CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 1 maart 2018 [1]

Zaak C-116/16

Skatteministeriet
tegen

T Danmark

„Verzoek om prejudiciële beslissing – Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (moeder-dochterrichtlijn) – Noodzaak om aan te knopen bij een ‚uiteindelijk gerechtigde' bij dividenduitkeringen – Misbruik van mogelijkheden tot fiscale structurering – Criteria voor het bestaan van misbruik in verband met de ontwijking van bronbelasting – Invloed van de commentaren bij het modelverdrag van de OESO op de uitlegging van een richtlijn van de Europese Unie – 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 de onderhavige zaak en in zaak C-117/16 wordt het Hof – net als in vier parallelle procedures [2] betreffende de richtlijn interest en royalty's – verzocht vast te stellen onder welke omstandigheden een dochteronderneming die dividend uitkeert aan haar moedermaatschappij, de vrijstelling van bronbelasting op grond van richtlijn 90/435/EEG [3] (hierna: „moeder-dochterrichtlijn") kan worden ontzegd.

2. Deze zaak houdt verband met de (voorgenomen) uitkering van dividend aan een Luxemburgse moedermaatschappij. De moedermaatschappij van deze maatschappij is eveneens in Luxemburg gevestigd en haar aandelen zijn op hun beurt in handen van verschillende beleggingsfondsen. Het is evenwel onduidelijk waar deze beleggingsfondsen gevestigd zijn. Het Deense ministerie van Financiën wenst de vrijstelling van bronbelasting te weigeren zolang niet duidelijk is wat er uiteindelijk met het dividend zal gebeuren.

3. In dit verband vraagt de verwijzende rechter zich met name af hoe het Unierechtelijke misbruikverbod moet worden gedefinieerd en of dit verbod rechtstreeks van toepassing is, alsook hoe kan worden vastgesteld wie de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is. Anders dan de richtlijn interest en royalty's knoopt de moeder-dochterrichtlijn echter niet aan bij een „uiteindelijk gerechtigde".

1 Oorspronkelijke taal: Duits.

2 Het gaat namelijk om de zaken C-118/16 en C-119/16 (die met zaak C-115/16 zijn gevoegd) en om zaak C-299/16.

3 Richtlijn van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 1990, L 225, blz. 6), inmiddels ingetrokken en vervangen door richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 (PB 2011, L 345, blz. 8).

4. Dit begrip wordt door Denemarken evenwel gebruikt in het Deens-Luxemburgse dubbelbelastingverdrag (hierna: „dubbelbelastingverdrag"). Daarom werpt de verwijzende rechter de vraag op wie bevoegd is om dit begrip uit het dubbelbelastingverdrag uit te leggen en of daarbij rekening moet worden gehouden met latere commentaren van de OESO bij haar modelverdragen inzake dubbele belasting.

5. In wezen is de beslissende vraag echter of het uiteindelijke gebruik van dividenden in meerlagige vennootschapsstructuren bepalend is voor de vrijstelling van bronbelasting in het kader van de moeder-dochterrichtlijn, met name wanneer die structuren ook tot doel hebben de fiscale lasten in de vorm van een definitieve heffing van bronbelasting over binnen het concern uitgekeerde dividenden tot een minimum te beperken. Aldus rijst opnieuw de vraag waar en hoe precies de grens moet worden getrokken tussen geoorloofde fiscale constructies en fiscale constructies die weliswaar eveneens legaal zijn, maar mogelijkerwijs misbruik opleveren.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

6. Het Unierechtelijke kader van de onderhavige zaak wordt gevormd door de moeder-dochterrichtlijn en door de artikelen 49, 54 en 63 VWEU.

7. De moeder-dochterrichtlijn dient volgens artikel 1, lid 1, ervan door iedere lidstaat te worden toegepast op onder meer uitkeringen van winst die vennootschappen van deze staat hebben ontvangen van hun dochterondernemingen uit andere lidstaten.

8. Artikel 1 van de moeder-dochterrichtlijn bepaalt:

„1. Elke lidstaat past deze richtlijn toe:

– op uitkeringen van winst die door vennootschappen van deze staat zijn ontvangen van hun dochterondernemingen uit andere lidstaten;

– op winst die door vennootschappen van deze staat is uitgekeerd aan vennootschappen van andere lidstaten, waarvan zij dochteronderneming zijn; […]

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

9. In artikel 4 van de moeder-dochterrichtlijn is bepaald:

„1. Wanneer een moedermaatschappij of haar vaste inrichting, op grond van de deelgerechtigdheid van de moedermaatschappij in haar dochteronderneming, uitgekeerde winst ontvangt, anders dan bij de liquidatie van de dochteronderneming, moeten de lidstaat van de moedermaatschappij en de lidstaat van haar vaste inrichting:

– ofwel zich onthouden van het belasten van deze winst;

– ofwel de winst belasten, maar in dat geval de moedermaatschappij en de vaste inrichting toestaan van de verschuldigde belasting af te trekken het gedeelte van de belasting dat betrekking heeft op die winst en betaald is door de dochteronderneming en enigerlei kleindochteronderneming, op

voorwaarde dat bij iedere schakel een vennootschap en haar kleindochteronderneming aan de in de artikelen 2 en 3 gestelde eisen voldoen, tot het bedrag van de overeenstemmende verschuldigde belasting.

2. Iedere lidstaat blijft evenwel bevoegd om te bepalen dat lasten die betrekking hebben op de deelneming en waardeverminderingen die voortvloeien uit de uitkering van de winst van de dochteronderneming, niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst van de moedermaatschappij. Indien in dit geval de kosten van beheer met betrekking tot de deelneming forfaitair worden vastgesteld, mag het forfaitaire bedrag niet meer dan 5 % bedragen van de door de dochteronderneming uitgekeerde winst. […]"

10. Artikel 5, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn bepaalt:

„De door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst wordt vrijgesteld van bronbelasting."

B. Volkenrecht

11. Het Deens-Luxemburgse dubbelbelastingverdrag van 17 november 1980 (hierna: „dubbelbelastingverdrag") bepaalt in artikel 10, leden 1 en 2, het volgende met betrekking tot de verdeling van de bevoegdheid om belasting te heffen over dividenden:

„1. Over dividenden die door een in een verdragsluitende staat gevestigde vennootschap worden uitgekeerd aan een ingezetene van de andere verdragsluitende staat, kan in laatstgenoemde staat belasting worden geheven.

2. Deze dividenden kunnen echter ook in de verdragsluitende staat waar de vennootschap is gevestigd die de dividenden uitkeert, aan belasting worden onderworpen overeenkomstig de wettelijke regeling van deze staat. Indien de ontvanger van de dividenden de ‚uiteindelijk gerechtigde' tot de dividenden is, mag de geheven belasting evenwel niet meer bedragen dan:

a) 5 % van het brutodividendbedrag, indien de uiteindelijk gerechtigde een vennootschap (met uitzondering van een maatschap of een commanditaire vennootschap) is die rechtstreeks ten minste 25 % bezit van het kapitaal van de vennootschap die de dividenden uitkeert;

b) 15 % van het brutodividendbedrag in alle overige gevallen."

12. Hieruit volgt dat de bronstaat, in casu Denemarken, dividenden die worden uitgekeerd aan een in Luxemburg gevestigde moedermaatschappij, slechts tegen een laag tarief kan belasten indien de moedermaatschappij de „uiteindelijk gerechtigde" tot de dividenden is. Het begrip „uiteindelijk gerechtigde" is in het dubbelbelastingverdrag niet gedefinieerd.

