

Voorlopige editie

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

26 februari 2019 (*)

Inhoud

Toepasselijke bepalingen

Modelbelastingverdrag van de OESO

Richtlijn 2003/49

Verdragen ter vermijding van dubbele belasting

Deens recht

Belasting over interest

Bronbelasting

Recht dat van toepassing is op fraude en misbruik

Hoofdgedingen en prejudiciële vragen

1) Zaak C 115/16, N Luxembourg 1

2) Zaak C 118/16, X Denmark

3) Zaak C 119/16, C Danmark I

4) Zaak C 299/16, Z Denmark

Procedure bij het Hof

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag, onder a) tot en met c), tweede vraag, onder a) en b), en derde vraag in de zaken C 115/16, C118/16, C119/16 en C299/16

Begrip „uiteindelijk gerechtigde tot de interest”

Noodzaak van een specifieke nationale of verdragsrechtelijke bepaling ter uitvoering van artikel 5 van richtlijn 2003/49

Eerste vraag, onder d) tot en met f), in de zaken C 115/16, C118/16 en C119/16, eerste vraag, onder d) en e), in zaak C299/16, vierde vraag in de zaken C115/16 en C118/16, vijfde vraag in zaak C115/16, zesde vraag in zaak C118/16, en vierde vraag in de zaken C119/16 en C299/16

Bestanddelen van rechtsmisbruik en desbetreffende bewijzen

Bewijslast ter zake van rechtsmisbruik

Vijfde vraag, onder a) tot en met c), in zaak C 118/16

Zesde en zevende vraag in zaak C 115/16, zevende en achtste vraag in zaak C118/16, vijfde en zesde vraag in zaak C119/16, en vijfde tot en met zevende vraag in zaak C299/16

Kosten

„Prejudiciële verwijzing – Harmonisatie van de wetgevingen – Gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten – Richtlijn 2003/49/EG – Uiteindelijk gerechtigde tot de interest en royalty's – Artikel 5 – Rechtsmisbruik – In een lidstaat gevestigde vennootschap die aan een in een andere lidstaat gevestigde verbonden vennootschap interest uitkeert die vervolgens volledig of grotendeels wordt doorgesluisd naar een vennootschap die buiten het grondgebied van de Europese Unie is gevestigd – Dochteronderneming die verplicht is de belasting over de interest aan de bron in te houden”

In de gevoegde zaken C?115/16, C?118/16, C?119/16 en C?299/16,

betreffende verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Østre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het Oosten van Denemarken) (C?115/16, C?118/16 en C?119/16) bij beslissingen van 19 februari 2016, ingekomen bij het Hof op 25 februari 2016, en door de Vestre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het Westen van Denemarken) (C?299/16) bij beslissing van 24 mei 2016, ingekomen bij het Hof op 26 mei 2016, in de procedures

N Luxembourg 1 (C?115/16),

X Denmark A/S (C?118/16),

C Danmark I (C?119/16),

Z Denmark ApS (C?299/16)

tegen

Skatteministeriet,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president, J. C. Bonichot, A. Arabadjiev, T. von Danwitz, C. Toader en F. Biltgen, kamerpresidenten, A. Rosas (rapporteur), M. Ilešić, L. Bay Larsen, M. Safjan, C. G. Fernlund, C. Vajda en S. Rodin, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: R. Ferey, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 10 oktober 2017,

gelet op de opmerkingen van:

- N Luxembourg 1 en C Danmark I, vertegenwoordigd door A. M. Ottosen en S. Andersen, advocater,
- X Denmark A/S en Z Denmark ApS, vertegenwoordigd door L. E. Christensen en H. S. Hansen, advocater,
- de Deense regering, vertegenwoordigd door C. Thorning, J. Nymann-Lindegren en M. S. Wolff als gemachtigden, bijgestaan door J. S. Horsbøl Jensen, advocat,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en R. Kanitz als gemachtigden,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door G. De Socio, avvocato dello Stato,
- de Luxemburgse regering, vertegenwoordigd door D. Holderer als gemachtigde, bijgestaan door P. E. Partsch en T. Lesage, avocats,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. K. Bulterman en C. S. Schillemans als gemachtigden,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door G. Eberhard als gemachtigde,
- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Falk, C. Meyer-Seitz, H. Shev, U. Persson, N. Otte Widgren en F. Bergius als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door W. Roels, R. Lyal en L. Grønfeldt als gemachtigden, bijgestaan door H. Peytz, avocat,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 1 maart 2018,

het navolgende

Arrest

1 De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging 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 (PB 2003, L 157, blz. 49), en van de artikelen 49, 54 en 63 VWEU.

2 Deze verzoeken zijn ingediend in gedingen tussen N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I en Z Denmark ApS, enerzijds, en het Skatteministerium (ministerie van Financiën, Denemarken), anderzijds, betreffende de aan deze vennootschappen opgelegde verplichting om

bronbelasting te betalen op grond van het feit dat zij interest hebben uitgekeerd aan niet-ingezetene vennootschappen die volgens de belastingadministratie niet de uiteindelijk gerechtigden tot deze interest zijn en dus geen vrijstelling van alle belastingen genieten als bedoeld in richtlijn 2003/49.

Toepasselijke bepalingen

Modelbelastingverdrag van de OESO

3 De Raad van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) heeft op 30 juli 1963 een aanbeveling aangenomen betreffende de afschaffing van dubbele belastingen en heeft de regeringen van de lidstaten uitgenodigd om zich bij de sluiting of de herziening van bilaterale verdragen te voegen naar een „modelverdrag ter voorkoming van dubbele heffingen op het gebied van inkomsten- en vermogensbelasting”, dat door het Comité voor fiscale aangelegenheden van de OESO was uitgewerkt en bij deze aanbeveling was gevoegd (hierna: „OESO-modelbelastingverdrag”). Dit modelbelastingverdrag wordt geregeld opnieuw tegen het licht gehouden en gewijzigd. Het wordt vergezeld van commentaren die zijn goedgekeurd door de Raad van de OESO.

4 In de punten 7 tot en met 10 van de commentaren op artikel 1 van het OESO-modelbelastingverdrag, zoals gewijzigd in 1977 (hierna: „OESO-modelbelastingverdrag van 1977”), volgens hetwelk dit verdrag van toepassing is op personen die gevestigd zijn in een verdragsluitende staat of in beide verdragsluitende staten, wordt de aandacht gevestigd op het feit dat dit verdrag verkeerd zou kunnen worden gebruikt met als doel belastingen te ontduiken door middel van kunstmatige juridische constructies. In deze punten van de commentaren wordt het belang onderstreept van het begrip „uiteindelijk gerechtigde”, dat met name in artikel 10 (belasting over dividenden) en artikel 11 (belasting over interest) van dit modelverdrag wordt ingevoerd, alsook van de noodzaak om belastingfraude te bestrijden.

5 Artikel 11, leden 1 en 2, van het OESO-modelbelastingverdrag van 1977 luidt als volgt:

„1. Over interest afkomstig uit een verdragsluitende staat en uitgekeerd aan een ingezetene van de andere verdragsluitende staat, kan in laatstgenoemde staat belasting worden geheven.

2. Deze interest kan echter ook in de verdragsluitende staat waaruit hij afkomstig is aan belasting worden onderworpen overeenkomstig de wettelijke regeling van deze staat, maar indien de ontvanger van de interest de „uiteindelijk gerechtigde” tot de interest is, mag de geheven belasting niet meer bedragen dan 10 % van het brutobedrag van de interest. De bevoegde autoriteiten van de verdragsluitende staten zullen in gemeen overleg bepalen op welke wijze deze grens zal worden toegepast.”

6 Bij een herziening van de commentaren in 2003 zijn deze aangevuld met opmerkingen over „doorstroomvennootschappen”, dat wil zeggen vennootschappen die weliswaar formeel eigenaar zijn van de inkomsten, maar in de praktijk slechts over zeer beperkte bevoegdheden beschikken, zodat zij louter optreden als trustees of beheerders voor rekening van de belanghebbenden en dus niet als de uiteindelijk gerechtigden tot deze inkomsten mogen worden beschouwd. In punt 8 van de commentaren op artikel 11, in de versie die voortvloeit uit de herziening van 2003, wordt met name uiteengezet dat „[h]et begrip „uiteindelijk gerechtigde’ [...] niet in enge en technische zin [wordt] gebruikt, maar moet worden opgevat in het licht van de context en het voorwerp en het doel van het verdrag, dat onder meer erin bestaat dubbele belasting en belastingontduiking en -fraude te voorkomen”. In punt 8.1 van dezelfde versie van de commentaren wordt opgemerkt dat het „in strijd zou zijn met het voorwerp en het doel van het verdrag indien de bronstaat een belastingvermindering of ?vrijstelling toekende aan een ingezetene van een andere verdragsluitende staat die, buiten het kader van een agentuurovereenkomst of een andere

vertegenwoordigingsrelatie, slechts als een doorstroomvennootschap optreedt voor rekening van een andere persoon die werkelijk de betrokken inkomsten geniet” en dat „een doorstroomvennootschap normaal niet als de uiteindelijk gerechtigde kan worden beschouwd indien zij weliswaar formeel eigenaar van de inkomsten is, maar in de praktijk slechts over zeer beperkte bevoegdheden beschikt, zodat zij louter optreedt als trustee of beheerder voor rekening van de belanghebbenden”.

7 Bij een nieuwe herziening van de commentaren in 2014 zijn de begrippen „uiteindelijk gerechtigde” en „doorstroomvennootschap” gepreciseerd. Zo wordt in punt 10.3 van deze versie van de commentaren opgemerkt dat „er veel manieren [zijn] om de problematiek van de doorstroomvennootschappen en, meer in het algemeen, het gevaar van verdragshoppen aan te pakken, met name door middel van specifieke antimisbruikbepalingen in de verdragen, algemene antimisbruikbepalingen, regels volgens welke de inhoud voorgaat op de vorm, en bepalingen inzake de „economische inhoud”.

Richtlijn 2003/49

8 De overwegingen 1 tot en met 6 van richtlijn 2003/49 luiden als volgt:

„(1) In een interne markt die de kenmerken van een binnenlandse markt heeft, zouden transacties tussen ondernemingen van verschillende lidstaten niet aan minder gunstige belastingvoorschriften onderworpen moeten zijn dan die welke voor soortgelijke transacties tussen ondernemingen van eenzelfde lidstaat gelden.

(2) Met betrekking tot uitkeringen van interest en royalty's wordt thans niet aan deze eis voldaan; de nationale belastingwetten, in voorkomend geval in samenhang met bilaterale of multilaterale overeenkomsten, kunnen niet altijd waarborgen dat dubbele belasting wordt geëlimineerd en de toepassing ervan plaatst de betrokken ondernemingen vaak voor belastende administratieve formaliteiten en kasmiddelenproblemen.

(3) Er moet worden gewaarborgd dat uitkeringen van interest en royalty's eenmaal in een lidstaat worden belast.

(4) De afschaffing van de belasting op uitkeringen van interest en royalty's in de lidstaat waar zij ontstaan, ongeacht of deze door inhouding aan de bron of door aanslag wordt geïnd, is het geschiktste middel om deze formaliteiten en problemen uit te bannen en een gelijke fiscale behandeling van nationale en transnationale transacties te waarborgen. Deze belasting moet met name worden afgeschaft voor uitkeringen tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten en tussen vaste inrichtingen van deze ondernemingen.

(5) De regelingen dienen uitsluitend van toepassing te zijn op het eventuele bedrag aan interest of royalty's dat zonder een bijzondere verhouding tussen de betaler en de uiteindelijk gerechtigde zou zijn overeengekomen.

(6) Het mag de lidstaten bovendien niet worden belet passende maatregelen ter bestrijding van fraude of misbruik te nemen.”

9 Artikel 1 van richtlijn 2003/49 bepaalt onder meer:

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

[...]

4. Een onderneming van een lidstaat wordt alleen als uiteindelijk gerechtigde tot interest of royalty's behandeld indien zij de betrokken uitkeringen te eigen gunste ontvangt, en niet als bemiddelende instantie, bijvoorbeeld als tussenpersoon, trustee of gemachtigde van een derde.

5. Een vaste inrichting wordt behandeld als uiteindelijk gerechtigde tot interest of royalty's:

[...]

b) voor zover de uitkeringen van interest of royalty's inkomsten zijn ten aanzien waarvan zij in de lidstaat waarin zij gelegen is, onderworpen is aan één van de in artikel 3, onder a), punt iii), genoemde belastingen of, in het geval van België, aan de belasting der niet-verblijfhouders/impôt des non-résidents, en in het geval van Spanje aan de Impuesto sobre la Renta de no Residentes, dan wel aan ongeacht welke gelijke of in wezen gelijksoortige belasting die na de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn in aanvulling op of in de plaats van die bestaande belastingen wordt geheven.

[...]

7. Dit artikel vindt alleen toepassing indien de onderneming die de betaler van interest of royalty's is, of de onderneming waarvan de vaste inrichting als zodanig wordt behandeld, een verbonden onderneming is van de onderneming die de uiteindelijk gerechtigde is of waarvan de vaste inrichting wordt behandeld als de uiteindelijk gerechtigde tot de betrokken interest of royalty's.

[...]

11. De bronstaat kan eisen dat op het tijdstip van uitbetaling van de interest of royalty's door middel van een attest wordt aangetoond dat de voorwaarden van dit artikel en van artikel 3 vervuld zijn. Indien op het tijdstip van uitbetaling niet is aangetoond dat de voorwaarden van dit artikel vervuld zijn, staat het de lidstaat vrij inhouding van bronbelasting op te leggen.

12. De bronstaat mag aan vrijstelling uit hoofde van deze richtlijn de voorwaarde verbinden dat hij ingevolge een attest dat de voorwaarden van dit artikel en van artikel 3 zijn vervuld, een besluit heeft genomen op grond waarvan op dat ogenblik vrijstelling kan worden verleend. Het vrijstellingsbesluit moet uiterlijk drie maanden na de afgifte van het attest en de verstrekking van de bewijsstukken waarom de bronstaat redelijkerwijze kan verzoeken, worden genomen en heeft vervolgens een geldigheidsduur van ten minste een jaar.

13. Voor de toepassing van de leden 11 en 12 heeft het attest voor elke overeenkomst die aan de uitkering ten grondslag ligt, een geldigheidsduur van ten minste een jaar tot ten hoogste drie jaar vanaf de datum van afgifte; het behelst de volgende gegevens:

[...]

b) een verklaring dat de ontvangende onderneming de uiteindelijk gerechtigde is zoals bedoeld in lid 4, dan wel dat de voorwaarden van lid 5 vervuld zijn indien de ontvanger van de uitkering een

vaste inrichting is; [...]"

10 Afhankelijk van de taalversie, worden in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 de volgende begrippen gebruikt: de „begunstigde” [in het Bulgaars (????????????), Frans (*bénéficiaire*), Lets (*beneficiārs*) en Roemeens (*beneficiarul*)], de „daadwerkelijke begunstigde” [in het Spaans (*beneficiario efectivo*), Tsjechisch (*skutečný vlastník*), Ests (*tulusaaja*), Engels (*beneficial owner*), Italiaans (*beneficiario effettivo*), Litouws (*tikrasis savininkas*), Maltees (*sid benefiċjarju*), Portugees (*beneficiário efectivo*) en Fins (*tosiasiallinen edunsaaja*)], de „eigenaar”/„houder van het gebruiksrecht” [in het Duits (*der Nutzungsberechtigte*), Deens (*retmæssige ejer*), Grieks (????????????), Kroatisch (*ovlašteni korisnik*), Hongaars (*haszonhúzó*), Pools (*właściciel*), Slowaaks (*vlastník požitkov*), Sloveens (*upravičeni lastnik*) en Zweeds (*den som har rätt till*)], en de „uiteindelijk gerechtigde” (in het Nederlands).

