallet av den särskilda omständigheten att det inte fanns någon bestämmelse i dansk rätt som genomförde artikel 5 i direktiv 2003/49. Inte heller fanns, enligt den hänskjutande domstolens uppgifter, någon allmän lagbestämmelse för att hindra missbruk. I synnerhet klaganden i det nationella målet företräder därför uppfattningen att skattebefrielsen som följer av nationell rätt inte kan förvägras, även om missbruk skulle konstateras.

99. En ordagrann återgivelse av ett direktivs föreskrifter (här artikel 5 i direktiv 2003/49) i en uttrycklig och specifik lagbestämmelse är långt ifrån alltid nödvändig. För genomförandet av ett direktiv kan det, beroende på dess innehåll, vara tillräckligt att det finns en allmän rättslig ram. Särskilt kan förekomsten av allmänna principer i statsrätt eller förvaltningsrätt göra att ett genomförande genom särskilda lagstiftningsåtgärder är överflödigt. Detta förutsätter emellertid att dessa principer utgör en tillräckligt klar och precis garanti för att direktivet därigenom tillämpas fullt ut.[38]

100. I begäran om förhandsavgörande nämner den hänskjutande domstolen förekomsten av två principer (den så kallade realitetsdoktrinen och principen om ”den som faktiskt uppbär inkomster”). Parterna är emellertid eniga om att dessa inte är relevanta i förevarande fall, om räntorna i verkligheten formellt först har betalats ut till det luxemburgska bolaget.

101. Artikel 5 i direktiv 2003/49 hindrar dock inte att medlemsstaterna vidtar lämpliga åtgärder för att förebygga missbruk. Sådana åtgärder motsvaras av allmänt vedertagna regler i hela unionen. Alla medlemsstater har således i hög utsträckning utvecklat vissa instrument för att motverka missbruk av rättigheter i syfte att undandra sig beskattning.[39] Det finns alltså även i nationell skatterätt en konsensus om att tillämpningen av rätten inte kan utsträckas till att även sådana förfaranden från näringsidkares sida som utgör missbruk av rättigheter måste tolereras. Denna princip som är erkänd i hela unionen[40] kommer numera även till uttryck i artikel 6 i direktiv (EU) 2016/1164.

102. I denna utsträckning ska alla nationella bestämmelser, oavsett om de har utfärdats för att genomföra direktiv 2003/49 eller inte, tolkas och tillämpas i samklang med ordalydelsen av och målsättningarna med direktiv 2003/49 liksom dess artikel 5.[41] Den omständigheten att en tolkning av nationell lagstiftning i överensstämmelse med unionsrätten eventuellt kan vara till nackdel för den enskilde, är inte ett argument mot en sådan tolkning. Det är nämligen tillåtet att indirekt, det vill säga genom bestämmelser i nationell rätt, tillämpa unionsrätten på ett sätt som innebär en nackdel för den enskilde.[42]

38 Se i detta avseende fast praxis, exempelvis dom av den 5 juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punkt 44), dom av den 6 april 2006, kommissionen/Österrike (C-428/04, EU:C:2006:238, punkt 99), dom av den 16 juni 2005, kommissionen/Italien (C-456/03, EU:C:2005:388, punkt 51), och mitt förslag till avgörande i målet Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 62).

39 En del av medlemsstaterna har generalklausuler för att hindra agerande som utgör missbruk, som Förbundsrepubliken Tyskland med 42 § Abgabenordnung (inkomstskattelagen), Luxemburg med 6 § i den luxemburgska skattelagen, Belgien med artikel 344 §1er du code des impôts sur les revenus (inkomstskattelagen), Sverige med 2 § i lag (1995:575) mot skatteflykt och Finland med 28 § i lagen om beskattningsförfarande (1995/1558); i en del av medlemsstaterna finns specialregleringar (som i Danmark avseende internprissättning enligt 2 § Ligningsloven (taxeringslagen)), eller allmänna rättsprinciper (i Förbundsrepubliken Tyskland principen om att innehåll går före form som bland annat kan härledas från 39 § och följande paragrafer i Abgabenordnung).

40 Se exempelvis dom av den 22 november 2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, punkt 27), dom av den 21 februari 2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, punkt 68), dom av den 3 mars 2005, Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, punkt 32), dom av den 14 december 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, punkt 51), och dom av den 23 mars 2000, Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, punkt 33).