C. Deens recht

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

14. De heffing van belasting over dividenden van ingezeten moedermaatschappijen wordt geregeld in § 13, lid 1, punt 2, van de selskabsskattelov (hierna: „wet op de vennootschapsbelasting"). Voor het belastingjaar 2011 gaat het om de versie van lovbekendtgørelse nr. 1376 af 7. december 2010 (geconsolideerde wet nr. 1376 van 7 december 2010), zoals gewijzigd:

„§ 13. De belastbare inkomsten omvatten niet: […]

2) dividenden die onder meer de in § 1, lid 1, punten 1 tot en met 2a, 2d tot en met 2i, 3a tot en met 5b, genoemde vennootschappen of verenigingen ontvangen ter zake van aandelen of participaties in vennootschappen als bedoeld in § 1, lid 1, punten 1 tot en met 2a, 2d tot en met 2i, 3a tot en met 5b, of in vennootschappen die in het buitenland zijn gevestigd. Dit geldt echter alleen voor dividenden ter zake van aandelen in dochterondernemingen en concernvennootschappen in de zin van §§ 4 A en 4 B van de aktieavancebeskatningslov (wet betreffende de fiscale behandeling van vermogenswinst of -verlies bij de vervreemding van aandelen). […]"

15. De beperkte belastingplicht van buitenlandse vennootschappen ter zake van dividenden is geregeld in § 2, lid 1, onder c), van de wet op de vennootschapsbelasting.

16. Dientengevolge was de beperkte belastingplicht in 2011 niet van toepassing op de aan een moedermaatschappij uitgekeerde dividenden waarover op grond van de moeder-dochterrichtlijn of een dubbelbelastingverdrag geen belasting wordt geheven of slechts tegen een verlaagd tarief belasting wordt geheven.

17. Bestaat krachtens § 2, lid 1, onder c), van de wet op de vennootschapsbelasting een beperkte belastingplicht ter zake van uitgaande dividenden, dan is de Deense vennootschap die dividend uitkeert, krachtens de Deense wet op de bronbelasting [4] verplicht om 28 % bronbelasting in te houden. Bij niet-tijdige betaling van ingehouden bronbelasting (in geval van beperkte belastingplicht) wordt interest geheven over de verschuldigde belasting. De verplichting om moratoire interest te betalen rust op de inhoudingsplichtige.

18. In 2011 bestond er 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 deze 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 inkomstengenererende onderneming of activiteit en de toerekening van de daaruit voortvloeiende inkomsten. Het beginsel komt er dus op neer dat wordt vastgesteld wie – ongeacht de formele verschijningsvorm – de werkelijke ontvanger van bepaalde inkomsten is en dientengevolge 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.

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

III. Hoofdgeding

20. Verzoekster in het hoofdgeding (T Danmark) is een Deense vennootschap die voor meer dan 50 % in handen is van N Luxembourg 2, en biedt als T-Danmark-concern bepaalde diensten aan in Denemarken. De overige aandelen van T Danmark zijn in handen van duizenden aandeelhouders.

21. N Luxembourg 2 is een vennootschap met zetel in Luxemburg die is opgericht door de in Luxemburg gevestigde vennootschap N Luxembourg. N Luxembourg (waarvan de aandelen volgens N Luxembourg 2 in handen zijn van een aantal beleggingsfondsen) heeft een belang van meer dan 99 % in N Luxembourg 2. Het resterende kapitaal (minder dan 1 %) is in handen van de eveneens in Luxemburg gevestigde vennootschap N Luxembourg 3.

22. Volgens een door de Luxemburgse belastingautoriteiten in het voorjaar van 2011 afgegeven „Certificate of Residence" is N Luxembourg 2 een binnen de werkingssfeer van de moeder-dochterrichtlijn vallende, in Luxemburg gevestigde vennootschap, die aldaar daadwerkelijk wordt bestuurd, die in Luxemburg tevens – zonder mogelijkheid van vrijstelling – is onderworpen aan vennootschapsbelasting, en die de uiteindelijk gerechtigde („benefical owner") tot de aan haar betaalde dividenden is. Deze verklaring is door de Luxemburgse belastingadministratie verstrekt op verzoek van de Deense belastingdienst.

23. T Danmark wenste door middel van een bindende inlichting te vernemen of het door haar aan N Luxembourg 2 uit te keren dividend op grond van § 2, lid 1, onder c), derde volzin, van de wet op de vennootschapsbelasting vrijgesteld is van belasting en dus ook van de Deense bronbelasting.

24. In haar verzoek om een bindende inlichting heeft T Danmark verklaard dat zij overwoog om in het derde kwartaal van 2011 aan N Luxembourg 2 dividend uit te keren ten belope van in totaal ongeveer 6 miljard Deense kroon (DKK). Voorts heeft zij verklaard dat N Luxembourg 2 een zelfstandige entiteit met een eigen bestuur en eigen beslissingsbevoegdheid was, zodat logischerwijs niet met zekerheid kon worden voorspeld of, en zo ja, wanneer het bestuur van N Luxembourg 2 een besluit zou nemen over de wijze waarop zou worden beschikt over het van T Danmark ontvangen dividend.

25. Volgens het Skatteministerium (Deens ministerie van Financiën; hierna: „ministerie van Financiën") kon geen bindende inlichting worden verstrekt zolang niet duidelijk was op welke wijze N Luxembourg 2 voornemens was te beschikken over het door T Danmark uitgekeerde dividend.

26. T Danmark liet de Skatteråd (hierna: „belastingraad") dan ook weten dat met het oog op de bindende inlichting diende te worden aangenomen dat het merendeel van het dividend door N Luxembourg 2 als dividend zou worden uitgekeerd aan haar eigenaren N Luxembourg 3 en N Luxembourg. Een kleiner deel van het dividend (waarschijnlijk tussen 3 en 5 %) zou naar verwachting door N Luxembourg 2, N Luxembourg 3 en N Luxembourg worden gebruikt ter dekking van kosten of als voorziening voor toekomstige kosten. Verzoekster gaat voorts ervan uit dat het aan N Luxembourg uitgekeerde dividend (als dividend en/of interest en/of aflossing van schuld) via de betreffende beleggingsfondsen zal worden doorbetaald aan de aandeelhouders van die beleggingsfondsen. Verzoekster wist evenwel niet hoe deze dooruitdelingen zouden plaatsvinden of fiscaal zouden worden behandeld.

27. Daarop heeft de belastingraad ontkennend geantwoord op de vraag die T Danmark had gesteld in haar verzoek om een bindende inlichting. T Danmark is tegen deze bindende inlichting opgekomen bij de Landsskatteret (hoogste administratieve beroepsinstantie in belastingzaken), die een bevestigend antwoord heeft gegeven op die vraag.

28. Het ministerie van Financiën heeft bij de Østre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het oosten van Denemarken) beroep ingesteld tegen de beslissing van de Landsskatteret. Vervolgens heeft de Østre Landsret besloten een verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen.

IV. Procedure bij het Hof

29. De Østre Landsret heeft het Hof de volgende vragen voorgelegd:

„1) Is de mogelijkheid voor een lidstaat om zich te beroepen op artikel 1, lid 2, van de richtlijn, dat betrekking heeft op de toepassing van nationale voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken, onderworpen aan de voorwaarde dat de betrokken lidstaat een specifiek nationaal voorschrift ter uitvoering van artikel 1, lid 2, van de richtlijn heeft vastgesteld dan wel dat het nationale recht algemene voorschriften of beginselen inzake fraude en misbruik bevat die in overeenstemming met artikel 1, lid 2, kunnen worden uitgelegd?