11 Artikel 2 van die richtlijn bepaalt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) „interest’: inkomsten uit schuldvorderingen van welke aard dan ook, al dan niet verzekerd door hypotheek en al dan niet aanspraak gevend op een aandeel in de winst van de schuldenaar, en in het bijzonder inkomsten uit leningen en inkomsten uit obligaties of schuldbewijzen, daaronder begrepen de aan zodanige leningen, obligaties of schuldbewijzen verbonden premies en prijzen. [...]

[...]"

12 In artikel 3 van deze richtlijn is bepaald:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) „onderneming van een lidstaat’, elke onderneming:

i) die een van de op de lijst in de bijlage genoemde rechtsvormen heeft en

ii) die volgens de belastingwetgeving van een lidstaat wordt geacht in die lidstaat haar fiscale woonplaats te hebben en die niet volgens een met een derde land gesloten overeenkomst ter vermijding van dubbele inkomstenbelasting wordt geacht haar fiscale woonplaats buiten de Gemeenschap te hebben, en

iii) die onderworpen is aan een van de volgende belastingen of aan ongeacht welke gelijke of in wezen gelijksoortige belasting die na de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn in aanvulling op of in de plaats van die bestaande belastingen wordt geheven:

[...]

– selskabsskat in Denemarken;

[...]

– impôt sur le revenu des collectivités in Luxemburg;

[...]

b) [„verbonden onderneming’], iedere onderneming die ten minste daardoor met een tweede onderneming verbonden is doordat:

- i) de eerste onderneming rechtstreeks een deelneming van ten minste 25 % in het kapitaal van de tweede onderneming heeft, dan wel
- ii) de tweede onderneming rechtstreeks een deelneming van ten minste 25 % in het kapitaal van de eerste onderneming heeft, dan wel
- iii) een derde onderneming rechtstreeks een deelneming van ten minste 25 % in het kapitaal van zowel de eerste onderneming als de tweede onderneming heeft.

De deelnemingen mogen enkel ondernemingen betreffen die binnen de Gemeenschap gevestigd zijn.

[...]"

13 Tot de in artikel 3, onder a), van richtlijn 2003/49 bedoelde ondernemingen, waarvan de lijst is opgenomen in de bijlage bij deze richtlijn, behoren de „[o]ndernemingen naar Luxemburgs recht, geheten ‚société anonyme‘, ‚société en commandite par actions‘, ‚société à responsabilité limitée‘”.

14 Artikel 4 van richtlijn 2003/49, met als opschrift „Uitsluiting van niet als interest of royalty's aan te merken uitkeringen”, bepaalt in lid 1:

„In de volgende gevallen behoeft de bronstaat de voordelen van deze richtlijn niet toe te kennen:

- a) uitkeringen die volgens het recht van de bronstaat als winstuitkering of terugbetaling van kapitaal worden behandeld;
- b) uitkeringen uit schuldvorderingen die het recht geven deel te nemen in de winst van de schuldenaar;

[...]"

15 Artikel 5 van deze richtlijn, met als opschrift „Fraude en misbruiken”, luidt:

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

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

Verdragen ter vermijding van dubbele belasting

16 In artikel 11, lid 1, van het op 17 november 1980 tussen de regering van het Groothertogdom Luxemburg en de regering van het Koninkrijk Denemarken gesloten verdrag ter vermijding van dubbele belasting en houdende bepalingen inzake wederzijdse administratieve bijstand op het gebied van belastingen naar het inkomen en naar het vermogen (hierna: „belastingverdrag tussen Luxemburg en Denemarken”) wordt de bevoegdheid om belasting te heffen over interest tussen deze twee lidstaten verdeeld. Die bepaling luidt:

„Over interest die afkomstig is uit een verdragsluitende staat en wordt uitgekeerd aan een ingezetene van de andere verdragsluitende staat, kan slechts in laatstgenoemde staat belasting worden geheven, indien die ingezetene de uiteindelijk gerechtigde tot de interest is.”

17 Artikel 11, lid 1, van het op 23 september 1996 te Helsinki ondertekende Noordse verdrag

ter vermijding van dubbele belasting inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen (hierna: „Noords belastingverdrag”), in de versie die relevant is voor de hoofdingen, is in dezelfde bewoordingen gesteld.

18 Blijkens deze verdragen kan de bronstaat – in de hoofdingen het Koninkrijk Denemarken – belasting heffen over de interest die wordt uitgekeerd aan een ingezetene van een andere lidstaat, voor zover deze ingezetene niet de uiteindelijk gerechtigde tot deze interest is. Het begrip „uiteindelijk gerechtigde” is in die twee verdragen evenwel niet gedefinieerd.

Deens recht

Belasting over interest

19 § 2, lid 1, onder d), van de selskabsskattelov (wet op de vennootschapsbelasting) bepaalt:

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

[...]

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

Bronbelasting

20 Bestaat krachtens § 2, lid 1, onder d), van de selskabsskattelov een beperkte belastingplicht ter zake van rente-inkomsten uit Denemarken, dan is de Deense betaler van de interest krachtens § 65 D van de kildeskattelov (wet op de bronbelasting) verplicht om bronbelasting in te houden. De betaler van de interest is jegens de overheid aansprakelijk voor de betaling van de bronbelasting.

21 Zoals onder meer blijkt uit de verwijzingsbeslissing in zaak C-115/16, was het belastingtarief dat van toepassing was op de rente-inkomsten van in een andere lidstaat dan het Koninkrijk Denemarken gevestigde vennootschappen in de periode 2006-2008 hoger dan het belastingtarief dat gold voor Deense vennootschappen. Het ministerie van Financiën gaf in het hoofding evenwel toe dat dit verschil in belastingtarief strijdig was met de bepalingen van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van vestiging. Het erkende dat de voor die periode verschuldigde bronbelasting moest worden verminderd.

22 De bronbelasting wordt opeisbaar op het moment dat de interest wordt uitgekeerd, terwijl voor de opeisbaarheid van de belasting die een Deense onderneming over haar verwachte inkomsten verschuldigd is, soepelere regels gelden. In geval van niet-tijdige betaling van de bronbelasting is de moratoire interest bovendien hoger dan die welke van toepassing is wanneer een Deense onderneming de vennootschapsbelasting niet tijdig betaalt.

23 Krachtens § 65 C, lid 1, van de kildeskattelov dient de betaler van royalty's die van Deense oorsprong zijn in beginsel bronbelasting in te houden, ongeacht of de begunstigde een Deense

ingezetene is.

Recht dat van toepassing is op fraude en misbruik

24 Vóór de vaststelling van wet nr. 540 van 29 april 2015 bestond er in Denemarken geen algemene wettelijke bepaling ter bestrijding van misbruik. In de rechtspraak is evenwel het zogenaamde „realiteitsbeginsel” ontwikkeld, volgens hetwelk de belasting moet worden vastgesteld op basis van een concrete beoordeling van de feiten. Dit betekent met name dat kunstmatige fiscale constructies in voorkomend geval terzijde kunnen worden geschoven om bij de belastingheffing rekening te houden met de realiteit overeenkomstig het beginsel dat de inhoud boven de vorm gaat (*substance-over-form*).

25 Blijkens de verwijzingsbeslissingen zijn de partijen het in elk van de hoofdgedingen erover eens dat het realiteitsbeginsel geen voldoende rechtvaardiging vormt om de in deze zaken aan de orde zijnde constructies terzijde te schuiven.

26 Zoals blijkt uit die verwijzingsbeslissingen, is in de rechtspraak eveneens het beginsel van de „werkelijke ontvanger van de inkomsten” (*rette indkomstmodtager*) ontwikkeld. Dit beginsel is gebaseerd op de fundamentele bepalingen inzake inkomstenbelasting van § 4 van de statsskattelov (wet op de nationale inkomensbelasting), volgens welke 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 dus erop neer dat wordt vastgesteld wie – ongeacht de formele verschijningsvorm – de werkelijke ontvanger van bepaalde inkomsten is en dientengevolge over deze inkomsten belasting verschuldigd is.

Hoofdgedingen en prejudiciële vragen

27 In de vier hoofdgedingen betwisten een Luxemburgse vennootschap die de verplichtingen van een Deense vennootschap heeft overgenomen (zaak C-115/16) en drie Deense vennootschappen (zaken C-118/16, C-119/16 en C-299/16) de besluiten waarbij de SKAT (Deense belastingdienst) heeft geweigerd deze vennootschappen overeenkomstig richtlijn 2003/49 vrij te stellen van vennootschapsbelasting over de interest die is betaald aan in een andere lidstaat gevestigde entiteiten, op grond dat deze entiteiten niet de uiteindelijk gerechtigden tot die interest waren, maar enkel fungeerden als doorstroomvennootschappen.

28 Om in aanmerking te komen voor de belastingvoordelen waarin richtlijn 2003/49 voorziet, moet de entiteit die de interest ontvangt aan de in deze richtlijn gestelde voorwaarden voldoen. Zoals de Deense regering in haar opmerkingen uiteenzet, kan het evenwel gebeuren dat concerns die niet aan deze voorwaarden voldoen, tussen de onderneming die de interest betaalt en de entiteit waarvoor deze interest werkelijk bestemd is één of meer kunstmatige ondernemingen plaatsen die aan de vormvereisten van die richtlijn voldoen. De door de verwijzende rechters gestelde vragen die verband houden met rechtsmisbruik en het begrip „uiteindelijk gerechtigde”, betreffen dergelijke financiële constructies.

29 De feiten zoals die door de verwijzende rechters zijn beschreven en in de verwijzingsbeslissingen zijn geïllustreerd met meerdere schema's van de structuur van de betrokken concerns, zijn bijzonder complex en gedetailleerd. Enkel de gegevens die nodig zijn voor de beantwoording van de prejudiciële vragen, zullen in aanmerking worden genomen.

1) Zaak C-115/16, N Luxembourg 1

30 Blijkens de verwijzingsbeslissing hebben vijf beleggingsfondsen, waarvan er geen enkel is

gevestigd in een lidstaat of land waarmee het Koninkrijk Denemarken een verdrag ter vermijding van dubbele belasting heeft gesloten, in 2005 een groep van verschillende vennootschappen opgericht met het oog op de overname van T Danmark, een grote Deense dienstverrichter.

31 De Deense regering heeft in haar opmerkingen gepreciseerd dat zaak C-115/16 hetzelfde concern betreft als het concern dat aan de orde is in zaak C-116/16, die verband houdt met de heffing van belasting over dividenden en het voorwerp is van het arrest van heden, T Danmark en Y Denmark ApS (C-116/16 en C-117/16).

32 Zoals de verwijzende rechter uiteenzet, hebben de beleggingsfondsen vennootschappen opgericht in Luxemburg, waaronder A Luxembourg Holding, en in Denemarken, waaronder N Danmark 1. De overname van T Danmark is onder meer gefinancierd met leningen die door de beleggingsfondsen aan N Danmark 1 zijn verstrekt, en met kapitaalverhogingen van N Danmark 1. In 2009 is N Danmark 1 gefuseerd met een andere Deense vennootschap, die in 2010 is ontbonden bij een grensoverschrijdende fusie met C Luxembourg. C Luxembourg is naderhand van naam gewijzigd en geliquideerd, waarbij de in het geding zijnde vordering is overgegaan op N Luxembourg 1, dat het hoofdgeding voortzet in de plaats van N Danmark 1.

33 Een van de door de beleggingsfondsen opgerichte Deense vennootschappen – N Danmark 5 – heeft T Danmark overgenomen. In het voorjaar van 2006 heeft N Danmark 5 haar aandelen in T Danmark overgedragen aan C Luxembourg, die aldus de moedermaatschappij van T Danmark is geworden.

34 Op 27 april 2006 hebben de beleggingsfondsen de schuldbewijzen betreffende de leningen die zij hadden verstrekt, overdragen aan A Luxembourg Holding, die deze schuldbewijzen dezelfde dag heeft overgedragen aan C Luxembourg, de moedermaatschappij van T Danmark.

35 Vanaf die datum werd C Luxembourg schuldenaar van A Luxembourg Holding voor hetzelfde bedrag als N Danmark 1 verschuldigd was aan C Luxembourg. Volgens de verwijzende rechter werd de schuld van N Danmark 1 terugbetaald tegen een rentevoet van 10 %, terwijl de schulden van C Luxembourg en A Luxembourg Holding werden terugbetaald tegen een rentevoet van 9,96875 %. Op 9 juli 2008 is het rendement van de leningen tussen C Luxembourg en A Luxembourg Holding verhoogd tot 10 %. Het rendement van de leningen tussen A Luxembourg Holding en de beleggingsfondsen is echter gehandhaafd op 9,96875 %.

36 In 2006 had C Luxembourg uitgaven voor „overige externe lasten” ten belope van 8 701 EUR, waaronder 7 810 EUR voor salarissen. Verder had deze vennootschap uitgaven voor „overige exploitatielasten” ten belope van 209 349 EUR.

37 Eveneens in 2006 had A Luxembourg Holding uitgaven voor „overige externe lasten” ten belope van 3 337 EUR, waaronder 2 996 EUR voor salarissen. Voorts had de vennootschap uitgaven voor „overige exploitatielasten” ten belope van 127 031 EUR.

38 Volgens de verwijzingsbeslissing blijkt uit de jaarrekeningen van C Luxembourg voor 2007 en 2008 dat deze vennootschap in de loop van deze jaren gemiddeld twee werknemers deeltijds in dienst had. Uit de jaarrekeningen van A Luxembourg Holding voor diezelfde periode blijkt dat deze vennootschap in de loop van die jaren gemiddeld één werknemer deeltijds in dienst had.

39 Afgezien van het bezit van aandelen in N Danmark 1 hield C Luxembourg er geen economische activiteiten op na dan het bezit van door N Danmark 1 uitgegeven schuldvorderingen.

40 De zetel van C Luxembourg en A Luxembourg Holding bevindt zich op hetzelfde adres. Dit adres wordt ook gebruikt door ondernemingen die rechtstreeks gelieerd zijn aan een van de

beleggingsfondsen.

41 De verwijzende rechter zet uiteen dat de SKAT in 2011 een belastingaanslag heeft gevestigd waarbij voor de belastingjaren 2006-2008 belasting over de interest werd opgelegd ten belope van in totaal 925 764 961 Deense kronen (DKK) (ongeveer 124 miljoen EUR). De SKAT was immers van mening dat C Luxembourg en A Luxembourg Holding niet de uiteindelijk gerechtigden tot de interest waren, maar enkel fungeerden als zuivere doorstroomvennootschappen, en dat de interest van de Deense tak van het concern via deze twee Luxemburgse vennootschappen naar de beleggingsfondsen vloeyde. De SKAT is op basis daarvan tot de slotsom gekomen dat verzoekster in het hoofdgeding bronbelasting diende in te houden over de betaalde en bijgeschreven interest, en aansprakelijk was voor de betaling van de niet-ingehouden bronbelasting.