41 Se fast praxis angående nationella domstolars skyldighet att tolka nationell rätt direktivkonformt, och i synnerhet dom av den 4 juli 2006, Adeneler m.fl. (C-212/04, EU:C:2006:443, punkt 108 och följande punkter), dom av den 5 oktober 2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punkt 113 och följande punkter), och dom av den 10 april 1984, von Colson och Kamann (14/83, EU:C:1984:153, punkt 26).

42 Dom av den 5 juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punkt 45), dom av den 7 januari 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, punkt 57), dom av den 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, punkterna 20, 25 och 26), och dom av den 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, punkterna 6 och 8), och mitt förslag till avgörande i målet Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 65).

103. Det är endast en direkt tillämpning av artikel 5 i direktiv 2003/49 till nackdel för klaganden som inte är tillåten för de danska myndigheterna, vilket även är av rättssäkerhetsskäl.[43] En medlemsstat kan alltså inte gentemot enskilda åberopa en direktivbestämmelse som staten själv inte har införlivat med nationell rätt.[44] Enligt fast rättspraxis kan direktiven i sig inte skapa skyldigheter för enskilda, så att det alltså inte är möjligt att åberopa direktiv som sådana mot enskilda.[45] En medlemsstat som gör det skulle själv göra sig skyldig till rättsmissbruk. En sådan stat skulle å ena sidan underlåta att genomföra ett direktiv (fastän den kan göra det), medan den å andra sidan utnyttjar en möjlighet att hindra missbruk som föreskrivs enligt samma icke genomförda direktiv.

104. Lika litet får de behöriga myndigheterna direkt rikta sig mot enskilda med stöd av en existerande allmän unionsrättslig rättsgrundsats enligt vilken rättsmissbruk är förbjudet. I vart fall för fall som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2003/49 ges nämligen konkret uttryck för en sådan princip i artikel 5.2 i nämnda direktiv.[46] Skulle man dessutom tillåta ett direkt åberopande av en allmän rättsgrundsats vars innehåll är långt mindre klart och precist, finns det en risk att harmoniseringsändamålet i direktiv 2003/49 – och i alla andra direktiv som innehåller konkreta föreskrifter för att förebygga missbruk (som till exempel artikel 6 i direktiv (EU) 2016/1164) – inte uppnås. För övrigt skulle detta även kunna undergräva det redan nämnda förbudet mot att tillämpa icke genomförda direktivbestämmelser gentemot enskilda.[47]

2. Rättspraxis från mervärdesskatterättens område kan inte tillämpas analogt

105. EU-domstolens avgöranden[48] i målen Italmoda och Cussens står inte i strid med vad som anförts ovan. I nämnda domar har domstolen fastställt att principen om förbud mot förfarandemissbruk ska tolkas på så sätt att den i avsaknad av nationella bestämmelser som ger denna princip verkan i nationell rätt, kan tillämpas direkt, för att vägra undantag från mervärdesskatt utan att detta står i strid med principerna om rättssäkerhet och skydd för berättigade förväntningar.

106. Dessa två domar avsåg emellertid endast mervärdesskatt. Detta rättsområde skiljer sig från materien som är aktuell här. Mervärdesskatterätten har för det första harmoniserats i mycket större utsträckning och berör även i större omfattning unionsrättliga intressen genom unionens finansieringsram som är kopplad till mervärdesskatterätten i jämförelse med medlemsstaternas inkomstskatterätt.

43 Uttryckligen i domen av den 5 juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punkt 42).

44 Dom av den 22 november 2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, punkt 49), dom av den 21 september 2017, DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719, punkt 41), dom av den 5 juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punkt 42), dom av den 19 november 1991, Francovich m.fl. (C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428, punkt 21), se även förslag till avgörande i målet Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 66).

45 Dom av den 5 juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punkt 42), och mitt förslag till avgörande i målet Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 65), se exempelvis även dom av den 5 oktober 2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punkt 108 och där angiven rättspraxis).

46 Se förslag till avgörande i målet Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 67), och dom av den 5 juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punkt 38 och följande punkter). Se för ett liknande resonemang förslag till avgörande i målet Satakunnan Markkinapörssi och Satamedia (C-73/07, EU:C:2008:266, punkt 103).