1.1) Voor zover de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, kan § 2, lid 1, onder c), van de selskabsskattelov (wet op de vennootschapsbelasting), volgens welke ‚als voorwaarde geldt dat van de heffing van belasting over de dividenden wordt afgezien […] op grond van de bepalingen van richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten', dan worden aangemerkt als een specifiek nationaal voorschrift in de zin van artikel 1, lid 2, van de richtlijn?

2) 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 dividenden afhangt van de vraag of de ontvanger van dividend wordt aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde tot dit dividend, een verdragsrechtelijk voorschrift ter bestrijding van misbruik dat onder artikel 1, lid 2, van de richtlijn valt?

3) Indien het Hof de tweede vraag bevestigend beantwoordt, staat het dan aan de nationale rechterlijke instanties om de inhoud van het begrip ‚uiteindelijk gerechtigde' vast te leggen, of dient aan de uitlegging van dit begrip voor de toepassing van richtlijn 90/435 een specifieke Unierechtelijke opvatting ervan ten grondslag te worden gelegd die is onderworpen aan toetsing door het Hof van Justitie van de Europese Unie?

4) Indien het Hof de tweede vraag bevestigend beantwoordt en de derde vraag aldus dat het niet aan de nationale rechterlijke instanties staat om de inhoud van het begrip ‚uiteindelijk gerechtigde' vast te leggen, dient dit begrip dan aldus te worden uitgelegd dat een in een lidstaat gevestigde onderneming die in omstandigheden als die van het onderhavige geding dividenden ontvangt van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming, de ‚uiteindelijk gerechtigde' tot deze dividenden is in de betekenis die hieraan volgens het Unierecht dient te worden gegeven?

   a) Dient het begrip ‚uiteindelijk gerechtigde' in dezelfde zin te worden opgevat als het overeenkomstige begrip in artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (richtlijn interest en royalty's) (PB 2003, L 157, blz. 49)?

   b) Dienen bij de uitlegging van dat begrip enkel de commentaren bij artikel 10 van het modelverdrag van 1977 (punt 12) in aanmerking te worden genomen, of kunnen daarbij ook latere commentaren in aanmerking worden genomen, waaronder de aanvullingen uit 2003 over ‚doorstroomvennootschappen' en de aanvullingen uit 2014 over ‚contractuele en wettelijke verplichtingen'?

   c) In hoeverre is het voor de beoordeling van de vraag of de ontvanger van het dividend als de ‚uiteindelijk gerechtigde' dient te worden beschouwd, van belang of op hem een contractuele of wettelijke verplichting rustte om het dividend door te betalen aan een andere persoon?

d) In hoeverre is het voor de beoordeling of de ontvanger van het dividend dient te worden aangemerkt als de ‚uiteindelijk gerechtigde', 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 het ontvangen dividend door te betalen aan een andere persoon, maar ‚in wezen' niet het recht had op het ‚gebruik en genot' van het dividend, zoals bedoeld in de commentaren uit 2014 bij het modelverdrag van 1977?

5) Voor zover in de onderhavige zaak wordt aangenomen dat er sprake is van ‚nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken' in de zin van artikel 1, lid 2, van de richtlijn, dat een in een lidstaat gevestigde vennootschap (A) een dividend heeft uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij (B), die dit dividend heeft doorbetaald aan haar buiten de EU/EER gevestigde moedermaatschappij (C), die op haar beurt de middelen heeft doorbetaald aan haar eveneens buiten de EU/EER gevestigde moedermaatschappij (D), dat er geen dubbelbelastingverdrag is gesloten tussen eerstgenoemde staat en de staat waar C is gevestigd, en dat er wel een dubbelbelastingverdrag is gesloten tussen eerstgenoemde staat en de staat waar D is gevestigd, zodat eerstgenoemde staat op grond van zijn wettelijke regeling geen aanspraak had kunnen maken op bronbelasting over dividenden die door A aan D zijn uitgekeerd, indien D de rechtstreekse eigenaar van A was geweest, is er dan sprake van misbruik in de zin van de richtlijn, met als gevolg dat B niet door de richtlijn wordt beschermd?

6) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, staat artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU dan in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat belasting heft over het dividend dat de in de andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij heeft ontvangen, wanneer de betrokken lidstaat ingezeten moedermaatschappijen in voor het overige vergelijkbare omstandigheden vrijstelt van de heffing van belasting over dergelijke dividenden?

7) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat 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 het desbetreffende dividend beperkt belastingplichtig te zijn, staat artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU 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?

8) Indien het Hof de tweede vraag bevestigend beantwoordt en de derde vraag aldus dat het niet aan de nationale rechterlijke instanties staat om de inhoud van het begrip ‚uiteindelijk gerechtigde' vast te leggen, en indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet op die basis wordt geacht overeenkomstig richtlijn 90/435 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, is laatstgenoemde lidstaat dan krachtens richtlijn 90/435 of artikel 4, lid 3, VEU verplicht om mee te delen wie hij in dat geval als de uiteindelijk gerechtigde beschouwt?

9) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 90/435 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, staat artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU (dan wel artikel 63 VWEU) dan op zichzelf of gezamenlijk beschouwd in de weg aan een wettelijke regeling

   a) op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de dochteronderneming verplicht tot inhouding van bronbelasting op de dividenden en haar jegens de overheid aansprakelijk stelt voor de niet-ingehouden bronbelasting, wanneer een dergelijke inhoudingsplicht niet geldt als de moedermaatschappij in laatstgenoemde lidstaat gevestigd is;

   b) op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat moratoire interest over de verschuldigde bronbelasting in rekening brengt?

   Het Hof wordt verzocht bij de beantwoording van de negende vraag rekening te houden met het antwoord op de zesde en de zevende vraag.

10) Staat artikel 63 VWEU, in omstandigheden waarin

   1. een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) voldoet aan de door richtlijn 90/435 gestelde voorwaarde dat zij (in 2011) ten minste 10 % van het aandelenkapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) bezat,

   2. de moedermaatschappij in concreto niet wordt geacht overeenkomstig artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van deze dochteronderneming heeft ontvangen,

   3. de (directe of indirecte) aandeelhouder(s) van de moedermaatschappij, die in een derde land is (zijn) gevestigd, wordt (worden) beschouwd als de uiteindelijk gerechtigde(n) tot het betrokken dividend,

   4. en deze (directe of indirecte) aandeelhouder(s) eveneens voldoet (voldoen) aan bovengenoemd kapitaalvereiste,

   in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan de lidstaat waar de dochteronderneming is gevestigd, belasting heft over het betrokken dividend, wanneer deze lidstaat ingezeten ondernemingen die voldoen aan het kapitaalvereiste van richtlijn 90/435, dat wil zeggen in het belastingjaar 2011 ten minste 10 % bezaten van het aandelenkapitaal van de onderneming die het dividend heeft uitgekeerd, vrijstelt van de heffing van belasting over dergelijke dividenden?”

30. Bij beschikking van 13 juli 2016 zijn de zaken C-116/16 en C-117/16 gevoegd. In de gevoegde procedure voor het Hof zijn over de prejudiciële vragen schriftelijke opmerkingen ingediend door T Danmark, Y Denmark Aps, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, 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, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 – is deelgenomen door T Danmark, Y Denmark Aps, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, het Groothertogdom Luxemburg en de Europese Commissie.

V. Juridische beoordeling

A. Vaststelling van de ontvanger van het dividend in het geval van misbruik door de belastingplichtige (vragen 1 tot en met 5)

31. Tussen de deelnemers aan de procedure is niet in geschil dat de in het geding zijnde dividenden in beginsel binnen de werkingssfeer van de moeder-dochterrichtlijn vallen. Bijgevolg zou Denemarken, als lidstaat van vestiging van de uitkerende vennootschap, de dividenden op grond van artikel 5 van deze richtlijn moeten vrijstellen van bronbelasting. Blijkbaar is Denemarken evenwel van mening dat de weigering van de vrijstelling van bronbelasting gerechtvaardigd is op grond van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn. Volgens deze bepaling vormt de richtlijn geen beletsel voor de toepassing van nationale voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken.