42 Verzoekster in het hoofdgeding heeft de belastingaanslag aangevochten bij de Deense rechterlijke instanties.

43 N Luxembourg 1 betwist dat er in de situatie in het hoofdgeding sprake is van fraude of misbruik. Zij betoogt dat zelfs indien sprake zou zijn van fraude of misbruik, het genot van richtlijn 2003/49 overeenkomstig artikel 5, lid 1, ervan hoe dan ook enkel kan worden ontzegd indien er een overeenkomstige rechtsgrondslag bestaat in het nationale recht. Een dergelijke rechtsgrondslag ontbreekt echter in het Deense recht.

44 Verzoekster in het hoofdgeding voert aan dat, mocht C Luxembourg niet worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde tot de interest, de Deense regels inzake de bronbelasting, de heffing ervan en de aansprakelijkheid voor de betaling ervan, in strijd zijn met de Unierechtelijk gewaarborgde vrijheid van vestiging en, subsidiair, het vrije verkeer van kapitaal, met name omdat, ten eerste, de bronbelasting eerder wordt betaald dan de vergelijkbare vennootschapsbelasting, ten tweede, de moratoire interest op de bronbelasting aanzienlijk hoger is dan die op de vennootschapsbelasting, ten derde, de kredietnemer de bronbelasting dient in te houden, en, ten vierde, de kredietnemer overeenkomstig de kildeskattelov aansprakelijk is voor het inhouden van de bronbelasting.

45 In die omstandigheden heeft de Østre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het Oosten van Denemarken) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) a) Dient artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 aldus te worden uitgelegd dat een in een lidstaat gevestigde onderneming die onder artikel 3 van deze richtlijn valt en die – onder omstandigheden als die van het hoofdgeding – van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming interest ontvangt, de ‚uiteindelijk gerechtigde‘ tot deze interest is in de zin van deze richtlijn?

b) Dient het begrip ‚uiteindelijk gerechtigde‘ in artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 te worden uitgelegd in overeenstemming met het overeenkomstige begrip in artikel 11 van het [OESO-modelbelastingverdrag van 1977]?

c) Indien [de eerste vraag, onder b),] bevestigend wordt beantwoord, dienen bij de uitlegging van dat begrip dan enkel de commentaren bij artikel 11 van het [OESO-modelbelastingverdrag van 1977] (punt 8) in aanmerking te worden genomen, of kunnen daarbij ook latere commentaren in aanmerking worden genomen, waaronder de aanvullingen uit 2003 over ‚doorstroomvennootschappen‘ (punt 8.1, thans punt 10.1) en de aanvullingen uit 2014 over ‚contractuele en wettelijke verplichtingen‘ (punt 10.2)?

d) Indien de commentaren uit 2003 bij de uitlegging in aanmerking kunnen worden genomen, is dan vereist dat er de facto middelen zijn doorgestroomd naar de personen die door de staat waar de betaler van de interest is gevestigd, worden beschouwd als de 'uiteindelijk gerechtigden' tot de desbetreffende interest, om een onderneming niet als de 'uiteindelijk gerechtigde' in de zin van richtlijn 2003/49 aan te merken, en – zo ja – is dan tevens vereist dat deze feitelijke doorstroming van middelen kort na de interestbetaling en/of bij wijze van interestbetaling plaatsvindt?

e) In hoeverre is het in dit verband van belang of er eigen vermogen voor de lening is gebruikt, of de desbetreffende interest aan de hoofdsom wordt toegevoegd ('wordt opgerold'), of de ontvanger van de interest vervolgens aan zijn in dezelfde staat gevestigde moedermaatschappij een groepsbijdrage heeft betaald om een fiscale consolidatie tot stand te brengen overeenkomstig de in de betrokken staat ter zake geldende regels, of de desbetreffende interest vervolgens is omgezet in eigen vermogen van de kredietnemer, of op de ontvanger van de interest een contractuele of wettelijke verplichting rustte om de interest door te betalen aan een andere persoon, en of het merendeel van de personen die door de staat waar de betaler van de interest is gevestigd, als de 'uiteindelijk gerechtigden' tot de interest worden aangemerkt, in andere lidstaten zijn gevestigd dan wel in derde staten waarmee het Koninkrijk Denemarken een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten, zodat er volgens de Deense belastingwetgeving geen grondslag zou hebben bestaan om bronbelasting te heffen indien die personen kredietgever waren geweest en aldus de interest rechtstreeks hadden ontvangen?

f) In hoeverre is het voor de beoordeling of de ontvanger van de interest dient te worden aangemerkt als de 'uiteindelijk gerechtigde' in de zin van de richtlijn, van belang dat de verwijzende rechter na de beoordeling van de feiten van het geding tot de bevinding komt dat deze ontvanger weliswaar geen contractuele of wettelijke verplichting had om de ontvangen interest door te betalen aan een andere persoon, maar 'in wezen' niet het recht had op het 'gebruik en genot' van de interest, zoals bedoeld in de commentaren uit 2014 bij het [OESO-modelbelastingverdrag van 1977]?

2) a) Is de mogelijkheid voor een lidstaat om zich te beroepen op artikel 5, lid 1, van [richtlijn 2003/49], dat betrekking heeft op de toepassing van nationale voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruik, of op artikel 5, lid 2, van de richtlijn, onderworpen aan de voorwaarde dat de betrokken lidstaat een specifiek nationaal voorschrift ter uitvoering van artikel 5 van de richtlijn heeft vastgesteld dan wel dat het nationale recht algemene voorschriften of beginselen inzake fraude, misbruik en belastingontduiking bevat die in overeenstemming met artikel 5 kunnen worden uitgelegd?

b) Voor zover de tweede vraag[, onder a),] bevestigend wordt beantwoord, kan § 2, lid [1], onder d), van de selskabsskattelov, volgens welke de beperkte belastingplicht ter zake van rente-inkomsten zich niet uitstrekt tot 'interest waarover op grond van richtlijn [2003/49] betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten [...] geen belasting wordt geheven', dan worden aangemerkt als een specifiek nationaal voorschrift in de zin van artikel 5 van de richtlijn?

3) Is een bepaling van een tussen twee lidstaten gesloten en overeenkomstig het [OESO-modelbelastingverdrag] opgesteld dubbelbelastingverdrag, volgens welke de heffing van belasting over interest afhangt van de vraag of de ontvanger van de interest wordt aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde tot deze interest, een verdragsrechtelijk voorschrift ter bestrijding van misbruiken als bedoeld in artikel 5 van de richtlijn?

4) Is er sprake van misbruik enzovoort in de zin van richtlijn 2003/49 indien er in de lidstaat waar de betaler van de interest is gevestigd, een fiscale aftrek voor interest bestaat, terwijl interest

niet wordt belast in de lidstaat waar de ontvanger van de interest is gevestigd?

5) Is een lidstaat die niet erkent dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming de 'uiteindelijk gerechtigde' tot de interest is, en die stelt dat deze onderneming een zogenaamde kunstmatige doorstroomvennootschap is, krachtens richtlijn 2003/49 of artikel 10 EG verplicht mee te delen wie hij in dit geval beschouwt als de uiteindelijk gerechtigde?

6) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 2003/49 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over interest die zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van de desbetreffende interest beperkt belastingplichtig te zijn, staat artikel 43 EG juncto artikel 48 EG dan in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de inhoudingsplichtige (de dochteronderneming) bij niet-tijdige betaling van verschuldigde bronbelasting verplicht tot betaling van moratoire interest tegen een rentevoet die hoger is dan de rentevoet die de betrokken lidstaat hanteert wanneer hij aan een in dezelfde lidstaat gevestigde onderneming moratoire interest in rekening brengt over verschuldigde vennootschapsbelasting (die zich onder meer uitstrekt tot rente-inkomsten)?

7) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 2003/49 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over interest die zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van de desbetreffende interest beperkt belastingplichtig te zijn, staan de artikelen 43 EG en 48 EG (dan wel artikel 56 EG) dan op zichzelf of gezamenlijk beschouwd in de weg aan een wettelijke regeling

– op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de betaler van de interest verplicht tot inhouding van bronbelasting op de interest en hem jegens de overheid aansprakelijk stelt voor de niet-ingehouden bronbelasting, wanneer een dergelijke inhoudingsplicht niet geldt als de ontvanger van de interest in laatstgenoemde lidstaat gevestigd is;

– op grond waarvan een moedermaatschappij in laatstgenoemde lidstaat tijdens de eerste twee belastingjaren niet onderworpen zou zijn aan de verplichting om voorheffing op de vennootschapsbelasting te betalen, maar pas vennootschapsbelasting zou moeten betalen op een beduidend later tijdstip dan dat waarop de bronbelasting opeisbaar wordt?

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

2) Zaak C-118/16, X Denmark

46 Blijkens de verwijzingsbeslissing is het concern X – waarvan verzoekster in het hoofdgeding deel uitmaakt – wereldwijd actief. In 2005 is dit concern overgenomen door beleggingsfondsen en is verzoekster in het hoofdgeding opgericht.

47 Deze fondsen zijn rechtstreekse aandeelhouders van de in Luxemburg gevestigde hoofdmaatschappij van het concern, X SCA, SICAR, dat de rechtsvorm heeft van een *société en commandite par actions* (SCA) (commanditaire vennootschap op aandelen) en een *société d'investissement en capital à risque* (SICAR) (beleggingsvennootschap in risicokapitaal) is.

48 De Deense belastingdienst heeft aangenomen dat X SCA, SICAR naar Deens recht fiscaal transparant is, dat wil zeggen niet zelfstandig belastingplichtig is in de zin van de Deense

wetgeving.

49 Volgens de verwijzingsbeslissing bestond de beleggingsportefeuille van X SCA, SICAR in een 100 %-deelneming in het kapitaal van de in Zweden gevestigde X Sweden Holding AB en een lening aan diezelfde vennootschap. Afgezien van die deelneming en die lening hield X SCA, SICAR er geen activiteiten op na.

50 De enige activiteit van X Sweden Holding bestaat erin dat zij fungeert als houdstermaatschappij voor de in Zweden gevestigde vennootschap X Sweden, die op haar beurt de moedermaatschappij is van verzoekster in het hoofdgeding, X Denmark. Op 27 december 2006 is X Sweden Holding de in het vorige punt vermelde lening aangegaan bij haar eigen moedermaatschappij – X SCA, SICAR – ten belope van 498 500 000 EUR. X Sweden Holding heeft de aan X, SCA, SICAR uitgekeerde interest afgetrokken van haar belastbare inkomen.

51 X Sweden Holding heeft een belang in X Sweden van 97,5 % en het management van het concern X heeft een belang in X Sweden van 2,5 %. X Sweden had tijdens de in het hoofdgeding aan de orde zijnde periode dezelfde raad van bestuur als X Sweden Holding en zij had geen deelnemingen in andere vennootschappen dan X Denmark.

52 De verwijzende rechter merkt op dat X Sweden begin 2007 activiteiten op het gebied van de registratie van producten bij de overheid en verschillende administratieve taken in verband met klinische proeven heeft overgenomen van een andere vennootschap, namelijk de in Zweden gevestigde vennootschap X AB. Vervolgens heeft X Sweden een tiental medewerkers van X AB in dienst genomen en een deel van haar hoofdkwartier gehuurd, waar de medewerkers op wie de overdracht betrekking had bleven werken.

53 Volgens de verwijzingsbeslissing blijkt uit de jaarverslagen voor 2007 tot en met 2009 dat X Sweden twee inkomstenposten had, te weten „Rente-inkomsten en soortgelijke winstposten” en „Overige inkomsten”. X Sweden had geen andere rente-inkomsten dan de interest die zij van X Denmark ontving in het kader van een lening ten belope van 501 miljoen EUR, die, net zoals de in punt 50 van het onderhavige arrest vermelde lening, op 27 december 2006 was aangegaan. In 2007, 2008 en 2009 vertegenwoordigden de rente-inkomsten respectievelijk 98,1 %, 97,8 % en 98 % van de totale inkomsten van X Sweden, terwijl de overige inkomsten 1,9 %, 2,2 % en 2 % vertegenwoordigden. De interest die X Sweden ontving uit hoofde van de aan X Denmark verstrekte lening, is meegeteld bij de berekening van het belastbare inkomen van X Sweden voor die jaren. X Sweden heeft in die jaren – overeenkomstig de in hoofdstuk 35 van de Zweedse wet op de inkomensbelasting neergelegde specifieke Zweedse regels inzake fiscale consolidatie binnen een concern – groepsbijdragen betaald aan haar moedermaatschappij, X Sweden Holding, ten belope van respectievelijk 60 468 000 EUR, 75 621 000 EUR en 60 353 294 EUR. Deze groepsbijdragen hebben voor X Sweden een recht op aftrek doen ontstaan, terwijl zij bij X Sweden Holding belastbaar zijn.

54 X Denmark heeft de interest die zij aan X Sweden had betaald in het kader van de op 27 december 2006 bij deze vennootschap aangegane lening ten belope van 501 miljoen EUR, afgetrokken van haar belastbare inkomen. Daar zij X Sweden als de uiteindelijk gerechtigde tot de interest beschouwde, heeft zij over deze interest geen bronbelasting ingehouden.

55 De SKAT heeft in zijn besluit van 13 december 2010 geoordeeld dat X Sweden, X Sweden Holding en X SCA, SICAR geen uiteindelijk gerechtigden tot de interest waren in de zin van richtlijn 2003/49, het Luxemburgs-Deense belastingverdrag en het Noordse belastingverdrag, maar dat de eigenaren van X SCA, SICAR de uiteindelijk gerechtigden tot de interest waren. Volgens het ministerie van Financiën heeft X SCA, SICAR een rechtsvorm die niet is opgenomen in de in artikel 3, onder a), i), van richtlijn 2003/49 bedoelde lijst van ondernemingen die binnen de

werkingsfeer van deze richtlijn vallen, en voldoet zij verder niet aan de in artikel 3, onder a), iii), van deze richtlijn neergelegde voorwaarde dat de onderneming geen vrijstelling mag genieten. Zij is immers vrijgesteld van belasting over inkomsten uit interest, winsten en dividenden. X SCA, SICAR kan hoe dan ook niet de uiteindelijk gerechtigde tot de interest zijn, aangezien zij naar Deens recht transparant is. In dit verband was het ministerie van Financiën van mening dat X Denmark geen documenten had verstrekt waaruit bleek dat de meeste beleggers in de beleggingsfondsen die eigenaar zijn van X SCA, SICAR hun fiscale woonplaats hebben in andere landen van de Europese Unie of in landen waarmee het Koninkrijk Denemarken een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten. De SKAT heeft dan ook geoordeeld dat X Denmark bronbelasting had moeten inhouden op de interest die zij uitkeerde aan X Sweden.