47 Framgår dock inte klart i domen av den 22 november 2005, Mangold (C-144/04, 2005, I-9981, punkterna 74–77), se i detta avseende förslag till avgörande i målet Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, punkt 67), se även dom av den 5 juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punkt 42).

48 Dom av den 22 november 2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881), och dom av den 18 december 2014, Schoenimport ”Italmoda” Mariano Previti (C-131/13, C-163/13 och C-164/13, EU:C:2014:2455).

107. För det andra förpliktas medlemsstaterna enligt artikel 325.1 och 325.2 FEUF att (verksamt) uppbära mervärdesskatt,[49] medan detta inte är fallet för inkomstskatt. Härtill ska även erinras om den särskilda risken för bedrägerier på mervärdesskatteområdet, vilket ställer särskilda krav i effektiviteten av verkställandet av skatteanspråk. I denna utsträckning skiljer domstolen själv i sitt senaste beslut mellan mervärdesskatterätt och sekundär unionsrätt, som uttryckligen reglerar möjligheten att bekämpa missbruk.[50] Således kan en direkt tillämpning av artikel 5 i direktiv 2003/49 till den skattskyldiges nackdel inte komma i fråga.[51]

3. Huruvida det finns en specifik nationell bestämmelse om hinder av missbruk

108. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida det inte redan finns allmänna bestämmelser eller rättsgrundsatser i nationell rätt (till detta hör även rättsliga principer som utvecklats i praxis) som vid en unionsrättskonform tolkning kan vara tillämpliga på förevarande fall, och av vilka det exempelvis följer att skentransaktioner inte ska beaktas i skattemässigt hänseende, eller ett förbud mot att åberopa vissa skatterättsliga fördelar på ett sätt som utgör missbruk.

109. För att en inskränkning av etableringsfriheten ska kunna motiveras av behovet av att motverka missbruk, måste enligt domstolens praxis det specifika ändamålet med en sådan inskränkning vara att hindra beteenden som består i att iscensätta fiktiva upplägg som inte har någon ekonomisk förankring och som arrangeras i syfte att undvika skatt som normalt ska betalas på den vinst som genererats i verksamhet som bedrivs inom det nationella territoriet.[52]

110. Av detta skäl kan frågorna 2.1 och 3 besvaras på så sätt att varken 2 § andra punkten d i den danska bolagsskattelagen eller en DBA-bestämmelse om beskattning av räntor som är inriktad på den som har rätt till räntan, är tillräckliga för att kunna anses som genomförande av artikel 5 i direktiv 2003/49.

111. Detta skulle dock bedömas annorlunda i samband med den unionsrättskonforma tolkningen av den så kallade realitetsdoktrinen och principen om den som faktiskt uppbär inkomster i Danmark. Dessa har utvecklats just för att få bukt med problematiken som följer av att civilrätten möjliggör en mängd olika arrangemang, medan skatterätten beskattar ekonomiska sakförhållanden. Dessa rättsgrundsatser riktar sig alltså specifikt mot konstlade arrangemang eller enskildas rättsmissbruk och utgör således i princip även en tillräckligt specifik rättslig grund för en begränsning av etableringsfriheten. I den utsträckning som klagandena i det nationella målet vid den muntliga förhandlingen flera gånger hänvisade till att Danmark inte uttryckligen har införlivat artikel 5 i direktiv 2003/49 med nationell rätt, vore det således irrelevant. Det är dock den nationella domstolens sak att avgöra detta.

112. En unionsrättskonform tolkning av realitetsdoktrinen som har utvecklats i Danmark, kan således räcka som grund för att ignorera rent konstlade upplägg eller upplägg som utgör missbruk – såvitt sådana föreligger (se närmare punkt 57 och följande punkter) – vid beskattningen. Inte heller realitetsdoktrinen framstår i mina ögon som något annat än en variant av principen om innehåll före form, som ju ligger till grund för de flesta medlemsstaternas bestämmelser om bekämpande av

49 Dom av den 8 september 2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, punkt 36 och följande punkter), och dom av den 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punkt 26).

50 Uttryckligen enligt dom av den 22 november 2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, punkterna 28, 31 och 38).