32. Met zijn prejudiciële vragen 1 tot en met 5 wenst de verwijzende weliswaar in de eerste plaats te vernemen of een lidstaat zich ter bestrijding van fraude en misbruik alleen op artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn kan beroepen wanneer hij een nationale regeling ter omzetting van die bepaling heeft vastgesteld (B.1), en zo ja, of § 2, lid 1, onder c), van de wet op de vennootschapsbelasting of een dubbelbelastingverdrag waarin het begrip „uiteindelijk gerechtigde" wordt gebruikt, als een dergelijke toereikende omzetting van die bepaling kan worden beschouwd (B.2). Indien dit het geval is, wenst de verwijzende rechter te vernemen door wie en hoe het begrip „uiteindelijk gerechtigde" moet worden uitgelegd.

33. Al deze vragen doen echter alleen ter zake indien überhaupt aan de voorwaarden van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn is voldaan. Daarvoor moet er in casu sprake zijn van fraude of misbruik van de vrijstelling van bronbelasting door T Danmark. De vijfde vraag moet dan ook het eerst worden beantwoord.

34. In dit verband zij om te beginnen evenwel opgemerkt dat de vijfde vraag van de verwijzende rechter niet strookt met de verstrekte feitelijke gegevens. De moedermaatschappij (N Luxembourg) van de vennootschap die de dividenden ontvangt (N Luxembourg 2), is in Luxemburg gevestigd, en niet – zoals de prejudiciële vraag suggereert – in een derde land. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing valt evenmin op te maken of aandeelhouders van deze „grootmoedermaatschappij" in een derde land zijn gevestigd, en zo ja, welke aandeelhouders dit zijn. Alleen al om deze reden is het eigenlijk onmogelijk om te beoordelen of er sprake is van misbruik. Niettemin kan het Hof de verwijzende rechter dienaangaande enkele nuttige aanwijzingen geven.

35. Daarom zal ik toelichten onder welke voorwaarden kan worden aangenomen dat er sprake is van misbruik als bedoeld in de moeder-dochterrichtlijn (2). Daaraan voorafgaand zal ik de draagwijdte van het uit artikel 5, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn voortvloeiende verbod op de heffing van bronbelasting nader onderzoeken (1).

1. De ratio van het in artikel 5, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn neergelegde verbod op de heffing van bronbelasting

36. Zoals uit de derde overweging van de moeder-dochterrichtlijn blijkt, beoogt deze richtlijn door de invoering van een gemeenschappelijke fiscale regeling iedere benadeling van de samenwerking tussen vennootschappen uit verschillende lidstaten ten opzichte van de samenwerking tussen vennootschappen van dezelfde lidstaat op te heffen en zo de hergroepering van vennootschappen op het niveau van de Unie te vergemakkelijken. De richtlijn beoogt dus de fiscale neutraliteit van de winstuitkering door een in een lidstaat gevestigde dochteronderneming aan haar in een andere lidstaat

gevestigde moedermaatschappij.[5]

37. Daartoe laat artikel 4, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn de lidstaten de keuze tussen twee stelsels, te weten een stelsel van vrijstelling en een stelsel van verrekening. In overeenstemming met de overwegingen 7 en 9 van deze richtlijn wordt in deze bepaling namelijk gepreciseerd dat wanneer een moedermaatschappij op grond van haar deelgerechtigdheid in de dochteronderneming uitgekeerde winst ontvangt buiten het geval waarin de dochteronderneming wordt geliquideerd, de lidstaat van de moedermaatschappij ofwel de winst slechts belast voor zover deze door de dochteronderneming kan worden afgetrokken, ofwel de winst belast maar daarbij toestaat dat de moedermaatschappij van de verschuldigde belasting het gedeelte van de belasting aftrekt dat betrekking heeft op die winst en betaald is door de dochteronderneming of enigerlei kleindochteronderneming.[6]

38. Artikel 4 van de moeder-dochterrichtlijn beoogt dus te vermijden dat de door een niet-ingezeten dochteronderneming aan een ingezeten moedermaatschappij uitgekeerde winst eerst wordt belast bij de dochteronderneming in haar staat van vestiging en vervolgens nog eens bij de moedermaatschappij in haar staat van vestiging.[7]

39. Artikel 4 van de moeder-dochterrichtlijn ziet op economische dubbele belasting, aangezien dividenden in de regel afkomstig zijn uit belaste inkomsten van de dochteronderneming (dat wil zeggen inkomsten waarover in een lidstaat reeds vennootschapsbelasting is geheven) en behoren tot de inkomsten van de moedermaatschappij (zodat daarover opnieuw vennootschapsbelasting wordt geheven in een andere lidstaat). Binnen een groter concern hangt de belastingdruk dan ook af van het aantal lagen waaruit het concern bestaat, waarvoor meestal organisatorische redenen bestaan. Artikel 4 van de moeder-dochterrichtlijn houdt zodoende ook rekening met het feit dat het aantal rechtspersonen naar believen kan worden vermenigvuldigd, zonder dat er iets verandert aan de individuen daarachter en dus aan de winst die deze behalen met de activiteiten die door middel van die rechtspersonen worden verricht.

40. Deze gedachte wordt vervolledigd door artikel 5, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn, in die zin dat tevens de door een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitgekeerde winst van de inhouding van bronbelasting moet worden vrijgesteld om de belastingneutraliteit te verzekeren.[8] Zo formuleert artikel 5, lid 1, van die richtlijn ter voorkoming van dubbele belasting het principiële verbod op de heffing van bronbelasting over winst die door een in een lidstaat gevestigde dochteronderneming wordt uitgekeerd aan haar moedermaatschappij die is gevestigd in een andere lidstaat.[9]

41. Door de lidstaten te verbieden bronbelasting in te houden op winst die door een ingezeten dochteronderneming wordt uitgekeerd aan haar niet-ingezeten moedermaatschappij, beperkt artikel 5, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn de bevoegdheid van de lidstaten om belasting te heffen over winst die op hun grondgebied gevestigde vennootschappen uitkeren aan vennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd.[10] Derhalve kunnen de lidstaten niet eenzijdig beperkende maatregelen vaststellen en verschillende voorwaarden verbinden aan het bij dat artikel 5, lid 1, toegekende recht op

5 Arresten van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 20; 17 mei 2017, AFEP e.a., C-365/16, EU:C:2017:378, punt 21, en 8 maart 2017, Wereldhave Belgium e.a., C-448/15, EU:C:2017:180, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

6 Arresten van 17 mei 2017, X, C-68/15, EU:C:2017:379, punt 71; 17 mei 2017, AFEP e.a., C-365/16, EU:C:2017:378, punt 22, en 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04, EU:C:2006:774, punt 44.

7 Arrest van 17 mei 2017, AFEP e.a., C-365/16, EU:C:2017:378, punt 24.

8 Arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 21.

9 Arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 22. Zie in die zin ook arrest van 17 oktober 1996, Denkavit e.a., C-283/94, C-291/94 en C-292/94, EU:C:1996:387, punt 22, en 25 september 2003, Océ van der Grinten, C-58/01, EU:C:2003:495, punt 83.

10 Arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 23. Zie in die zin ook arrest van 1 oktober 2009, Gaz de France – Berliner Investissement, C-247/08, EU:C:2009:600, punt 38.

vrijstelling van bronbelasting.[11] Het recht op vrijstelling van bronbelasting hangt dan ook niet af van de voorwaarde dat de aandeelhouders van de moedermaatschappij in de betrokken lidstaat zijn gevestigd of dat degene die dividend uitkeert, uiteenzet hoe de ontvanger het dividend verder zal gebruiken.