56 X Denmark heeft het besluit van de SKAT van 13 december 2010 aangevochten bij de Deense rechterlijke instanties.

57 In die omstandigheden heeft de Østre Landsret de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) a) Dient artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 aldus te worden uitgelegd dat een in een lidstaat gevestigde onderneming die onder artikel 3 van deze richtlijn valt en die – onder omstandigheden als die van het hoofdgeding – van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming interest ontvangt, de ‚uiteindelijk gerechtigde‘ tot deze interest is in de zin van deze richtlijn?

b) Dient het begrip ‚uiteindelijk gerechtigde‘ in artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 te worden uitgelegd in overeenstemming met het overeenkomstige begrip in artikel 11 van het [OESO-modelbelastingverdrag van 1977]?

c) Indien [de eerste vraag, onder b),] bevestigend wordt beantwoord, dienen bij de uitlegging van dat begrip dan enkel de commentaren bij artikel 11 van het [OESO-modelbelastingverdrag van 1977] (punt 8) in aanmerking te worden genomen, of kunnen daarbij ook latere commentaren in aanmerking worden genomen, waaronder de aanvullingen uit 2003 over ‚doorstroomvennootschappen‘ (punt 8.1, thans punt 10.1) en de aanvullingen uit 2014 over ‚contractuele en wettelijke verplichtingen‘ (punt 10.2)?

d) Indien de commentaren uit 2003 bij de uitlegging in aanmerking kunnen worden genomen, is dan vereist dat er de facto middelen zijn doorgestroomd naar de personen die door de staat waar de betaler van de interest is gevestigd, worden beschouwd als de ‚uiteindelijk gerechtigden‘ tot de desbetreffende interest, om een onderneming niet als de ‚uiteindelijk gerechtigde‘ in de zin van richtlijn 2003/49 aan te merken, en – zo ja – is dan tevens vereist dat deze feitelijke doorstroming van middelen kort na de interestbetaling en/of bij wijze van interestbetaling plaatsvindt?

e) In hoeverre is het in dit verband van belang of er eigen vermogen voor de lening is gebruikt, of de desbetreffende interest aan de hoofdsom wordt toegevoegd (‚wordt opgerold‘), of de ontvanger van de interest vervolgens aan zijn in dezelfde staat gevestigde moedermaatschappij een groepsbijdrage heeft betaald om een fiscale consolidatie tot stand te brengen overeenkomstig de in de betrokken staat ter zake geldende regels, of de desbetreffende interest vervolgens is omgezet in eigen vermogen van de kredietnemer, of op de ontvanger van de interest een contractuele of wettelijke verplichting rustte om de interest door te betalen aan een andere persoon, en of het merendeel van de personen die door de staat waar de betaler van de interest is gevestigd, als de ‚uiteindelijk gerechtigden‘ tot de interest worden aangemerkt, in andere lidstaten zijn gevestigd dan wel in derde staten waarmee het Koninkrijk Denemarken een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten, zodat er volgens de Deense belastingwetgeving geen grondslag zou hebben bestaan om bronbelasting te heffen indien die personen kredietgever waren

geweest en aldus de interest rechtstreeks hadden ontvangen?

f) In hoeverre is het voor de beoordeling of de ontvanger van de interest dient te worden aangemerkt als de 'uiteindelijk gerechtigde' in de zin van de richtlijn, van belang dat de verwijzende rechter na de beoordeling van de feiten van het geding tot de bevinding komt dat deze ontvanger weliswaar geen contractuele of wettelijke verplichting had om de ontvangen interest door te betalen aan een andere persoon, maar 'in wezen' niet het recht had op het 'gebruik en genot' van de interest, zoals bedoeld in de commentaren uit 2014 bij het [OESO-modelbelastingverdrag van 1977]?

2) a) Is de mogelijkheid voor een lidstaat om zich te beroepen op artikel 5, lid 1, van [richtlijn 2003/49], dat betrekking heeft op de toepassing van nationale voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruik, of op artikel 5, lid 2, van de richtlijn, onderworpen aan de voorwaarde dat de betrokken lidstaat een specifiek nationaal voorschrift ter uitvoering van artikel 5 van de richtlijn heeft vastgesteld dan wel dat het nationale recht algemene voorschriften of beginselen inzake fraude, misbruik en belastingontduiking bevat die in overeenstemming met artikel 5 kunnen worden uitgelegd?

b) Voor zover de tweede vraag[, onder a),] bevestigend wordt beantwoord, kan § 2, lid [1], onder d), van de selskabsskattelov, volgens welke de beperkte belastingplicht ter zake van rente-inkomsten zich niet uitstrekt tot 'interest waarover op grond van richtlijn [2003/49] betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten [...] geen belasting wordt geheven', dan worden aangemerkt als een specifiek nationaal voorschrift in de zin van artikel 5 van de richtlijn?

3) Is een bepaling van een tussen twee lidstaten gesloten en overeenkomstig het [OESO-modelbelastingverdrag] opgesteld dubbelbelastingverdrag, volgens welke de heffing van belasting over interest afhangt van de vraag of de ontvanger van de interest wordt aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde tot deze interest, een verdragsrechtelijk voorschrift ter bestrijding van misbruiken als bedoeld in artikel 5 van de richtlijn?

4) Is er sprake van misbruik enzovoort in de zin van richtlijn 2003/49 indien er in de lidstaat waar de betaler van de interest is gevestigd, een fiscale aftrek voor interest bestaat, terwijl interest niet wordt belast in de lidstaat waar de ontvanger van de interest is gevestigd?

5) a) Is richtlijn 2003/49 van toepassing op een in Luxemburg gevestigde onderneming die aldaar overeenkomstig het vennootschapsrecht is opgericht en ingeschreven als een 'société en commandite par actions' (S.C.A.) (commanditaire vennootschap op aandelen), en die tevens is gekwalificeerd als een 'société d'investissement en capital à risque' (SICAR) (beleggingsvennootschap in risicokapitaal) in de zin van de Luxemburgse wet van 15 juni 2004 betreffende beleggingsvennootschappen in risicokapitaal?

b) Indien de vijfde vraag[, onder a),] bevestigend wordt beantwoord, kan een Luxemburgse 'S.C.A., SICAR' dan de 'uiteindelijk gerechtigde' tot interest in de zin van richtlijn 2003/49 zijn, ook al beschouwt de lidstaat van de onderneming die de interest betaalt, die onderneming op grond van zijn interne recht als een fiscaal transparante entiteit?

c) Indien de eerste vraag[, onder a),] ontkennend wordt beantwoord, zodat de onderneming die de interest ontvangt, niet wordt aangemerkt als de 'uiteindelijk gerechtigde' tot de desbetreffende interest, kan de in het geding aan de orde zijnde S.C.A., SICAR dan onder omstandigheden als die van het hoofdgeding worden aangemerkt als de 'uiteindelijk gerechtigde' tot deze interest in de zin van die richtlijn?

6) Is een lidstaat die niet erkent dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming de 'uiteindelijk gerechtigde' tot de interest is, en die stelt dat deze onderneming een zogenaamde kunstmatige doorstroomvennootschap is, krachtens richtlijn 2003/49 of artikel 10 EG verplicht mee te delen wie hij in dit geval beschouwt als de uiteindelijk gerechtigde?

7) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 2003/49 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over interest die zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van de desbetreffende interest beperkt belastingplichtig te zijn, staat artikel 43 EG juncto artikel 48 EG dan in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de inhoudingsplichtige (de dochteronderneming) bij niet-tijdige betaling van verschuldigde bronbelasting verplicht tot betaling van moratoire interest tegen een rentevoet die hoger is dan de rentevoet die de betrokken lidstaat hanteert wanneer hij aan een in dezelfde lidstaat gevestigde onderneming moratoire interest in rekening brengt over verschuldigde vennootschapsbelasting (die zich onder meer uitstrekt tot rente-inkomsten)?

8) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 2003/49 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over interest die zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van de desbetreffende interest beperkt belastingplichtig te zijn, staan de artikelen 43 EG en 48 EG (dan wel artikel 56 EG) dan op zichzelf of gezamenlijk beschouwd in de weg aan een wettelijke regeling

- op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de betaler van de interest verplicht tot inhouding van bronbelasting op de interest en hem jegens de overheid aansprakelijk stelt voor de niet-gehouden bronbelasting, wanneer een dergelijke inhoudingsplicht niet geldt als de ontvanger van de interest in laatstgenoemde lidstaat gevestigd is;

- op grond waarvan een moedermaatschappij in laatstgenoemde lidstaat tijdens de eerste twee belastingjaren niet onderworpen zou zijn aan de verplichting om voorheffing op de vennootschapsbelasting te betalen, maar pas vennootschapsbelasting zou moeten betalen op een beduidend later tijdstip dan dat waarop de bronbelasting opeisbaar wordt?

Het Hof wordt verzocht bij de beantwoording van de achtste vraag rekening te houden met het antwoord op de zevende vraag.”

3) Zaak C-119/16, C Danmark I

58 Blijkens de verwijzingsbeslissing is de in de Verenigde Staten gevestigde vennootschap C USA eigenaar van de op de Kaaimaneilanden gevestigde vennootschap C Cayman Islands, die tot eind 2004 eigenaar was van de in Denemarken gevestigde vennootschap C Danmark II, die de hoofdmaatschappij van een concern is. Eind 2004 heeft binnen het concern een herstructurering plaatsgevonden, waarbij tussen C Cayman Islands en C Danmark II twee Zweedse vennootschappen – C Sverige I en C Sverige II – en één Deense vennootschap – C Danmark I – zijn geplaatst. Sinds 1 januari 2005 staat C Danmark I als moedermaatschappij aan het hoofd van de Deense tak van het Amerikaanse concern waarvan de hoofdmaatschappij C USA is.

59 De achtergrond van de herstructurering van de Europese tak van het concern is achteraf door C Danmark I beschreven in een nota met de titel „2004 European Restructuring Process”

(Europees herstructureringsproces van 2004), waarin onder meer het volgende wordt meegedeeld:

„In 2004 heeft het concern [...] zijn organisatiestructuur herzien en besloten om bijkomende holdings en hefboomeffecten in zijn Europese structuur op te nemen. De bijkomende houdstermaatschappijen maken het voor de onderneming mogelijk om een vrijere toegang te krijgen tot Europees kapitaal en het kapitaal binnen de ondernemingen van het concern [...] efficiënter te verplaatsen. Bovendien geven de jaarrekeningen van de nieuwe holdings een getrouw beeld van de marktwaarde van het Europese concern, wat de onderneming in de toekomst kan helpen om financiering van derden te verkrijgen. Ten slotte, en misschien wel bovenal, helpt de invoering van een hefboomeffect in de structuur het bedrijfsrisico te minimaliseren doordat het eigen vermogen dat in het kader van de bedrijfsactiviteiten op het spel staat, wordt verminderd.

Gezien de huidige gunstige regeling voor holdings in Zweden, heeft het concern [...] besloten zijn nieuwe Europese holdings in dit land te vestigen teneinde van deze regeling te kunnen profiteren.”

60 Het ministerie van Financiën was van mening dat de plaatsing van de twee Zweedse vennootschappen boven de Deense tak van het concern was ingegeven door fiscale overwegingen. De SKAT heeft bij besluit van 30 oktober 2009 vastgesteld dat C Sverige II en C Sverige I met betrekking tot de van C Danmark I ontvangen interest niet kunnen worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde in de zin van richtlijn 2003/49 of het Noordse belastingverdrag.

61 Bij beschikking van 25 mei 2011 heeft de Landsskatteret (hoogste administratieve beroepsinstantie in belastingzaken, Denemarken) het besluit van de SKAT bevestigd, op grond dat de Zweedse vennootschappen zuivere doorstroomvennootschappen zijn. In deze beschikking wordt onder meer vermeld:

„Tot aan de eind 2004/begin 2005 uitgevoerde herstructurering was de hoofdmoedermaatschappij van de Deense tak van het concern [...] [C Danmark II], die rechtstreeks eigendom was van [C Cayman Islands] [...].

De herstructurering had tot gevolg dat er tussen [C Cayman Islands] en [C Danmark II] drie nieuw opgerichte ondernemingen werden geplaatst, zodat [C Cayman Islands] vanaf dan eigenaar was van een Zweedse holding, die eigenaar was van een andere Zweedse holding, die op haar beurt eigenaar was van [C Danmark I], die de nieuwe hoofdmoedermaatschappij van de Deense tak van het concern werd. Deze concernstructuur werd onder meer tot stand gebracht door een reeks verkopen van ondernemingen binnen het concern, waarbij twee leningen van respectievelijk 75 miljoen EUR en 825 miljoen EUR werden gesloten tussen [C Cayman Islands] en [C Sverige I], alsmede twee leningen van respectievelijk 75 miljoen EUR en 825 miljoen EUR tussen [C Sverige II] en [C Danmark I].

De schuldbekentenis van [C Sverige I] ten aanzien van [C Cayman Islands] ten bedrage van 75 miljoen EUR bevat precies dezelfde voorwaarden als de schuldbekentenis van [C Danmark I] ten aanzien van [C Sverige II] ten belope van hetzelfde bedrag. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor de schuldbekentenissen ten bedrage van 825 miljoen EUR. [...] Via de uitgevoerde herstructurering en de in verband daarmee aangegane schulden, die voortvloeien uit de transacties tussen partijen met gemeenschappelijke belangen, droeg [C Sverige II], met gebruikmaking van de Zweedse regels inzake intragroepsoverdrachten, de van [C Danmark I] ontvangen rente-inkomsten over aan [C Sverige I], terwijl [C Sverige I] de bedragen als rente-uitgaven doorsluisde naar [C Cayman Islands].

Aangezien er krachtens de destijds geldende Zweedse belastingregels in Zweden geen belastbare

netto-inkomsten te belasten vielen, werd de door [C Danmark I] te betalen interest via de Zweedse ondernemingen integraal overgedragen aan [C Cayman Islands].

Geen van de bij de herstructurering opgerichte ondernemingen voerde andere activiteiten uit dan holdingactiviteiten, en hun voorzienbare inkomsten bestonden dan ook alleen uit die welke inherent verbonden waren met de holdingactiviteit. Bij de vaststelling van de schuldverhoudingen in het kader van de herstructurering moet er dus van zijn uitgegaan dat, wilden de schuldplichtige ondernemingen aan hun daaruit voortvloeiende verbintenissen kunnen voldoen, zij middelen moesten ontvangen van andere ondernemingen van het concern. Dit moet vanaf het begin het uitgangspunt zijn geweest.

[C Sverige II] wordt derhalve beschouwd als een doorstroomvennootschap met zo weinig zeggenschap over de ontvangen bedragen dat zij noch in het licht van het [Noordse belastingverdrag] noch in het licht van richtlijn 2003/49 kan worden beschouwd als de uiteindelijk gerechtigde tot de van [C Danmark I] ontvangen interest. In dit verband is het irrelevant dat de overdrachten tussen de Zweedse ondernemingen de vorm hadden van intragroepsoverdrachten en niet van rentebetalingen.”

62 Verzoekster in het hoofdgeding, C Danmark I, is van mening dat C Sverige II en C Sverige I in Zweden zijn gevestigd in het kader van de Europese herstructurering van het concern, die was ingegeven door algemene en commerciële overwegingen. Volgens verzoekster in het hoofdgeding is C Sverige II de „uiteindelijk gerechtigde”, in de zin van richtlijn 2003/49, tot de interest die zij van verzoekster heeft ontvangen.