51 Det har domstolen redan fastställts i domen av den 5 juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punkt 42).

52 Dom av den 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, punkt 64), dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkt 55), och dom av den 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punkt 74).

missbruk.[53] Detta blir även tydligt på unionsrättslig nivå i exempelvis artikel 6.2 i direktiv (EU) 2016/1164, enligt vilken arrangemang betraktas som icke-genuina i den utsträckning som de inte har införts av giltiga kommersiella skäl som återspeglar den ekonomiska verkligheten. Det ankommer dock på den nationella domstolen att pröva sistnämnda.

113. Om syftet med arrangemanget är att förhindra beskattning av investerarna, så sker, trots den formella betalningen till det luxemburgska bolaget, utifrån ett synsätt som tar hänsyn till den ekonomiska verkligheten, betalningen egentligen till A Fund eller dess investerare. Betalningen till Z Luxembourg återspeglar i sådana fall inte den ekonomiska, utan endast den civilrättsliga (formella) verkligheten.

E. Åsidosättande av grundläggande friheter (frågorna 5, 6 och 7)

114. Eftersom Z Luxembourg – enligt punkt 34 och följande punkter ovan – i princip är att betrakta som de som har rätt till räntan, är det inte längre nödvändigt att besvara tolkningsfrågorna 5, 6 och 7).

115. Såvitt den hänskjutande domstolen vid en unionsrättskonform tillämpning av principerna i nationell rätt når slutsatsen att det föreligger ett upplägg som utgör missbruk, sker beskattning under vissa omständigheter. Då är denna fråga emellertid inte längre aktuell i förevarande fall, eftersom denna beskattning är en följd av missbruket, och unionsrätten inte får missbrukas eller åberopas i bedrägligt syfte enligt EU-domstolens fasta praxis.[54]

116. Oaktat detta har EU-domstolen emellertid redan beslutat att skillnad i behandling mellan inhemska och utländska räntemottagare vilken består i att olika beskattningstekniker tillämpas, redan i sig berör situationer som inte är objektivt sett lika.[55] Även om detta skulle bedömas som objektivt jämförbara situationer, skulle en begränsning av etableringsfriheten enligt EU-domstolens praxis kunna motiveras, så länge som den danska källskattebelastningen av räntemottagare som har hemvist i utlandet inte är högre än den danska bolagsskattebelastningen för en räntemottagare inom landet.[56]

117. Att utgifter som uppkommer för räntemottagare med hemvist utomlands inte beaktas inom ramen för källbeskattningen, vilket den hänskjutande domstolen tagit upp i fråga 5, följer med nödvändighet av systemet med källbeskattning. Om en främmande tredje man (räntebetalaren) i slutändan betalar ett schablonmässigt belopp som ska motsvara betalningsmottagarens inkomstskatt, kan räntebetalaren inte göra avdrag för betalningsmottagarens utgifter (driftskostnader), som i normalfallet över huvud taget inte är kända för betalaren. Utgifterna har med ett starkt standardiserat synsätt redan beaktats genom en lägre källskattesats.

118. Den hänskjutande domstolen vill med fråga 5 således snarare få klarhet i huruvida en utländsk räntemottagare, i likhet med en räntemottagare inom landet, måste ha rätt göra gällande sina utgifter vid taxeringen i Danmark. Svaret på denna fråga är emellertid irrelevant för förevarande förfarande, då Z Denmark invänder att bolaget över huvud taget inte är ansvarigt inom ramen för en skyldighet att göra avdrag för källskatt.

53 Det är väldigt vanligt att medlemsstaternas rättsordningar riktar in sig på det faktiska innehållet i en rättshandling eller en transaktion – till exempel i Finland, Ungern, Irland, Italien, Litauen, Nederländerna, Portugal och Slovenien..

54 Se exempelvis: dom av den 22 november 2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, punkt 27), dom av den 21 februari 2006, Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, punkt 68), och dom av den 14 december 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, punkt 51), och där anförd rättspraxis.

55 Dom av den 22 december 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, punkt 41); fastställdes genom dom av den 18 oktober 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, punkt 26).

56 Se dom av den 17 september 2015, Miljoen m.fl. (C-10/14, C-14/14 och C-17/14, EU:C:2015:608, punkt 90), och dom av den 18 oktober 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, punkt 42 och följande punkter).