42. Artikel 5, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn is erop gericht een verdere (thans veeleer juridische) dubbele belasting te voorkomen. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, wordt bij de heffing van bronbelasting namelijk in wezen belasting geheven ten laste van de ontvanger van de inkomsten (in dit geval het dividend).[12] De heffing van bronbelasting in de staat van vestiging van degene die dividend uitkeert, vormt dus geen opzichzelfstaande soort belasting, maar slechts een bijzondere wijze van belastingheffing. Dat bronbelasting wordt geheven ten laste van degene die dividend uitkeert, en dat daarnaast op de „normale" wijze ten laste van de ontvanger van het dividend belasting wordt geheven door diens lidstaat van vestiging, leidt per definitie tot een dubbele belasting en in de regel ook tot een benadeling ten opzichte van de situatie waarin hetzelfde geval zich in het binnenland voordoet.

43. Met name wanneer sprake is van complexe concernstructuren die zich over meerdere landen uitstrekken, zou zonder vrijstelling op beide niveaus het hierboven vermelde cascade-effect worden verveelvoudigd indien ook nog elke keer bronbelasting werd geheven. Het ligt voor de hand aan te nemen dat de interne markt daardoor ongunstig zou worden beïnvloed.

44. Met het oog op het voorkomen van een dergelijke cascadegewijze economische en juridische dubbele belasting is het echter niet van belang of de ontvanger van het dividend tevens de „uiteindelijk gerechtigde" tot het dividend is of een vergelijkbare positie bekleedt. Beslissend is veeleer of degene die het dividend heeft uitgekeerd, onderworpen werd aan vennootschapsbelasting, en of de ontvanger van het dividend daarover opnieuw vennootschapsbelasting verschuldigd is. Hetzelfde geldt voor het verbod op de heffing van bronbelasting. Daarvoor is beslissend of over de dividendinkomsten vennootschapsbelasting wordt geheven in de lidstaat van vestiging. Dit is in casu uitdrukkelijk bevestigd door de Luxemburgse belastingautoriteiten.

45. In zoverre is het volstrekt logisch dat de moeder-dochterrichtlijn (anders dan de richtlijn interest en royalty's[13]) „enkel" in aanmerking neemt dat een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij (vanaf een bepaald deelnemingspercentage) winst uitkeert. Aangezien dividenden – anders dan interestbetalingen – in beginsel geen exploitatie-uitgaven vormen waardoor de winst vermindert, is het ook begrijpelijk dat de moeder-dochterrichtlijn – gelet op de bewoordingen ervan – geen andere materiële criteria bevat (zoals de ontvangst van dividend in eigen naam en voor eigen rekening of iets dergelijks).

46. Het recht om dividend te ontvangen berust per slot van rekening op de vennootschapsrechtelijke positie van moedermaatschappij, die alleen in eigen naam kan worden bekleed. Tevens is het nauwelijks denkbaar dat een moedermaatschappij voor rekening van een derde handelt. In elk geval kan dit niet uitsluitend worden afgeleid uit het feit dat er een „grootmoedermaatschappij" bestaat. Bijgevolg is artikel 5, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn in beginsel van toepassing op alle dividenden die door een dochteronderneming worden uitgekeerd aan haar in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij, mits de betrokken vennootschap voldoet aan de voorwaarden van artikel 2 van die richtlijn, wat in casu ontegenzeglijk het geval is.

11 Arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 24, en beschikking van 4 juni 2009, KBC Bank en Beleggen, Risicokapitaal, Beheer, C-439/07 en C-499/07, EU:C:2009:339, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

12 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.

13 Richtlijn 2003/49.

47. Hieraan worden slechts beperkingen gesteld door artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn, volgens welke bepaling deze richtlijn geen beletsel vormt voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken.

2. Het begrip „misbruik" in het Unierecht

48. Artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn vormt een uitdrukking van het algemene Unierechtelijke beginsel dat niemand zich kan beroepen op rechten waarin het rechtsstelsel van de Unie voorziet, wanneer dit misbruik of fraude oplevert.[14] 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.[15]

49. Daarbij kunnen aan de bewoordingen van de betreffende bepaling geen nadere aanwijzingen worden ontleend omtrent de wijze waarop het begrip „misbruik" voor de toepassing van die bepaling moet worden opgevat.[16] Als uitzonderingsbepaling moet artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn echter restrictief worden uitgelegd.[17] Wat maatregelen ter bestrijding van misbruik betreft, vereist met name ook het rechtszekerheidsbeginsel deze restrictieve uitlegging. Wanneer een persoon formeel gesproken voldoet aan alle voorwaarden om zich te beroepen op een recht, mag het namelijk slechts in bijzondere gevallen geoorloofd zijn hem dat recht te ontzeggen op grond van een bezwaar dat verband houdt met misbruik.

50. Niettemin kunnen aan andere richtlijnen van de Europese Unie aanknopingspunten worden ontleend voor de beoordeling of sprake is van misbruik. Zo noemt artikel 11, lid 1, onder a), van de fusierichtlijn[18] 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 belastingontwijkingspraktijken[19] (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.

51. 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

14 Arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 26, en mijn conclusie in de zaak Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:34, punt 24.

15 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.

16 Vgl. daarentegen onder meer artikel 15 van richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 (fusierichtlijn, PB 2009, L 310, blz. 34).

17 Zie arresten van 17 oktober 1996, Denkavit e.a., C-283/94, C-291/94 en C-292/94, EU:C:1996:387, punt 27; 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, EU:C:1997:369, punten 38 en 39, 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, punt 37; 11 december 2008, A.T., C-285/07, EU:C:2008:705, punt 31; 20 mei 2010, Zwijnenburg, C-352/08, EU:C:2010:282, punt 46, en 10 november 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais, C-126/10, EU:C:2011:718, punt 44.

18 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).

19 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).

normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.[20] Zoals het Hof inmiddels ook meermaals heeft geoordeeld, is van een dergelijke constructie niet alleen sprake wanneer de constructie in kwestie uitsluitend[21] gericht is op het verkrijgen van een belastingvoordeel, maar ook wanneer zij daarop in wezen gericht is.[22]

52. De betreffende rechtspraak van het Hof omvat daarmee 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 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.[23]

53. 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.[24] Deze algemene beoordeling moet worden verricht door de verwijzende rechter.[25] Niettemin kan het Hof hem nuttige aanwijzingen geven[26] 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.[27]

3. Criteria voor het onderhavige geval

a) Het bestaan van een volstrekt kunstmatige constructie

54. 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 bij lange na niet toereikend. Daarbij komt dat het aan de verwijzende rechter staat om deze feiten te beoordelen. Het Hof kan slechts aanwijzingen geven.

20 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.

21 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, Ampliscientifica en Amplifin, C-162/07, EU:C:2008:301, punt 28.

22 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.

23 Aldus uitdrukkelijk arrest van 22 november 2017, Cussens e.a., C-251/16, EU:C:2017:881, punt 60.

24 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.

25 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.

26 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.

27 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.

55. 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.[28] 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 te verwezenlijken, kan de constructie in kwestie niet worden geacht geen verband te houden met de economische realiteit.