63 In die omstandigheden heeft de Østre Landsret de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) a) Dient artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 aldus te worden uitgelegd dat een in een lidstaat gevestigde onderneming die onder artikel 3 van deze richtlijn valt en die – onder omstandigheden als die van het hoofdgeding – van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming interest ontvangt, de ‚uiteindelijk gerechtigde’ tot deze interest is in de zin van deze richtlijn?

b) Dient het begrip ‚uiteindelijk gerechtigde’ in artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 te worden uitgelegd in overeenstemming met het overeenkomstige begrip in artikel 11 van het [OESO-modelbelastingverdrag van 1977]?

c) Indien [de eerste vraag, onder b),] bevestigend wordt beantwoord, dienen bij de uitlegging van dat begrip dan enkel de commentaren bij artikel 11 van het [OESO-modelbelastingverdrag van 1977] (punt 8) in aanmerking te worden genomen, of kunnen daarbij ook latere commentaren in aanmerking worden genomen, waaronder de aanvullingen uit 2003 over ‚doorstroomvennootschappen’ (punt 8.1, thans punt 10.1) en de aanvullingen uit 2014 over ‚contractuele en wettelijke verplichtingen’ (punt 10.2)?

d) Indien de commentaren uit 2003 bij de uitlegging in aanmerking kunnen worden genomen, is dan vereist dat er de facto middelen zijn doorgestroomd naar de personen die door de staat waar de betaler van de interest is gevestigd, worden beschouwd als de ‚uiteindelijk gerechtigden’ tot de desbetreffende interest, om een onderneming niet als de ‚uiteindelijk gerechtigde’ in de zin van richtlijn 2003/49 aan te merken, en – zo ja – is dan tevens vereist dat deze feitelijke doorstroming van middelen kort na de interestbetaling en/of bij wijze van interestbetaling plaatsvindt?

e) In hoeverre is het in dit verband van belang of er eigen vermogen voor de lening is gebruikt, of de desbetreffende interest aan de hoofdsom wordt toegevoegd („wordt opgerold”), of de

ontvanger van de interest vervolgens aan zijn in dezelfde staat gevestigde moedermaatschappij een groepsbijdrage heeft betaald om een fiscale consolidatie tot stand te brengen overeenkomstig de in de betrokken staat ter zake geldende regels, of de desbetreffende interest vervolgens is omgezet in eigen vermogen van de kredietnemer, of op de ontvanger van de interest een contractuele of wettelijke verplichting rustte om de interest door te betalen aan een andere persoon, en of het merendeel van de personen die door de staat waar de betaler van de interest is gevestigd, als de 'uiteindelijk gerechtigden' tot de interest worden aangemerkt, in andere lidstaten zijn gevestigd dan wel in derde staten waarmee het Koninkrijk Denemarken een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten, zodat er volgens de Deense belastingwetgeving geen grondslag zou hebben bestaan om bronbelasting te heffen indien die personen kredietgever waren geweest en aldus de interest rechtstreeks hadden ontvangen?

f) In hoeverre is het voor de beoordeling of de ontvanger van de interest dient te worden aangemerkt als de 'uiteindelijk gerechtigde' in de zin van de richtlijn, van belang dat de verwijzende rechter na de beoordeling van de feiten van het geding tot de bevinding komt dat deze ontvanger weliswaar geen contractuele of wettelijke verplichting had om de ontvangen interest door te betalen aan een andere persoon, maar 'in wezen' niet het recht had op het 'gebruik en genot' van de interest, zoals bedoeld in de commentaren uit 2014 bij het [OESO-modelbelastingverdrag van 1977]?

2) a) Is de mogelijkheid voor een lidstaat om zich te beroepen op artikel 5, lid 1, van [richtlijn 2003/49], dat betrekking heeft op de toepassing van nationale voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruik, of op artikel 5, lid 2, van de richtlijn, onderworpen aan de voorwaarde dat de betrokken lidstaat een specifiek nationaal voorschrift ter uitvoering van artikel 5 van de richtlijn heeft vastgesteld dan wel dat het nationale recht algemene voorschriften of beginselen inzake fraude, misbruik en belastingontduiking bevat die in overeenstemming met artikel 5 kunnen worden uitgelegd?

b) Voor zover de tweede vraag[, onder a),] bevestigend wordt beantwoord, kan § 2, lid [1], onder d), van de selskabsskattelov, volgens welke de beperkte belastingplicht ter zake van rente-inkomsten zich niet uitstrekt tot 'interest waarover op grond van richtlijn [2003/49] betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten [...] geen belasting wordt geheven', dan worden aangemerkt als een specifiek nationaal voorschrift in de zin van artikel 5 van de richtlijn?

3) Is een bepaling van een tussen twee lidstaten gesloten en overeenkomstig het [OESO-modelbelastingverdrag] opgesteld dubbelbelastingverdrag, volgens welke de heffing van belasting over interest afhangt van de vraag of de ontvanger van de interest wordt aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde tot deze interest, een verdragsrechtelijk voorschrift ter bestrijding van misbruiken als bedoeld in artikel 5 van de richtlijn?

4) Is een lidstaat die niet erkent dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming de 'uiteindelijk gerechtigde' tot de interest is, en die stelt dat deze onderneming een zogenaamde kunstmatige doorstroomvennootschap is, krachtens richtlijn 2003/49 of artikel 10 EG verplicht mee te delen wie hij in dit geval beschouwt als de uiteindelijk gerechtigde?

5) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 2003/49 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over interest die zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van de desbetreffende interest beperkt belastingplichtig te zijn, staat artikel 43 EG juncto artikel 48 EG dan in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de inhoudingsplichtige (de dochteronderneming) bij niet-tijdige betaling van verschuldigde

bronbelasting verplicht tot betaling van moratoire interest tegen een rentevoet die hoger is dan de rentevoet die de betrokken lidstaat hanteert wanneer hij aan een in dezelfde lidstaat gevestigde onderneming moratoire interest in rekening brengt over verschuldigde vennootschapsbelasting (die zich onder meer uitstrekt tot rente-inkomsten)?

6) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 2003/49 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over interest die zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van de desbetreffende interest beperkt belastingplichtig te zijn, staan de artikelen 43 EG en 48 EG (dan wel artikel 56 EG) dan op zichzelf of gezamenlijk beschouwd in de weg aan een wettelijke regeling

– op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de betaler van de interest verplicht tot inhouding van bronbelasting op de interest en hem jegens de overheid aansprakelijk stelt voor de niet-ingehouden bronbelasting, wanneer een dergelijke inhoudingsplicht niet geldt als de ontvanger van de interest in laatstgenoemde lidstaat gevestigd is;

– op grond waarvan een moedermaatschappij in laatstgenoemde lidstaat tijdens de eerste twee belastingjaren niet onderworpen zou zijn aan de verplichting om voorheffing op de vennootschapsbelasting te betalen, maar pas vennootschapsbelasting zou moeten betalen op een beduidend later tijdstip dan dat waarop de bronbelasting opeisbaar wordt?

Het Hof wordt verzocht bij de beantwoording van de zesde vraag rekening te houden met het antwoord op de vijfde vraag.”

4) Zaak C-299/16, Z Denmark

64 Blijkens de verwijzingsbeslissing is Z Denmark een Deense industriële onderneming.

65 In augustus 2005 heeft het beleggingsfonds A Fund ongeveer 66 % van de A-aandelen in Z Denmark (die ongeveer 64 % van de stemrechten vertegenwoordigen) overgenomen van hun vorige eigenaren, beleggingsfonds B en de Deense financiële instelling C, terwijl D het resterende gedeelte van de A-aandelen behield. Voorts was een aantal hogere leidinggevenden van Z Denmark houder van B-aandelen.

66 A Fund bestaat uit vijf fondsen, waarvan er vier zijn opgezet als een commanditaire vennootschap (*Limited Partnership*) op Jersey, dit wil zeggen een volgens het Deense belastingrecht fiscaal transparante vorm. Het laatste fonds, A Fund (No. 5) Limited, Jersey, is een fiscaal niet-transparante vennootschap en heeft een belang in A Fund van ongeveer 0,5 %. Blijkens de door de verwijzende rechter verstrekte informatie hebben de beleggers in de eerste vier fondsen hun fiscale woonplaats in een groot aantal landen, zowel binnen als buiten de Unie.

67 Op 27 september 2005 heeft A Fund in het kader van de in punt 65 van het onderhavige arrest vermelde overname een lening toegekend aan Z Denmark ten belope van 146 010 341 DKK (ongeveer 19,6 miljoen EUR). De interest over de lening bedroeg 9 % per jaar.

68 Op 28 april 2006 heeft A Fund haar vordering op Z Denmark voor een totaalbedrag van 146 010 341 DKK (ongeveer 19,6 miljoen EUR) overgedragen aan Z Luxembourg, een vennootschap die A Fund diezelfde dag in Luxemburg had opgericht.

69 Bij de overdracht verstrekte A Fund een lening aan Z Luxembourg, eveneens ten belope van 146 010 341 DKK (ongeveer 19,6 miljoen EUR). De interest over de lening bedroeg 9,875 %,

en de interest moest op het einde van het jaar in rekening worden gebracht.

70 Op 21 juni 2006 heeft A Fund haar aandelen in Z Denmark overgedragen aan Z Luxembourg.

71 Uit de jaarrekening van Z Luxembourg over 2007 (de jaarrekening over 2006 bevatte vergelijkbare posten) komt naar voren dat haar activiteit uitsluitend bestond in de deelneming in Z Denmark. Uit deze jaarrekeningen blijkt ook dat Z Luxembourg in 2006 een verlies van 23 588 EUR boekte, en dat zij dit verlies in 2007 heeft omgebogen in een positief resultaat van 15 587 EUR. Uit deze jaarrekeningen blijkt eveneens dat de rente-inkomsten in die jaren respectievelijk 1 497 208 EUR en 1 192 881 EUR bedroegen, terwijl de rente-uitgaven respectievelijk 1 473 675 EUR en 1 195 124 EUR bedroegen. Voor 2006 beliep de post „Winstbelasting” (*Tax on profit*) 3 733 EUR, en voor 2007 beliep deze post 0 EUR.

72 Op 1 november 2007 heeft Z Denmark de door A Fund verstrekte lening afgelost. De gecumuleerde interest bedroeg op dat ogenblik 21 241 619 DKK (ongeveer 2,85 miljoen EUR). Dezelfde dag heeft Z Luxembourg haar schuld aan A Fund – die bestond uit kapitaal en interest – voldaan.

73 De SKAT heeft zich in zijn besluit van 10 december 2010 op het standpunt gesteld dat Z Luxembourg niet de uiteindelijk gerechtigde tot de van Z Denmark ontvangen interest was in de zin van richtlijn 2003/49 of het belastingverdrag tussen Luxemburg en Denemarken.

74 De Landsskatteret heeft het besluit van de SKAT bij beslissing van 31 januari 2012 bevestigd. De beslissing bevatte de volgende passages:

„[Z Luxembourg] wordt niet als een ‚uiteindelijk gerechtigde’ [(*beneficial owner*)] beschouwd, noch in de zin van het [belastingverdrag tussen Luxemburg en Denemarken], noch in de zin van [richtlijn 2003/49].

Tussen de partijen met gemeenschappelijke belangen is immers feitelijk een constructie opgezet waarbij [Z Luxembourg] de van [Z Denmark] ontvangen interest doorsluisd naar het beleggingsfonds, vanwaar deze interest opnieuw wordt doorgesluisd naar de beleggers in het fonds.

Door de overname van de vordering van het beleggingsfonds op [Z Denmark] door [Z Luxembourg] en de gelijktijdige aankoop door deze vennootschap van aandelen in [Z Denmark] via een lening die ongeveer dezelfde omvang heeft als deze vordering en onder bijna dezelfde voorwaarden wordt verstrekt, zou de belasting die van [Z Luxembourg] zou moeten worden geheven over de door de Deense onderneming betaalde interest, worden geneutraliseerd door de interest die zij aan het beleggingsfonds betaalt, zodat de transacties, gezamenlijk beschouwd, niet zouden leiden tot belastbare netto-inkomsten waarover de vennootschap belasting zou moeten betalen. De Luxemburgse onderneming wordt dan ook beschouwd als een doorstroomvennootschap die niet beschikt over een reële bevoegdheid/mogelijkheid om te beslissen hoe zij over de overgedragen middelen beschikt.

[Z Luxembourg] kan dus geen recht ontlenen aan het [belastingverdrag tussen Luxemburg en Denemarken] en/of [richtlijn 2003/49] om van de Deense bronbelasting te worden vrijgesteld.

Er is uiteengezet dat de interest die [Z Luxembourg] heeft overgeheveld naar het beleggingsfonds – dat transparant moet worden geacht – is doorgesluisd naar de beleggers in het fonds. Bijgevolg rijst de vraag of eventueel moet worden afgezien van belasting over de interest op basis van een dubbelbelastingverdrag dat op de beleggers van toepassing is. Gezien de wijze waarop de zaak is

gepresenteerd, is het niet gerechtvaardigd over deze kwestie te beslissen, om de eenvoudige reden dat de aangevoerde lijsten niet volstaan om aan te tonen dat er sprake is van een dubbele belastingheffing.”

75 Z Denmark heeft dit besluit van de Landsskatteret aangevochten bij de Deense rechterlijke instanties.

76 Voor de verwijzende rechter betoogt Z Denmark met name dat het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in de zin van richtlijn 2003/49 een Unierechtelijke begrip is dat autonoom en niet in het licht van het OESO-modelbelastingverdrag moet worden uitgelegd. Bij de uitlegging kunnen in elk geval enkel het OESO-modelbelastingverdrag van 1977 en de commentaren daarbij in aanmerking worden genomen. Een dynamische uitlegging is in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Z Denmark betwist voorts dat in casu sprake is van misbruik in de zin van richtlijn 2003/49.

77 Ten slotte levert Z Denmark kritiek op het met artikel 43 EG strijdige verschil in behandeling in de onderhavige zaak, met name op het feit dat Z Luxembourg de interest die zij uitkeert op een lening die zij bij haar aandeelhouder is aangegaan om een lening te kunnen verstrekken aan Z Denmark, niet kan aftrekken. Indien Z Luxembourg een Deense vennootschap was geweest, had zij deze uitgaven immers kunnen aftrekken en had zij geen belastbare rente-inkomsten gehad.

78 Wat de bronbelasting betreft, betoogt Z Denmark dat er een aantal fundamentele verschillen zijn met de belasting op de ingezeten vennootschappen. Ten eerste wordt de bronbelasting opeisbaar vóór de vennootschapsbelasting. Ten tweede is de moratoire interest op de bronbelasting aanzienlijk hoger dan die op de vennootschapsbelasting. Ten derde dient de kredietnemer de bronbelasting in te houden. Ten vierde is de kredietnemer eveneens verplicht de bronbelasting te betalen.