119. Detsamma (se punkt 115) gäller för olika ränta eller uppkomst av den danska bolagsskatteskulden hos räntemottagaren och en skyldighet att innehålla dansk källskatt för räntebetalaren. Detta är inte jämförbara objektiva omständigheter, eftersom det första gången är en *egen* skatt (bolagsskatt) som blir utkrävbar och den andra gången för skattemottagaren är en egentligen *främmande* skatt (inkomst- eller bolagsskatt) som innehålls och betalas. Skillnader för uppkomst och ränta är ett resultat av skillnaderna i tekniken och funktionen med källbeskattning (om detta punkt 86).

VI. Förslag till avgörande:

120. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att EU-domstolen besvarar de frågor som har hänskjutits av Vestre Landsret (Appellationsdomstolen för Västra Danmark) enligt följande:

1) Fråga 1–1.4 ska besvaras på så sätt att ett bolag som är hemmahörande i en annan medlemsstat och som är innehavare av den räntebärande fordran, i princip är att anse som ”den som har rätt till” räntan i den mening som avses i artikel 1.1 i rådets direktiv 2003/49/EG av den 3 juni 2003 om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties som betalas mellan närstående bolag i olika medlemsstater. Detta gäller dock inte om denne inte agerar i eget namn och för egen räkning, utan agerar för annans räkning för en tredje man.

   Begreppet ”den som har rätt till” ska härvidlag tolkas självständigt i unionsrätten och oberoende av kommentarerna till artikel 11 i OECD:s modellavtal från 1977 eller senare versioner.

2) Fråga 2 ska besvaras på så sätt att konstaterande av missbruk ska ske på grundval av en samlad bedömning av alla omständigheter, vilken det ankommer på den nationella domstolen att genomföra.

   a) Ett missbruk i skatterättsligt hänseende kan föreligga vid rent konstlade upplägg utan förankring i den ekonomiska verkligheten eller om det väsentliga syftet med arrangemanget är att kringgå skatt som enligt syftet med skattelagstiftningens skulle tas ut. Härvidlag måste skattemyndigheten visa att ett visst skatteanspråk skulle ha blivit utkrävbart vid ett normalt arrangemang, medan den skattskyldige ska visa att det finns beaktansvärda skäl som inte har att göra med skatterättsliga överväganden för det valda arrangemanget.

   b) Vid undvikande av källbeskattning för räntebetalningar till värdepappersfonder med hemvist i tredjeländer kommer i huvudsak undvikande av beskattning av räntebeloppen hos de egentliga räntemottagarna (det vill säga investerarna) i beaktande. Ett missbruk kan i synnerhet konstateras om den valda bolagsstrukturen syftar till att utnyttja vissa informationsunderskott mellan de berörda staterna för att förhindra en effektiv beskattning av räntemottagarna.

   c) En medlemsstat kan dock inte åberopa artikel 5 i direktiv 2003/49 om den inte har införlivat bestämmelsen med nationell rätt.

3) Fråga 3 ska besvaras på så sätt att varken 2 § andra punkten d i den danska bolagsskattelagen eller en bestämmelse som motsvarar artikel 11 i OECD:s modellavtal i ett dubbelbeskattningsavtal är tillräckliga för att kunna anses som ett genomförande av artikel 5 i direktiv 2003/49. Detta utgör dock inte hinder för att allmänna principer och grundsatser i nationell rätt, vilka syftar specifikt till att kunna vidta åtgärder mot konstlade arrangemang eller enskildas missbruk av rättigheter, tolkas och tillämpas i överensstämmelse med unionsrätten.

4) Fråga 4 ska besvaras på så sätt att en medlemsstat som inte godtar att ett bolag i en annan medlemsstat är den som har rätt till räntorna i princip är skyldig att upplysa om vem som medlemsstaten i så fall anser som den som egentligen har rätt till räntorna för att missbruk ska kunna föreligga. Vid transaktioner som äger rum i utlandet kan den skattskyldige dock komma att åläggas en utökad samarbetsskyldighet.

5) Frågorna 5, 6 och 7 behöver inte besvaras med hänsyn till svaren på frågorna 1 och 2 ovan.