56. Ook het feit dat de ontvanger van het dividend zijn winst op zijn beurt uitkeert aan zijn aandeelhouders, is geen reden om aan te nemen dat sprake is van een kunstmatige constructie. Beleggingsfondsen hebben tot doel de winst die zij hebben behaald uit hun inkomsten (daaronder begrepen inkomsten uit vermogen, zoals dividenden), op zeker tijdstip uit te keren aan hun aandeelhouders. Uit de moeder-dochterrichtlijn kan niet worden afgeleid dat de vrijstelling van bronbelasting op grond van artikel 5, lid 1, van deze richtlijn (en eventueel ook de vrijstelling van belasting over dividenden op grond van artikel 4 van die richtlijn) behoort af te hangen van het door de moedermaatschappij gevoerde uitkeringsbeleid. Het hierboven beschreven cascade-effect, dat door de richtlijn moet worden voorkomen (zie dienaangaande de punten 36 en volgende hierboven) doet zich namelijk juist in sterkere mate voor bij dooruitdeling.

57. Hetzelfde geldt voor het feit dat de aandeelhouders van de grootmoedermaatschappij (de beleggingsfondsen) mogelijkerwijs in derde landen zijn gevestigd. Het Hof heeft namelijk ook reeds geoordeeld dat de omstandigheid dat de vennootschap die het dividend ontvangt, direct of indirect wordt gecontroleerd door niet in de Unie gevestigde personen, op zich niet het vermoeden wettigt dat van de vrijstelling van bronbelasting wordt gebruikgemaakt op een wijze die misbruik oplevert.[29] Aldus zou de belastingplichtige immers systematisch het bewijs moeten leveren dat er voor die omstandigheid niet-fiscale redenen bestaan, zonder dat de belastingdienst verplicht zou zijn om toereikende aanwijzingen voor belastingontwijking te verschaffen.[30]

58. De weigering van de vrijstelling van bronbelasting zou in zoverre berusten op een algemeen vermoeden dat belasting zal worden ontweken. Een dergelijk vermoeden is echter niet geoorloofd.[31] De objectieve en verifieerbare elementen van het concrete geval dienen altijd te worden onderzocht.[32] In casu zijn er echter geen aanwijzingen dat er sprake is van een kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit. De door de Luxemburgse belastingautoriteiten afgegeven verklaring (zie punt 22 hierboven) pleit veeleer tegen het bestaan van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit.

59. 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. In dit verband heeft het Hof met betrekking tot de moeder-dochterrichtlijn ook reeds geoordeeld dat participatieconstructies die enkel zijn opgezet om te profiteren van de

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

29 Arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punten 27 e.v.

30 Arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 29, en 5 juli 2012, SIAT, C-318/10, EU:C:2012:415, punt 55.

31 Zie arresten van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 30; 4 maart 2004, Commissie/Frankrijk, C-334/02, EU:C:2004:129, punt 27; 9 november 2006, Commissie/België, C-433/04, EU:C:2006:702, punt 35; 28 oktober 2010, Établissements Rimbaud, C-72/09, EU:C:2010:645, punt 34, en 5 juli 2012, SIAT, C-318/10, EU:C:2012:415, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

32 Zie arresten van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 30; 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, EU:C:1997:369, punten 41 en 44; 9 maart 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, punt 25; 21 november 2002, X en Y, C-436/00, EU:C:2002:704, punt 42; 20 mei 2010, Zwijnenburg, C-352/08, EU:C:2010:282, punt 44, en 10 november 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais, C-126/10, EU:C:2011:718, punt 37.

belastingvoordelen waarin deze richtlijn voorziet, een vorm van misbruik opleveren.[33] In zoverre geldt ook voor de toepassing van de moeder-dochterrichtlijn dat de constructie moet zijn ingegeven door zakelijke overwegingen. Het louter nastreven van een zuiver fiscaal voordeel zonder verband met een zakelijke realiteit wordt niet beschermd.[34]

b) In aanmerking te nemen niet-fiscale redenen

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

61. Volgens de rechtspraak van het Hof levert 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.[35] Dat bij de keten van deelnemingen ook vennootschappen uit Luxemburg zijn betrokken, volstaat derhalve als zodanig nog niet om van misbruik uit te gaan.

62. 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.[36] 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.[37] 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.

63. 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.[38] Derhalve kan een transactiestructuur als de onderhavige, waarbij een lidstaat is betrokken die geen bronbelasting heft, niet reeds enkel om die reden als misbruik worden aangemerkt.

33 Zie arrest van 17 oktober 1996, Denkavit e.a., C-283/94, C-291/94 en C-292/94, EU:C:1996:387, punt 31.

34 Zie arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 26. Zie, met betrekking tot de fusierichtlijn, arresten van 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, EU:C:1997:369, punt 47, en 10 november 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais, C-126/10, EU:C:2011:718, punt 34.

35 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.

36 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.

37 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.

38 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.

64. 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-recht [39], dan is het a fortiori van toepassing op het in mindere mate geharmoniseerde gebied van winstbelastingen, waarop een verschil tussen de fiscale regelingen [40] van de onderscheiden lidstaten Unierechtelijk wordt nagestreefd dan wel bewust om politieke redenen wordt aanvaard.

65. 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. [41] Dat de aandeelhouders van T Danmark in Luxemburg en de aandeelhouders van haar moedermaatschappij in een derde land zijn gevestigd, levert op zichzelf beschouwd dan ook geen misbruik op.

c) Handelwijze in strijd met het doel van de wet

66. Meer gewicht zou eventueel het feit in de schaal leggen dat de uiteindelijke ontvangers van de dividenden – in dit geval de beleggingsfondsen, ongeacht of zij al dan niet als fiscaal transparant moeten worden beschouwd – zijn gevestigd in bepaalde derde landen (doorgaans op bepaalde kleinere eilanden als de Kaaimaneilanden [42], Bermuda [43] of Jersey [44]), die erom bekendstaan dat zij niet samenwerken met de belastingautoriteiten van andere staten. Dit zou mogelijkerwijs kunnen duiden op een over het geheel genomen ongewone handelwijze, waarvoor de economische reden niet meteen duidelijk is.

67. In de onderhavige zaak zijn echter geen gegevens voorhanden over de vestigingsplaats van de aandeelhouders aan de top van de vennootschapsstructuur (dat wil zeggen de beleggingsfondsen). Niettemin kan het Hof de verwijzende rechter enkele nuttige aanwijzingen geven.

68. Mochten de beleggingsfondsen daadwerkelijk in dergelijke derde landen zijn gevestigd, dan zou de constructie in haar geheel niet zozeer wegens de „tussenschakeling" van Luxemburgse vennootschappen als wel wegens het „vestigen" van die 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?

69. Allereerst moet worden geconstateerd dat Denemarken niet de mogelijkheid is ontnomen belasting te heffen over de winst van de werkmaatschappij (T Danmark). Over deze winst is geheel normaal belasting geheven in de staat van vestiging (dat wil zeggen in Denemarken). De dividenden werden dan ook reeds onderworpen aan de Deense vennootschapsbelasting.

39 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.

40 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.

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

42 Aldus in zaak C-119/16.

43 Aldus in zaak C-117/16.

44 Aldus in zaak C-299/16.

70. De twee Luxemburgse vennootschappen (moedermaatschappij en grootmoedermaatschappij) zijn in Luxemburg onbeperkt belastingplichtig en hun inkomsten zijn aldaar aan vennootschapsbelasting onderworpen. Derhalve is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2 van de moeder-dochterrichtlijn. Dat de dividenden in Luxemburg worden vrijgesteld van belasting, strookt met het doel van de richtlijn en neemt in aanmerking dat reeds Deense vennootschapsbelasting is geheven.