79 In die omstandigheden heeft de Vestre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het Westen van Denemarken) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) a) Dient artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 aldus te worden uitgelegd dat een in een lidstaat gevestigde onderneming die onder artikel 3 van deze richtlijn valt en die – onder omstandigheden als die van het hoofdgeding – van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming interest ontvangt, de „uiteindelijk gerechtigde” tot deze interest is in de zin van deze richtlijn?

b) Dient het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 te worden uitgelegd in overeenstemming met het overeenkomstige begrip in artikel 11 van het [OESO-modelbelastingverdrag van 1977]?

c) Indien [de eerste vraag, onder b),] bevestigend wordt beantwoord, dienen bij de uitlegging van dat begrip dan enkel de commentaren bij artikel 11 van het [OESO-modelbelastingverdrag van 1977] (punt 8) in aanmerking te worden genomen, of kunnen daarbij ook latere commentaren in aanmerking worden genomen, waaronder de aanvullingen uit 2003 over „doorstroomvennootschappen” (punt 8.1, thans punt 10.1) en de aanvullingen uit 2014 over „contractuele en wettelijke verplichtingen” (punt 10.2)?

d) Indien de commentaren uit 2003 bij de uitlegging in aanmerking kunnen worden genomen, in hoeverre is het dan voor de beoordeling of een onderneming kan worden geacht niet de „uiteindelijk gerechtigde” in de zin van richtlijn 2003/49 te zijn, van belang of de desbetreffende interest aan de hoofdsom wordt toegevoegd („wordt opgerold”), of op de ontvanger van de interest

een contractuele of wettelijke verplichting rustte om de interest door te betalen aan een andere persoon, en of het merendeel van de personen aan wie de interest wordt betaald of ten gunste van wie de interest wordt bijgeschreven en die door de staat waar de betaler van de interest is gevestigd, als de 'uiteindelijk gerechtigden' tot de interest worden aangemerkt, in andere lidstaten zijn gevestigd dan wel in staten waarmee het Koninkrijk Denemarken een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten, zodat er volgens de Deense belastingwetgeving geen grondslag zou hebben bestaan om bronbelasting te heffen indien die personen kredietgever waren geweest en aldus de interest rechtstreeks hadden ontvangen?

e) In hoeverre is het voor de beoordeling of de ontvanger van de interest dient te worden aangemerkt als de 'uiteindelijk gerechtigde' in de zin van de richtlijn, van belang dat de verwijzende rechter na de beoordeling van de feiten van het geding tot de bevinding komt dat deze ontvanger weliswaar geen contractuele of wettelijke verplichting had om de ontvangen interest door te betalen aan een andere persoon, maar in wezen niet het recht had op het 'gebruik en genot' van de interest, zoals bedoeld in de commentaren uit 2014 bij het [OESO-modelbelastingverdrag van 1977]?

2) a) Is de mogelijkheid voor een lidstaat om zich te beroepen op artikel 5, lid 1, van [richtlijn 2003/49], dat betrekking heeft op de toepassing van nationale voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruik, of op artikel 5, lid 2, van de richtlijn, onderworpen aan de voorwaarde dat de betrokken lidstaat een specifiek nationaal voorschrift ter uitvoering van artikel 5 van de richtlijn heeft vastgesteld dan wel dat het nationale recht algemene voorschriften of beginselen inzake fraude, misbruik en belastingontduiking bevat die in overeenstemming met artikel 5 kunnen worden uitgelegd?

b) Voor zover de tweede vraag[, onder a),] bevestigend wordt beantwoord, kan § 2, lid [1], onder d), van de selskabsskattelov, volgens welke de beperkte belastingplicht ter zake van rente-inkomsten zich niet uitstrekt tot 'interest waarover op grond van richtlijn [2003/49] betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten [...] geen belasting wordt geheven', dan worden aangemerkt als een specifiek nationaal voorschrift in de zin van artikel 5 van de richtlijn?

3) Is een bepaling van een tussen twee lidstaten gesloten en overeenkomstig het [OESO-modelbelastingverdrag] opgesteld dubbelbelastingverdrag, volgens welke de heffing van belasting over interest afhangt van de vraag of de ontvanger van de interest wordt aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde tot deze interest, een verdragsrechtelijk voorschrift ter bestrijding van misbruiken als bedoeld in artikel 5 van de richtlijn?

4) Is een lidstaat die niet erkent dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming de 'uiteindelijk gerechtigde' tot de interest is, en die stelt dat deze onderneming een zogenaamde kunstmatige doorstroomvennootschap is, krachtens richtlijn 2003/49 of artikel 10 EG verplicht mee te delen wie hij in dit geval beschouwt als de uiteindelijk gerechtigde?

5) Indien de betaler van de interest is gevestigd in een lidstaat terwijl de ontvanger van de interest is gevestigd in een andere lidstaat en door eerstgenoemde lidstaat niet wordt aangemerkt als de 'uiteindelijk gerechtigde' tot de desbetreffende interest in de zin van richtlijn 2003/49, zodat hij wordt geacht beperkt belastingplichtig te zijn in die lidstaat ter zake van de desbetreffende interest, staat artikel 43 EG juncto artikel 48 EG dan in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan eerstgenoemde lidstaat bij de heffing van belasting ten laste van de niet-ingezeten ontvanger van de interest geen rekening houdt met de uitgaven, meer bepaald de rentelasten, die de ontvanger van de interest in omstandigheden als die van het hoofdgeding heeft moeten dragen, hoewel rentelasten over het algemeen aftrekbaar zijn volgens de wettelijke regeling van deze lidstaat en dus door een ingezeten onderneming van haar belastbare inkomen kunnen

worden afgetrokken?

6) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 2003/49 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over interest die zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van de desbetreffende interest beperkt belastingplichtig te zijn, staat artikel 43 EG juncto artikel 48 EG dan in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de inhoudingsplichtige (de dochteronderneming) bij niet-tijdige betaling van verschuldigde bronbelasting verplicht tot betaling van moratoire interest tegen een rentevoet die hoger is dan de rentevoet die de betrokken lidstaat hanteert wanneer hij aan een in dezelfde lidstaat gevestigde onderneming moratoire interest in rekening brengt over verschuldigde vennootschapsbelasting (die zich onder meer uitstrekt tot rente-inkomsten)?

7) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 2003/49 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over interest die zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van de desbetreffende interest beperkt belastingplichtig te zijn, staan de artikelen 43 EG en 48 EG (dan wel artikel 56 EG) dan op zichzelf of gezamenlijk beschouwd in de weg aan een wettelijke regeling

– op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de betaler van de interest verplicht tot inhouding van bronbelasting op de interest en hem jegens de overheid aansprakelijk stelt voor de niet-gehouden bronbelasting, wanneer een dergelijke inhoudingsplicht niet geldt als de ontvanger van de interest in laatstgenoemde lidstaat gevestigd is;

– op grond waarvan een moedermaatschappij in laatstgenoemde lidstaat tijdens de eerste twee belastingjaren niet onderworpen zou zijn aan de verplichting om voorheffing op de vennootschapsbelasting te betalen, maar pas vennootschapsbelasting zou moeten betalen op een beduidend later tijdstip dan dat waarop de bronbelasting opeisbaar wordt?

Het Hof wordt verzocht bij de beantwoording van deze vraag rekening te houden met het antwoord op de zesde vraag.”

Procedure bij het Hof

80 Aangezien de vier hoofdgedingen, die alle betrekking hebben op de uitlegging van richtlijn 2003/49 en de in de Verdragen neergelegde fundamentele vrijheden, verknocht zijn, moeten zij worden gevoegd voor het arrest.

81 Bij brief van 2 maart 2017 heeft de Deense regering overeenkomstig artikel 16, derde alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie verzocht dat deze zaken door de Grote kamer van het Hof worden behandeld. Gelet op de gelijkenissen tussen deze zaken en de zaken C-116/16 en C-117/16, die aan de orde zijn in het arrest van heden T Danmark en Y Denmark ApS (C-116/16 en C-117/16), heeft de Deense regering het Hof eveneens gesuggereerd om krachtens artikel 77 van zijn Reglement voor de procesvoering in al die zaken een gemeenschappelijke pleitzitting te houden. Het Hof heeft de verzoeken van de Deense regering ingewilligd.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

82 De door de nationale rechters gestelde vragen hebben betrekking op drie onderwerpen. Het

eerste onderwerp betreft het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in de zin van richtlijn 2003/49 en het bestaan van een rechtsgrondslag op basis waarvan een lidstaat de in artikel 1, lid 1, van deze richtlijn bedoelde vrijstelling van alle belastingen mag weigeren aan een vennootschap die interest heeft uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde entiteit, op grond dat sprake is van rechtsmisbruik. Voor zover een dergelijke rechtsgrondslag bestaat, betreft het tweede onderwerp dat in de vragen aan bod komt de bestanddelen van een eventueel rechtsmisbruik en de desbetreffende bewijsregels. Ten slotte betreft het derde onderwerp dat in de vragen aan bod komt en dat eveneens aan de orde wordt gesteld voor het geval dat een lidstaat de betrokken vennootschap de voordelen van richtlijn 2003/49 kan weigeren, de uitlegging van de bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal. Aan de hand daarvan willen de verwijzende rechters nagaan of de Deense wetgeving in strijd is met deze vrijheden.

Eerste vraag, onder a) tot en met c), tweede vraag, onder a) en b), en derde vraag in de zaken C?115/16, C?118/16, C?119/16 en C?299/16

83 Met de eerste vraag, onder a) tot en met c), in de zaken C?115/16, C?118/16, C?119/16 en C?299/16 wensen de verwijzende rechters in wezen in de eerste plaats te vernemen hoe het begrip „uiteindelijk gerechtigde tot de interest” in de zin van artikel 1, leden 1 en 4, van richtlijn 2003/49 moet worden uitgelegd. In de tweede plaats wensen de verwijzende rechters met de tweede vraag, onder a) en b), en de derde vraag in de zaken C?115/16, C?118/16, C?119/16 en C?299/16 in wezen te vernemen of de bij artikel 5 van richtlijn 2003/49 toegestane bestrijding van fraude of misbruiken vereist dat er een nationale of verdragsrechtelijke antimisbruikbepaling bestaat in de zin van lid 1 van dat artikel. Zij wensen met name te vernemen of een nationaal of verdragsrechtelijk voorschrift waarin het begrip „uiteindelijk gerechtigde” is opgenomen, kan worden geacht een rechtsgrondslag te bieden voor de bestrijding van fraude of rechtsmisbruik.

Begrip „uiteindelijk gerechtigde tot de interest”

84 Om te beginnen zij opgemerkt dat het in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 neergelegde begrip „uiteindelijk gerechtigde tot de interest” niet kan verwijzen naar nationaalrechtelijke begrippen van uiteenlopende strekking.

85 In dit verband is geoordeeld dat uit de overwegingen 2 tot en met 4 van richtlijn 2003/49 blijkt dat deze richtlijn ertoe strekt dubbele belasting op uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen uit verschillende lidstaten af te schaffen en te waarborgen dat deze uitkeringen eenmaal in een enkele lidstaat worden belast, en dat de afschaffing van de belasting op deze uitkeringen in de lidstaat waar zij ontstaan het geschiktste middel is om een gelijke fiscale behandeling van nationale en transnationale transacties te waarborgen (arrest van 21 juli 2011, Scheuten Solar Technology, C?397/09, EU:C:2011:499, punt 24).

86 De werkingssfeer van richtlijn 2003/49, zoals afgebakend in artikel 1, lid 1, ervan, ziet derhalve op de vrijstelling van uitkeringen van interest en royalty's die ontstaan in de bronstaat, wanneer de uiteindelijk gerechtigde ervan een in een andere lidstaat gevestigde onderneming of een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van een onderneming van een lidstaat is (arrest van 21 juli 2011, Scheuten Solar Technology, C?397/09, EU:C:2011:499, punt 25).

87 Het Hof heeft voorts beklemtoond dat het begrip „interest” in artikel 2, onder a), van die richtlijn wordt gedefinieerd als „inkomsten uit schuldvorderingen van welke aard ook”, zodat de uiteindelijk gerechtigde als enige interesten kan ontvangen die inkomsten uit dergelijke schuldvorderingen vormen (zie in die zin arrest van 21 juli 2011, Scheuten Solar Technology, C?397/09, EU:C:2011:499, punt 27).

88 Het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in de zin van die richtlijn moet bijgevolg aldus worden uitgelegd dat het ziet op een entiteit die daadwerkelijk het genot heeft van de aan haar uitgekeerde interest. Artikel 1, lid 4, van dezelfde richtlijn biedt steun aan deze verwijzing naar de economische realiteit, door te preciseren dat een onderneming van een lidstaat alleen als uiteindelijk gerechtigde tot interest of royalty's wordt behandeld indien zij de betrokken uitkeringen te eigen gunste ontvangt, en niet als bemiddelende instantie, bijvoorbeeld als tussenpersoon, trustee of gemachtigde van een derde.

89 Zoals blijkt uit punt 10 van dit arrest, wordt in een aantal taalversies van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 – de Bulgaarse, de Franse, de Letse en de Roemeense – weliswaar het begrip „begunstigde” gebruikt, maar dit neemt niet weg dat in de andere versies uitdrukkingen worden gebruikt als „daadwerkelijke begunstigde” (in de Spaanse, de Tsjechische, de Estse, de Engelse, de Italiaanse, de Litouwse, de Maltese, de Portugese en de Finse taalversie), „eigenaar”/„houder van het gebruiksrecht” (in de Duitse, de Deense, de Griekse, de Kroatische, de Hongaarse, de Poolse, de Slowaakse, de Sloveense en de Zweedse taalversie), en „uiteindelijk gerechtigde” (in de Nederlandse taalversie). Uit het gebruik van deze verschillende uitdrukkingen blijkt dat het begrip „uiteindelijk gerechtigde” niet verwijst naar een formeel vastgestelde begunstigde, maar naar de entiteit die het economische genot van de ontvangen interest heeft en derhalve vrij kan beslissen over het gebruik ervan. Zoals in herinnering is gebracht in punt 86 van dit arrest, kan enkel een in de Unie gevestigde entiteit worden aangemerkt als een uiteindelijk gerechtigde tot de interest die in aanmerking komt voor de vrijstelling van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49.

90 Zoals blijkt uit het op 6 maart 1998 ingediende voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten [document COM (1998) 67 def.], dat aan richtlijn 2003/49 ten grondslag ligt, bouwt deze richtlijn bovendien voort op artikel 11 van het OESO-modelbelastingverdrag van 1996, en heeft zij net zoals deze bepaling tot doel internationale dubbele belasting te voorkomen. Het begrip „uiteindelijk gerechtigde”, dat is opgenomen in de op dit modelverdrag gebaseerde bilaterale verdragen, alsook de opeenvolgende wijzigingen van dat modelverdrag en de commentaren daarbij, zijn dan ook relevant voor de uitlegging van die richtlijn.

91 Verzoeksters in het hoofdgeding betogen dat het begrip „uiteindelijk gerechtigde tot de interest of de royalty's” in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49, niet mag worden uitgelegd in het licht van het OESO-modelbelastingverdrag en de commentaren daarbij, aangezien een dergelijke uitlegging elke vorm van democratische legitimiteit mist. Dit argument kan echter niet worden aanvaard. Zelfs indien een dergelijke uitlegging voortbouwt op de werkzaamheden van de OESO, is zij immers, zoals blijkt uit de punten 85 tot en met 90 van het onderhavige arrest, gebaseerd op die richtlijn zelf en haar ontstaansgeschiedenis, waarin de democratische werking van de Unie tot uiting komt.

92 Uit de in de punten 4 tot en met 6 van dit arrest uiteengezette evolutie van het OESO-modelbelastingverdrag en de commentaren daarbij volgt dat doorstroomvennootschappen van het begrip „uiteindelijk gerechtigde” zijn uitgesloten, en dat dit begrip niet in een enge en technische zin moet worden opgevat, maar op zodanige wijze dat dubbele belasting kan worden voorkomen en belastingfraude en -ontduiking kunnen worden tegengegaan.

93 Deze evolutie komt eveneens tot uiting in de bilaterale verdragen die de lidstaten op basis van het OESO-modelbelastingverdrag met andere lidstaten hebben gesloten, zoals het Noordse belastingverdrag. De uitdrukking „uiteindelijk gerechtigde” in de zin van dat modelverdrag is immers opgenomen in elk van deze in de punten 16 tot en met 18 van het onderhavige arrest genoemde verdragen.

94 Voorts zij gepreciseerd dat de omstandigheid dat de onderneming die de interest in een lidstaat ontvangt niet de „uiteindelijk gerechtigde” tot deze interest is, als zodanig niet noodzakelijk betekent dat de vrijstelling van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 niet van toepassing is. Het is immers mogelijk dat deze interest uit hoofde van die bepaling in de bronstaat wordt vrijgesteld indien de onderneming die de interest ontvangt deze overdraagt aan een in de Unie gevestigde uiteindelijk gerechtigde die bovendien voldoet aan alle voorwaarden van richtlijn 2003/49 om voor een dergelijke vrijstelling in aanmerking te komen.

Noodzaak van een specifieke nationale of verdragsrechtelijke bepaling ter uitvoering van artikel 5 van richtlijn 2003/49

95 De nationale rechters wensen te vernemen of een lidstaat, teneinde rechtsmisbruik bij de toepassing van richtlijn 2003/49 tegen te gaan, een specifieke nationale bepaling ter omzetting van deze richtlijn moet hebben vastgesteld, dan wel zich kan beroepen op nationale of verdragsrechtelijke beginselen of voorschriften ter bestrijding van misbruik.

96 In dit verband is het vaste rechtspraak dat er in het Unierecht een algemeen rechtsbeginsel bestaat volgens hetwelk justitiabelen zich niet door middel van fraude of misbruik kunnen beroepen op het Unierecht (arresten van 9 maart 1999, Centros, C?212/97, EU:C:1999:126, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 21 februari 2006, Halifax e.a., C?255/02, EU:C:2006:121, punt 68; 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C?196/04, EU:C:2006:544, punt 35; 22 november 2017, Cussens e.a., C?251/16, EU:C:2017:881, punt 27, en 11 juli 2018, Commissie/België, C?356/15, EU:C:2018:555, punt 99).

97 De justitiabelen dienen dit algemene rechtsbeginsel na te leven. De Unieregelgeving mag immers niet zo ruim worden toegepast dat zij transacties zou dekken die zijn verricht met het doel om door fraude of misbruik te profiteren van de door het Unierecht toegekende voordelen (zie in die zin arresten van 5 juli 2007, Kofoed, C?321/05, EU:C:2007:408, punt 38; 22 november 2017, Cussens e.a., C?251/16, EU:C:2017:881, punt 27, en 11 juli 2018, Commissie/België, C?356/15, EU:C:2018:555, punt 99).

98 Uit dit beginsel volgt dan ook dat een lidstaat de toepassing van de Unierechtelijke bepalingen moet weigeren indien zij niet worden ingeroepen ter verwezenlijking van de doelstellingen van deze bepalingen, maar om een Unierechtelijk voordeel te verkrijgen terwijl slechts formeel voldaan is aan de voorwaarden om op dit voordeel aanspraak te maken.

99 Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de douaneformaliteiten niet worden vervuld in het kader van normale handelstransacties, maar uitsluitend om formele redenen en met het doel om op onrechtmatige wijze compenserende bedragen (zie in die zin arresten van 27 oktober 1981, Schumacher e.a., 250/80, EU:C:1981:246, punt 16, en 3 maart 1993, General Milk Products, C?8/92, EU:C:1993:82, punt 21) of uitvoerrestituties (zie in die zin arrest van 14 december 2000, Emsland-Stärke, C?110/99, EU:C:2000:695, punt 59) te verkrijgen.

100 Verder wordt het beginsel van verbod van rechtsmisbruik toegepast op verschillende domeinen, zoals het vrije verkeer van goederen (arrest van 10 januari 1985, Association des Centres distributeurs Leclerc en Thouars Distribution, 229/83, EU:C:1985:1, punt 27), het vrij

verrichten van diensten (arrest van 3 februari 1993, Veronica Omroep Organisatie, C?148/91, EU:C:1993:45, punt 13), overheidsopdrachten voor diensten (arrest van 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” e.a., C?113/13, EU:C:2014:2440, punt 62), de vrijheid van vestiging (arrest van 9 maart 1999, Centros, C?212/97, EU:C:1999:126, punt 24), het vennootschapsrecht (arrest van 23 maart 2000, Diamantis, C?373/97, EU:C:2000:150, punt 33), de sociale zekerheid (arresten van 2 mei 1996, Paletta, C?206/94, EU:C:1996:182, punt 24; 6 februari 2018, Altun e.a., C?359/16, EU:C:2018:63, punt 48, en 11 juli 2018, Commissie/België, C?356/15, EU:C:2018:555, punt 99), het vervoer (arrest van 6 april 2006, Agip Petroli, C?456/04, EU:C:2006:241, punten 19?25), het sociale beleid (arrest van 28 juli 2016, Kratzer, C?423/15, EU:C:2016:604, punten 37?41), beperkende maatregelen (arrest van 21 december 2011, Afrasiabi e.a., C?72/11, EU:C:2011:874, punt 62) en de belasting over de toegevoegde waarde (btw) (arrest van 21 februari 2006, Halifax e.a., C?255/02, EU:C:2006:121, punt 74).

101 Met betrekking tot de btw heeft het Hof herhaaldelijk geoordeeld dat de bestrijding van eventuele fraude en belastingontwijking en eventueel misbruik weliswaar een doel is dat door de Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB 1977, L 145, blz. 1) wordt erkend en gestimuleerd, maar dat dit niet wegneemt dat het beginsel van verbod van misbruik een algemeen Unierechtelijk beginsel is waarvan de toepassing losstaat van de vraag of de rechten en voordelen waarvan misbruik is gemaakt hun grondslag vinden in de Verdragen, een verordening of een richtlijn (zie in die zin arrest van 22 november 2017, Cussens e.a., C?251/16, EU:C:2017:881, punten 30 en 31).

102 Hieruit volgt dat het algemene beginsel van verbod van misbruik moet worden tegengeworpen aan een persoon die zich beroept op bepaalde Unierechtelijke regels die in een voordeel voorzien, op een wijze die niet in overeenstemming is met de doelstellingen van deze regels. Het Hof heeft dan ook geoordeeld dat dit beginsel kan worden tegengeworpen aan een belastingplichtige om hem met name het recht op btw-vrijstelling te ontfangen, ook indien de nationale wet niet voorziet in bepalingen van die strekking (zie in die zin arresten van 18 december 2014, Schoenimport „Italmoda” Mariano Previti e.a., C?131/13, C?163/13 en C?164/13, EU:C:2014:2455, punt 62, en 22 november 2017, Cussens e.a., C?251/16, EU:C:2017:881, punt 33).

103 De SKAT heeft in de hoofdgedingen aangevoerd dat misbruik is gemaakt van richtlijn 2003/49, die is vastgesteld om de ontwikkeling van een eengemaakte markt met de kenmerken van een interne markt te bevorderen en die in de bronstaat in een vrijstelling voorziet voor de interest die wordt uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde verbonden vennootschap. Zoals blijkt uit het in punt 90 van dit arrest vermelde voorstel voor een richtlijn, bouwen bepaalde in deze richtlijn vastgestelde definities voort op die welke zijn vastgesteld in artikel 11 van het OESO-modelbelastingverdrag van 1996.

104 Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2003/49 bepaalt weliswaar dat deze richtlijn geen beletsel vormt voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken, maar deze bepaling kan niet aldus worden uitgelegd dat zij de toepassing van het in de punten 96 tot en met 98 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik uitsluit. De transacties die volgens de SKAT rechtsmisbruik opleveren, vallen immers binnen de werkingssfeer van het Unierecht (zie in die zin arrest van 22 december 2010, Weald Leasing, C?103/09, EU:C:2010:804, punt 42) en zij kunnen onverenigbaar zijn met het doel van die richtlijn.

105 Verder bepaalt artikel 5, lid 2, van richtlijn 2003/49 weliswaar dat de lidstaten het genot van

deze richtlijn kunnen ontzeggen of weigeren de richtlijn toe te passen in het geval van fraude, ontwijking of misbruik, maar deze bepaling kan evenmin aldus worden uitgelegd dat zij de toepassing van het algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik uitsluit, aangezien het voor de toepassing van dit beginsel niet vereist is dat het wordt omgezet, wat wel het geval is voor de bepalingen van die richtlijn (zie in die zin arrest van 22 november 2017, Cussens e.a., C-251/16, EU:C:2017:881, punten 28 en 31).

106 Zoals in punt 85 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, blijkt uit de overwegingen 2 tot en met 4 van richtlijn 2003/49 dat deze ertoe strekt dubbele belasting op uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen uit verschillende lidstaten of tussen vaste inrichtingen van deze ondernemingen af te schaffen teneinde, ten eerste, belastende administratieve formaliteiten en kasmiddelenproblemen te vermijden en, ten tweede, een gelijke fiscale behandeling van nationale en transnationale transacties te waarborgen.

107 Het zou niet stroken met de doelstellingen van richtlijn 2003/49 om financiële constructies toe te staan die enkel tot doel hebben te profiteren van de fiscale voordelen die voortvloeien uit de toepassing van deze richtlijn. Dit zou integendeel afbreuk doen aan de economische samenhang en de goede werking van de interne markt doordat de concurrentievoorwaarden zouden worden vervalst. Zoals de advocaat-generaal in punt 63 van haar conclusie in zaak C-115/16 in wezen heeft opgemerkt, geldt dit ook wanneer de constructies in kwestie niet uitsluitend dat doel nastreven, daar het Hof heeft geoordeeld dat het beginsel van verbod van misbruik in fiscale zaken van toepassing is wanneer de betrokken constructies in wezen gericht zijn op het verkrijgen van een belastingvoordeel (zie in die zin arresten van 21 februari 2008, Part Service, C-425/06, EU:C:2008:108, punt 45, en 22 november 2017, Cussens e.a., C-251/16, EU:C:2017:881, punt 53).

108 Het recht van de belastingplichtigen om te profiteren van de concurrentie tussen de lidstaten doordat de inkomstenbelasting niet is geharmoniseerd staat overigens niet in de weg aan de toepassing van het algemene beginsel van verbod van misbruik. In dit verband moet eraan worden herinnerd dat richtlijn 2003/49 een harmonisatie beoogt op het gebied van directe belastingen via de afschaffing van dubbele belasting, zodat de marktdeelnemers gebruik kunnen maken van de interne markt, en in het bijzonder dat in overweging 6 van deze richtlijn wordt gepreciseerd dat het de lidstaten niet mag worden belet passende maatregelen ter bestrijding van fraude of misbruik te nemen.

109 Dat een belastingplichtige de voor hem meest voordelige belastingregeling nastreeft, volstaat als zodanig weliswaar niet om uit te gaan van een algemeen vermoeden van fraude of misbruik (zie in die zin arresten van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 50; 29 november 2011, National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, punt 84, en 24 november 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, punt 60), maar dit neemt niet weg dat deze belastingplichtige niet in aanmerking komt voor een uit het Unierecht voortvloeiend recht of voordeel indien de constructie in kwestie economisch gezien volstrekt kunstmatig is en ertoe strekt de wetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken (zie in die zin arresten van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 51; 7 november 2013, K, C-322/11, EU:C:2013:716, punt 61, en 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, punten 61-63).

110 Hieruit volgt dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties het genot van de rechten van richtlijn 2003/49 moeten weigeren indien op deze rechten aanspraak wordt gemaakt door middel van fraude of misbruik.

111 Gelet op het algemene Unierechtelijke beginsel van verbod van misbruik en de noodzaak

ervoor te zorgen dat dit beginsel wordt nageleefd bij de tenuitvoerlegging van het Unierecht, blijft de verplichting voor de nationale autoriteiten om het genot van de rechten van richtlijn 2003/49 te weigeren indien op deze rechten aanspraak wordt gemaakt door middel van fraude of misbruik dus overeind, ook al zijn er geen nationale of verdragsrechtelijke antimisbruikbepalingen.

112 Onder verwijzing naar het arrest van 5 juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), dat een vrijstelling betreft uit hoofde van 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 L 225, blz. 1), betogen verzoeksters in het hoofdgeding dat de betrokken lidstaat ingevolge artikel 5, lid 1, van richtlijn 2003/49 slechts mag weigeren de voordelen van deze richtlijn toe te kennen wanneer in de nationale wetgeving een afzonderlijke en specifieke rechtsgrondslag daarvoor bestaat.

113 Deze redenering kan echter niet worden aanvaard.

114 Het is juist dat het Hof in punt 42 van het arrest van 5 juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), in herinnering heeft gebracht dat het rechtszekerheidsbeginsel zich ertegen verzet dat richtlijnen uit zichzelf verplichtingen aan particulieren kunnen opleggen en derhalve als zodanig door de lidstaat kunnen worden ingeroepen tegen particulieren.

115 Het heeft ook in herinnering gebracht dat deze vaststelling niet afdoet aan het vereiste dat alle met overheidsgezag beklede instanties van een lidstaat bij de toepassing van het nationale recht dit zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijnen, teneinde het ermee beoogde resultaat te bereiken, zodat deze instanties aldus een richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht kunnen tegenwerpen aan particulieren (zie in die zin arrest van 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

116 Op basis van deze overwegingen heeft het Hof de verwijzende rechter verzocht te onderzoeken of het Deense recht een bepaling of algemeen beginsel kende op grond waarvan rechtsmisbruik is verboden, dan wel andere bepalingen inzake belastingfraude of ontwijking die zouden kunnen worden uitgelegd in overeenstemming met de bepaling van richtlijn 90/434 volgens welke een lidstaat in wezen kan weigeren het in deze richtlijn neergelegde recht op aftrek toe te passen indien sprake is van een transactie die voornamelijk een dergelijke fraude of ontwijking beoogt, en vervolgens in voorkomend geval na te gaan of in het hoofdgeding was voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van die nationale bepalingen (zie in die zin arrest van 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, punten 46 en 47).

117 Zelfs indien in de hoofdgedingen zou komen vast te staan dat het nationale recht geen regels omvat die in overeenstemming met artikel 5 van richtlijn 2003/49 kunnen worden uitgelegd, mag daar echter, ongeacht hetgeen het Hof heeft geoordeeld in het arrest van 5 juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), niet uit worden afgeleid dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties het voordeel dat voortvloeit uit het in artikel 1, lid 1, van deze richtlijn neergelegde recht op vrijstelling niet kunnen weigeren in geval van fraude of rechtsmisbruik (zie naar analogie arrest van 18 december 2014, Schoenimport „Italmoda” Mariano Previti e.a., C-131/13, C-163/13 en C-164/13, EU:C:2014:2455, punt 54).

118 In dergelijke omstandigheden wordt de weigering aan een belastingplichtige immers niet bestreken door de in punt 114 van het onderhavige arrest genoemde situatie, aangezien deze weigering strookt met het algemene Unierechtelijke beginsel dat niemand zich door middel van fraude of misbruik kan beroepen op het Unierecht (zie naar analogie arrest van 18 december 2014, Schoenimport „Italmoda” Mariano Previti e.a., C?131/13, C?163/13 en C?164/13, EU:C:2014:2455, punten 55 en 56, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

119 Aangezien dus in geval van fraude of misbruik geen aanspraak kan worden gemaakt op een recht dat wordt verleend door de rechtsorde van de Unie, zoals in punt 96 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, betekent de weigering van een voordeel dat voortvloeit uit een richtlijn – in casu richtlijn 2003/49 – niet dat aan de betrokken particulier een verplichting wordt opgelegd uit hoofde van deze richtlijn, maar is dit louter de consequentie van de vaststelling dat enkel formeel is voldaan aan de objectieve voorwaarden die in deze richtlijn aan de verlening van het gewenste recht zijn verbonden (zie naar analogie arrest van 18 december 2014, Schoenimport „Italmoda” Mariano Previti e.a., C?131/13, C?163/13 en C?164/13, EU:C:2014:2455, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

120 In deze omstandigheden moeten de lidstaten het uit richtlijn 2003/49 voortvloeiende voordeel weigeren overeenkomstig het algemene beginsel van verbod van misbruik, volgens hetwelk het Unierecht geen misbruiken van ondernemers kan dekken (zie in die zin arrest van 11 juli 2018, Commissie/België, C?356/15, EU:C:2018:555, punt 99 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

121 Gelet op de vaststelling in punt 111 van het onderhavige arrest is het niet nodig te antwoorden op de derde vraag van de verwijzende rechters, waarmee zij in wezen wensen te vernemen of een bepaling van een bilateraal verdrag ter vermijding van dubbele belasting waarin het begrip „uiteindelijk gerechtigde” wordt gebruikt, een rechtsgrondslag kan bieden voor de bestrijding van fraude en misbruik in het kader van richtlijn 2003/49.