71. De omstandigheid dat Luxemburg geen bronbelasting heft over dividenden die worden uitgekeerd aan aandeelhouders die zijn gevestigd in derde landen, doet in dit verband niet ter zake. Deze beslissing is het gevolg van de fiscale autonomie waarover elke staat beschikt. 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

72. Op de keper beschouwd wordt door het inschakelen van de Luxemburgse vennootschappen uiteindelijk „slechts" voorkomen dat in Denemarken bronbelasting wordt geheven over de dividenduitkeringen. Zoals hierboven reeds is vermeld (zie punt 42), wordt bij de heffing van bronbelasting evenwel eigenlijk belasting geheven ten laste van de ontvanger van de inkomsten (in dit geval de dividenden).[45] Dit geschiedt doordat bij de uitbetaling een deel van de inkomsten reeds bij de bron door de betaler moet worden ingehouden.

73. De heffing van bronbelasting in de staat waar de schuldenaar van het dividend 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 het dividend te verzekeren. Met name 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 het dividend 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.

74. 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 het dividend) is enkel sprake indien aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet Denemarken bij directe betalingen een belastingvordering hebben (zie dienaangaande punten 88 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.

75. Indien dus zou moeten worden aangenomen dat de reden voor de gekozen transactiestructuur er (mede) in bestaat dividenden via een derde land uit te keren 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.

76. 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 73 hierboven). Ook dit aspect moet de rechter in zijn algemene beoordeling betrekken.

45 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.

d) Conclusie met betrekking tot de vijfde vraag

77. Van het ontwijken van de heffing van bronbelasting over dividenduitkeringen aan beleggingsfondsen die zijn gevestigd in derde landen, is met name sprake wanneer de heffing van belasting over de dividenden ten laste van de eigenlijke ontvangers ervan (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 die investeerders te beletten. Het staat aan de verwijzende rechter om dit te beoordelen.

4. Uitlegging van de moeder-dochterrichtlijn overeenkomstig de commentaren bij het OESO-modelverdrag? (vragen 3 en 4)

78. Met zijn derde en zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de weigering van de uit de moeder-dochterrichtlijn voortvloeiende vrijstelling van bronbelasting op grond van een door Denemarken met een andere staat gesloten volkenrechtelijk verdrag (te weten een dubbelbelastingverdrag) in wezen moet worden gebaseerd op een Unierechtelijke uitlegging die is onderworpen aan toetsing door het Hof. Daarnaast wenst hij te vernemen of bij een dergelijke uitlegging in overeenstemming met het Unierecht 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.

79. In de latere commentaren bij het OESO-modelverdrag worden zogenoemde doorstroomvennootschappen namelijk 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.

80. Indien een lidstaat een uit het Unierecht voortvloeiende belastingvrijstelling wenst te beperken ten nadele van particulieren, moet een dergelijke beperkende regeling altijd worden uitgelegd in het licht van het Unierecht. Om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te kunnen geven, moet daarom de moeder-dochterrichtlijn worden uitgelegd. Mogelijkerwijs dienen bij deze uitlegging van het Unierecht ook modelverdragen van de OESO en de commentaren daarbij in aanmerking te worden genomen.

81. De modelverdragen van de OESO behoren evenwel niet tot het Unierecht en zijn ook niet juridisch bindend voor het Hof. Zij zijn geen 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 namelijk te overwegen of zij het al dan niet passend achten die aanbevelingen op te volgen.[46] Dit geldt a fortiori voor de door de OESO opgestelde commentaren, die uiteindelijk slechts rechtsopvattingen behelzen.

46 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.

82. 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.[47] Dit geldt ook voor het in aanmerking nemen van de internationale rechtsovertuiging, die tot uitdrukking kan komen in de commentaren bij het OESO-modelverdrag.

83. De commentaren bij de OESO-modelverdragen kunnen evenwel niet rechtstreeks van invloed zijn op de uitlegging van een richtlijn van de Europese Unie (en dus ook niet op een uitlegging van het nationale recht in overeenstemming met het Unierecht). 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.

84. 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.[48] 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.

85. Derhalve kan op de prejudiciële vragen 3 en 4 worden geantwoord dat aan de moeder-dochterrichtlijn een autonome Unierechtelijke uitlegging dient te worden gegeven, los van artikel 10 van het OESO-modelverdrag van 1977 en latere versies daarvan.

86. Voorts vraagt de verwijzende rechter in wezen of de gerechtigde tot de dividenden in de zin van de moeder-dochterrichtlijn op dezelfde wijze moet worden begrepen als de uiteindelijk gerechtigde in de zin van de richtlijn interest en royalty's. Ook deze vraag kan ontkennend worden beantwoord. Zoals ik hierboven (in punt 36) heb uiteengezet, wordt in de moeder-dochterrichtlijn namelijk een andere benadering gevolgd dan in de richtlijn interest en royalty's, en wordt het begrip „uiteindelijk gerechtigde" daarom bewust niet gebruikt.

B. Aanwijzing van de werkelijke ontvanger van het dividend (vraag 8)

87. Met zijn achtste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de lidstaat die niet wil erkennen dat de ontvanger van het dividend tevens de begunstigde is in de zin van de moeder-dochterrichtlijn, omdat deze ontvanger volgens die lidstaat slechts een zogenoemde kunstmatige doorstroomvennootschap is, verplicht is om mee te delen wie hij als de werkelijke ontvanger van het dividend beschouwt. In wezen stelt de verwijzende rechter aldus de kwestie van de bewijslast voor het bestaan van misbruik aan de orde.

47 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-513/03, 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.

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

88. 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 verzoekster in het hoofdgeding rechtstreeks dividend zou uitkeren aan de beleggingsfondsen. Een dergelijke „normale constructie" zou ook moeten resulteren in een hogere belastingdruk.

89. 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". [49] Indien daaruit blijkt dat het wezenlijke doel [50] van de betreffende transactie er niet in 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.

90. Uit de rechtspraak van het Hof [51] 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 werkelijke ontvanger van het dividend is.

91. Ten aanzien van Denemarken kan misbruik in de zin van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn zich enkel voordoen indien bij een rechtstreekse uitkering van het dividend 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 werkelijke ontvanger van het dividend eveneens een in een andere lidstaat gevestigde onderneming is, dan wel dat de ontvanger van het dividend 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.

92. Derhalve kan op de achtste vraag worden geantwoord dat de lidstaat die niet wil erkennen dat een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap – waaraan het dividend is uitgekeerd – de ontvanger van het dividend is, bij de aanname van misbruik in beginsel moet meedelen wie volgens hem de werkelijke ontvanger van het dividend 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.

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

50 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.

51 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.

C. Mogelijkheid om zich te beroepen op artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn (vragen 1, 1.1 en 2)

93. Met zijn vragen 1, 1.1 en 2 wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of Denemarken zich rechtstreeks op artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn kan beroepen om de belastingplichtige de vrijstelling van bronbelasting te weigeren waarin artikel 5, lid 1, van die richtlijn voorziet (1). Mocht dit niet het geval zijn, dan dient te worden gepreciseerd of Denemarken met het in het geding zijnde nationale recht artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn niettemin naar behoren heeft omgezet (2).

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

94. Ook al zou volgens de hierboven genoemde criteria sprake zijn van misbruik in de zin van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn, het blijft een feit dat het onderhavige geval wordt gekenmerkt door de bijzondere omstandigheid dat het Deense recht geen specifiek voorschrift tot omzetting van die bepaling bevatte. Ook bestond er volgens de verwijzende rechter geen algemene wettelijke bepaling ter voorkoming van misbruik. Sommige partijen in de procedure zijn daarom van mening dat de uit het nationale recht voortvloeiende belastingvrijstelling hun zelfs niet kan worden ontzegd indien wordt aangenomen dat sprake is van misbruik.

95. Een formele overname van richtlijnbepalingen (in casu artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn) 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. [52]

96. 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 het dividend formeel gezien daadwerkelijk eerst aan de Luxemburgse vennootschappen is betaald.

97. Artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn 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. [53] Daarom zijn ook 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 beginsel [54] is inmiddels neergelegd in artikel 6 van richtlijn 2016/1164.

52 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.

53 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).

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; 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.

98. In zoverre moeten alle nationale regelingen, ongeacht of zij al dan niet zijn vastgesteld met het oog op de omzetting van de moeder-dochterrichtlijn, worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met dat algemene rechtsbeginsel en inzonderheid met zowel de bewoordingen als de doelstellingen van de moeder-dochterrichtlijn en met artikel 1, lid 2, daarvan.[55] Tegen een uitlegging van het nationale recht in overeenstemming met het Unierecht pleit niet dat deze mogelijkerwijs bezwarend is voor particulieren. Het is immers geoorloofd dat een indirecte toepassing van het Unierecht via bepalingen van nationaal recht bezwarend is voor particulieren.[56]

99. Alleen een voor verzoekster bezwarende rechtstreekse toepassing van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn is de Deense autoriteiten – mede om redenen van rechtszekerheid[57] – niet toegestaan. Zo kan een lidstaat een particulier geen richtlijnbepaling tegenwerpen die hij zelf niet heeft omgezet.[58] Zo is het 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.[59] Mocht een 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.

100. 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 de moeder-dochterrichtlijn vallen, is dit beginsel namelijk specifiek tot uitdrukking gebracht en geconcretiseerd in artikel 1, lid 2, van deze richtlijn.[60] 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 de moeder-dochterrichtlijn – 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.[61]

55 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.

56 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.

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

58 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.

59 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.

60 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.

61 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.

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

101. Aan die vaststelling wordt niet afgedaan door de arresten van het Hof in de zaken Italmoda en Cussens.[62] 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.

102. 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.

103. Daarnaast zijn de lidstaten krachtens artikel 325, leden 1 en 2, VWEU Unierechtelijk verplicht om (op doeltreffende wijze) belasting over de toegevoegde waarde te heffen[63], 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.[64] Een rechtstreekse toepassing van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn in het nadeel van de belastingplichtigen is dan ook uitgesloten.[65]

3. Bestaan van een specifiek tegen misbruik gerichte nationale bepaling

104. 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.

105. 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.[66]

106. Daarom kan op de vragen 1.1 en 2 worden geantwoord dat noch § 2, lid 1, onder c), van de Deense wet op de vennootschapsbelasting noch een regeling in een dubbelbelastingverdrag op grond waarvan bij de heffing van belasting over uitgekeerd dividend in aanmerking wordt genomen wie de uiteindelijk gerechtigde is, als toereikende omzetting van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn kan worden beschouwd.

62 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.

63 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.

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

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

66 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.

107. 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 nu 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 Denemarken artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn niet uitdrukkelijk heeft omgezet, doet dus niet ter zake. Het staat evenwel aan de nationale rechter dit nader te beoordelen.

108. 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 53 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.[67] 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.

109. Wanneer de betreffende constructie tot doel heeft te voorkomen dat belasting wordt geheven ten laste van de eigenlijke beleggers, is er ondanks de formele uitkering van dividend aan de Luxemburgse moedermaatschappij economisch beschouwd sprake van een uitkering van dividend aan de beleggingsfondsen of hun beleggers. Alsdan weerspiegelt de uitkering aan de Luxemburgse moedermaatschappij slechts de civielrechtelijke (formele) realiteit en niet de economische realiteit.

D. Schending van fundamentele vrijheden (vragen 6, 7, 9 en 10)

110. Aangezien er in casu geen reden is om aan te nemen dat het in artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn neergelegde verbod op de heffing van bronbelasting niet behoort te worden toegepast, behoeft niet meer te worden ingegaan op de vragen 6, 7, 9 en 10 van de verwijzende rechter.

111. Mocht de verwijzende rechter bij een toepassing van de nationaalrechtelijke beginselen in overeenstemming met het Unierecht niettemin tot de slotsom komen dat er sprake is van een constructie die misbruik oplevert, is eventueel bronbelasting verschuldigd. Alsdan zijn de vragen 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.[68]

112. 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.[69] Dit geldt ook voor binnen- en buitenlandse ontvangers van dividend. Zelfs indien deze situaties wel vergelijkbaar

67 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.

68 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.

69 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.

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 dividend, niet hoger is dan de Deense vennootschapsbelasting die een binnenlandse ontvanger van dividend verschuldigd is.[70]

113. Hetzelfde geldt voor het feit dat de Deense vennootschapsbelastingschuld van de ontvanger van het dividend ontstaat op een ander tijdstip dan de door Denemarken aan de betaler van het dividend 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 het dividend een belasting wordt ingehouden en afgedragen die in wezen door een andere persoon verschuldigd is (namelijk de door 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 73).

114. Ten aanzien van de tiende vraag zij opgemerkt dat deze betrekking heeft op een hypothetische situatie. De verwijzende rechter heeft niet meegedeeld wat het deelnemingspercentage van de (directe of indirecte) aandeelhouders van de grootmoedermaatschappij van T Danmark is, noch welke van deze aandeelhouders in een derde land is gevestigd. Uit het bovengenoemde verzoek van T Danmark om een bindende inlichting kan slechts worden afgeleid dat een deel van de beleggers waarschijnlijk in de Verenigde Staten is gevestigd. Wat het deelnemingspercentage betreft, is dan ook sprake van een hypothetische situatie. Het Hof is echter niet gehouden hypothetische vragen te beantwoorden.[71]

VI. Conclusie

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

„1) Op vraag 1 dient te worden geantwoord dat een lidstaat zich niet kan beroepen op artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn wanneer hij die bepaling niet heeft omgezet.

2) Op de vragen 1.1 en 2 dient te worden geantwoord dat noch § 2, lid 1, onder c), van de Deense wet op de vennootschapsbelasting noch een met artikel 10 van het modelverdrag van de OESO corresponderende regeling in een dubbelbelastingverdrag kan worden beschouwd als toereikende omzetting van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn. 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.

3) Op de vragen 3 en 4 dient te worden geantwoord dat een in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij die dividend ontvangt van haar dochteronderneming, moet worden beschouwd als de gerechtigde tot het dividend in de zin van de moeder-dochterrichtlijn. Aan de begrippen van de moeder-dochterrichtlijn moet een autonome Unierechtelijke uitlegging worden gegeven, uitsluitend overeenkomstig de moeder-dochterrichtlijn en los van de commentaren bij artikel 10 van het OESO-modelverdrag van 1977 of latere versies daarvan.

70 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.

71 Zie onder meer arresten van 28 november 2017, Rodrigues de Andrade, C-514/16, EU:C:2017:908, punt 44, en 20 juli 2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16, EU:C:2017:574, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

4) Vraag 5 dient aldus worden beantwoord 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 dividenden die via in andere lidstaten gevestigde vennootschappen worden uitgekeerd aan beleggingsfondsen die zijn gevestigd in derde landen, is met name sprake wanneer de heffing van belasting over de dividenden ten laste van de werkelijke ontvangers van de dividenden (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 dividenden te beletten.

5) Vraag 8 dient aldus te worden beantwoord dat de lidstaat die niet wil erkennen dat een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap de ontvanger van het dividend is, bij de aanname van misbruik moet meedelen wie de werkelijke ontvanger van het dividend is. In situaties die het buitenland betreffen, kan evenwel een zwaardere medewerkingsplicht rusten op de belastingplichtige.

6) Gelet op de bovenstaande antwoorden op de vragen 1 en 5 behoeven de vragen 6, 7, 9 en 10 niet te worden beantwoord.”