122 Gelet op een en ander moeten de eerste vraag, onder a) tot en met c), en de tweede vraag, onder a) en b), in de zaken C?115/16, C?118/16, C?119/16 en C?299/16 worden beantwoord als volgt:

– Artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2003/49 moet aldus worden uitgelegd dat de in deze bepaling bedoelde vrijstelling van alle belastingen over uitkeringen van interest uitsluitend toekomt aan de uiteindelijk gerechtigden tot deze interest, namelijk de entiteiten die uit economisch oogpunt daadwerkelijk het genot hebben van deze interest en dus vrij kunnen beslissen over het gebruik ervan.

– Het algemene Unierechtelijke beginsel volgens hetwelk justitiabelen zich niet door middel van fraude of misbruik kunnen beroepen op het Unierecht, dient aldus te worden uitgelegd dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties de in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 bedoelde vrijstelling van alle belastingen over uitkeringen van interest moeten weigeren aan een belastingplichtige in geval van fraude of misbruik, ook indien de nationale wet of de verdragen niet voorzien in bepalingen van die strekking.

Eerste vraag, onder d) tot en met f), in de zaken C?115/16, C?118/16 en C?119/16, eerste vraag, onder d) en e), in zaak C?299/16, vierde vraag in de zaken C?115/16 en C?118/16, vijfde vraag in zaak C?115/16, zesde vraag in zaak C?118/16, en vierde vraag in de zaken C?119/16 en C?299/16

123 Met de eerste vraag, onder d) tot en met f), in de zaken C?115/16, C?118/16 en C?119/16,

de eerste vraag, onder d) en e), in zaak C-299/16, en de vierde vraag in de zaken C-115/16 en C-118/16 wensen de verwijzende rechters in wezen te vernemen wat de bestanddelen van rechtsmisbruik zijn, en hoe het bestaan van deze bestanddelen kan worden aangetoond. In dit verband wensen zij met name te vernemen of er sprake kan zijn van rechtsmisbruik wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot de door de doorstroomvennootschappen overgehevelde interest een vennootschap is die is gevestigd in een derde staat waarmee de betrokken lidstaat een belastingverdrag ter vermijding van dubbele belasting heeft gesloten. Met de vijfde vraag in zaak C-115/16, de zesde vraag in zaak C-118/16 en de vierde vraag in de zaken C-119/16 en C-299/16 wensen de verwijzende rechters in wezen te vernemen of een lidstaat die niet erkent dat een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap de uiteindelijk gerechtigde tot de interest is, verplicht is de vennootschap aan te duiden die hij in voorkomend geval beschouwt als de uiteindelijk gerechtigde.

Bestanddelen van rechtsmisbruik en desbetreffende bewijzen

124 Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof, is voor het bewijs dat sprake is van misbruik enerzijds een geheel van objectieve omstandigheden vereist waaruit blijkt dat in weerwil van de formele naleving van de door de Unieregeling opgelegde voorwaarden het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt, en anderzijds een subjectief element, namelijk de bedoeling om een door de Unieregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat (arresten van 14 december 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, punten 52 en 53, en 12 maart 2014, O. en B., C-456/12, EU:C:2014:135, punt 58).

125 Of de bestanddelen van misbruik aanwezig zijn en met name of ondernemers enkel formele of kunstmatige transacties hebben verricht waarvoor geen economische en commerciële rechtvaardiging bestaat, met als voornaamste doel een wederrechtelijk voordeel te verkrijgen, kan dan ook worden nagegaan aan de hand van een onderzoek van alle feiten (zie in die zin arresten van 20 juni 2013, Newey, C-653/11, EU:C:2013:409, punten 47-49; 13 maart 2014, SICES e.a., C-155/13, EU:C:2014:145, punt 33, en 14 april 2016, Cervati en Malvi, C-131/14, EU:C:2016:255, punt 47).

126 Het staat niet aan het Hof de feiten van het hoofdgeding te beoordelen. Het Hof kan echter in voorkomend geval in zijn prejudiciële beslissing aanwijzingen verstrekken teneinde de nationale rechters bij hun beoordeling van de bij hen aanhangige zaken te leiden. In de hoofdgedingen zou op basis van een aantal van deze aanwijzingen weliswaar kunnen worden vastgesteld dat sprake is van rechtsmisbruik, maar het staat aan de verwijzende rechters om na te gaan of deze aanwijzingen objectief zijn en onderling overeenstemmen, en of verzoeksters in het hoofdgeding de gelegenheid hebben gehad het tegenbewijs te leveren.

127 Een concern dat niet is opgericht om redenen die de economische realiteit weerspiegelen, een zuiver formele structuur heeft en als voornaamste doel of een van zijn voornaamste doelen heeft een belastingvoordeel te verkrijgen dat de strekking of het doel van de toepasselijke belastingwetgeving ondermijnt, kan worden beschouwd als een kunstmatige constructie. Dit is met name het geval wanneer de betaling van belasting over de interest wordt vermeden doordat aan de concernstructuur een doorstroomvennootschap wordt toegevoegd tussen de vennootschap die de interest uitkeert en de uiteindelijk gerechtigde tot deze interest.

128 Dat de vennootschap die de interest heeft ontvangen deze interest zeer snel na de ontvangst ervan volledig of nagenoeg volledig doorsluis naar entiteiten die niet aan de toepassingsvoorwaarden van richtlijn 2003/49 voldoen omdat zij niet in een lidstaat zijn gevestigd, niet een van de in de bijlage bij deze richtlijn genoemde rechtsvormen hebben, niet onderworpen zijn aan een van de in artikel 3, onder a), punt iii), van deze richtlijn opgesomde belastingen

zonder daarvan te zijn vrijgesteld, dan wel omdat zij geen verbonden onderneming zijn in de zin van artikel 3, onder b), van dezelfde richtlijn, vormt dan ook een aanwijzing dat sprake is van een constructie die ertoe strekt ten onrechte de vrijstelling van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 te verkrijgen.

129 Entiteiten die hun fiscale woonplaats buiten de Unie hebben, zoals de in de zaken C-119/16 en C-299/16 aan de orde zijnde vennootschappen of de in de zaken C-115/16 en C-299/16 aan de orde zijnde beleggingsfondsen, voldoen niet aan de toepassingsvoorwaarden van richtlijn 2003/49. In deze zaken zou het Koninkrijk Denemarken bronbelasting hebben kunnen innen indien de Deense debiteur de interest rechtstreeks had uitgekeerd aan de begunstigde entiteiten die volgens het ministerie van Financiën de uiteindelijk gerechtigden tot deze interest waren.

130 Het kunstmatige karakter van een constructie kan eveneens worden gestaafd door de omstandigheid dat het betrokken concern zo is georganiseerd dat de vennootschap die de door de debiteur uitgekeerde interest ontvangt deze interest op haar beurt moet doorbetalen aan een derde vennootschap die niet voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van richtlijn 2003/49, hetgeen tot gevolg heeft dat zij slechts een onbeduidende belastbare winst behaalt wanneer zij optreedt als een doorstroomvennootschap die geldstromen mogelijk maakt van de debiteur naar de entiteit die de uiteindelijk gerechtigde tot de uitgekeerde bedragen is.

131 Er is sprake van een onderneming die fungeert als doorstroomvennootschap indien deze onderneming zich uitsluitend bezighoudt met het ontvangen van interest en de overdracht ervan aan de uiteindelijk gerechtigde of andere doorstroomvennootschappen. In dit verband moet het ontbreken van een daadwerkelijke economische activiteit, in het licht van de specifieke kenmerken van de economische activiteit in kwestie, worden afgeleid uit een onderzoek van alle relevante gegevens betreffende met name het beheer van de onderneming, haar boekhoudkundige balans, haar kostenstructuur en de werkelijk gemaakte kosten, haar werknemers, alsook haar kantoren en uitrusting.

132 De verschillende overeenkomsten die zijn gesloten tussen de bij de betreffende financiële verrichtingen betrokken vennootschappen en die geldstromen binnen de groep doen ontstaan die ertoe kunnen strekken, zoals nader is bepaald in artikel 4 van richtlijn 2003/49, de winsten van een begunstigde commerciële onderneming over te dragen aan de aandeelhoudende vennootschappen met als doel belastingen te vermijden of de belastingdruk zoveel mogelijk te beperken, kunnen eveneens aanwijzingen zijn voor een kunstmatige constructie. De wijze waarop de verrichtingen worden gefinancierd, de waardering van het eigen vermogen van de tussenvennootschappen, alsook het gebrek aan bevoegdheid van de doorstroomvennootschappen om vanuit economisch oogpunt vrij over de ontvangen interest te beschikken, kunnen eveneens aanwijzingen vormen voor een dergelijke constructie. Dergelijke aanwijzingen kunnen niet alleen bestaan in een contractuele of wettelijke verplichting voor de onderneming die de interest ontvangt om deze interest door te betalen aan een derde, maar eveneens in de omstandigheid dat deze onderneming, zoals de verwijzende rechter in de zaken C-115/16, C-118/16 en C-119/16 opmerkt, „in wezen” niet het recht heeft op het gebruik en genot van die bedragen, ook al rust op haar geen dergelijke contractuele of wettelijke verplichting.

133 Verder kunnen dergelijke aanwijzingen worden versterkt door het feit dat de complexe financiële transacties en de intragroepsleningen samenvallen met, of ongeveer in dezelfde periode vallen als, de inwerkingtreding van belangrijke nieuwe belastingwetgeving, zoals de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde Deense wetgeving, die verschillende holdings trachten te ontwijken.

134 De verwijzende rechters wensen eveneens in wezen te vernemen of er sprake kan zijn van rechtsmisbruik wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot de door de doorstroomvennootschappen

overgedragen interest een vennootschap is die is gevestigd in een derde staat waarmee de bronstaat een belastingverdrag heeft gesloten, op basis waarvan geen belasting over de interest zou zijn geheven indien deze interest rechtstreeks was uitgekeerd aan de in die derde staat gevestigde vennootschap.

135 Bij het onderzoek van de structuur van het concern is het niet relevant dat bepaalde uiteindelijk gerechtigden tot de door de doorstroomvennootschap uitgekeerde interest hun fiscale woonplaats hebben in een derde staat die een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten met de bronstaat. Vastgesteld zij immers dat het bestaan van een dergelijk verdrag op zich niet kan uitsluiten dat sprake is van rechtsmisbruik. Een dergelijk verdrag kan dus niet afdoen aan het feit dat sprake is van rechtsmisbruik wanneer het bestaan ervan naar behoren is aangetoond op basis van een reeks feiten waaruit blijkt dat de ondernemingen louter formele of kunstmatige transacties hebben verricht waarvoor geen economische en commerciële rechtvaardiging bestaat en die in wezen tot doel hebben om ten onrechte de vrijstelling van alle belastingen te verkrijgen waarin artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 voorziet.

136 Hieraan moet worden toegevoegd dat de belastingheffing weliswaar in overeenstemming moet zijn met de economische realiteit, maar dat uit het bestaan van een dubbelbelastingverdrag als zodanig niet kan worden afgeleid dat er daadwerkelijk een betaling is verricht aan begunstigden die ingezetenen zijn van de derde staat waarmee dit verdrag is gesloten. Wanneer de vennootschap die de interest verschuldigd is in aanmerking wenst te komen voor de voordelen van dat verdrag, staat het haar vrij die interest rechtstreeks over te maken aan entiteiten die hun fiscale woonplaats hebben in een staat die met de bronstaat een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten.

137 Het kan evenwel evenmin worden uitgesloten dat in een situatie waarin de interest zou zijn vrijgesteld indien hij rechtstreeks werd uitgekeerd aan een in een derde staat gevestigde vennootschap, de structuur van het concern er niet op gericht is enig rechtsmisbruik tot stand te brengen. In een dergelijk geval kan het concern niet worden verweten dat het voor een dergelijke structuur heeft geopteerd en de interest niet rechtstreeks aan die vennootschap heeft uitgekeerd.

138 Voorts moet worden vastgesteld dat, wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot de uitgekeerde interest zijn fiscale woonplaats in een derde staat heeft, de weigering van de in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 bedoelde vrijstelling geenszins afhankelijk is van de vaststelling dat sprake is van fraude of rechtsmisbruik. Zoals in punt 86 van dit arrest kort in herinnering is gebracht, beoogt die bepaling uitkeringen van interest die ontstaan in de bronstaat enkel vrij te stellen wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot deze interest een in een andere lidstaat gevestigde onderneming is of een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van een onderneming van een lidstaat.

139 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag, onder d) tot en met f), in de zaken C?115/16, C?118/16 en C?119/16, de eerste vraag, onder d) en e), in zaak C?299/16, en de vierde vraag in de zaken C?115/16 en C?118/16 worden geantwoord dat voor het bewijs van misbruik vereist is dat er sprake is van, ten eerste, een geheel van objectieve omstandigheden waaruit blijkt dat de voorwaarden van de Unieregeling weliswaar formeel zijn nageleefd, maar dat het door deze regeling nagestreefde doel niet werd bereikt, en, ten tweede, een subjectief element dat bestaat in het verlangen een uit de Unieregeling voortvloeiend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder dat voordeel ontstaat. Rechtsmisbruik kan worden aangetoond aan de hand van een reeks aanwijzingen, voor zover deze objectief zijn en onderling overeenstemmen. Dergelijke aanwijzingen zijn onder meer het bestaan van doorstroomvennootschappen zonder economische rechtvaardiging alsook het louter formele karakter van het concern, de financiële constructie en de leningen. De omstandigheid dat de lidstaat waaruit de interest afkomstig is een verdrag heeft gesloten met de derde staat waarin de

onderneming is gevestigd die de uiteindelijk gerechtigde tot deze interest is, is niet van invloed op de eventuele vaststelling van rechtsmisbruik.

Bewijslast ter zake van rechtsmisbruik

140 Zoals blijkt uit artikel 1, leden 11 en 12, en artikel 1, lid 13, onder b), van richtlijn 2003/49, kan de bronstaat eisen dat de onderneming die de interest heeft ontvangen, aantoont dat zij de uiteindelijk gerechtigde tot deze interest is in de in punt 122, eerste streepje, van dit arrest gepreciseerde zin.

141 Voorts heeft het Hof meer in het algemeen geoordeeld dat niets de belastingautoriteiten in kwestie belet om van de belastingplichtige te verlangen dat hij de bewijzen overlegt die zij noodzakelijk achten om de betrokken belastingen correct te kunnen vaststellen, en om in voorkomend geval de gevraagde vrijstelling te weigeren wanneer deze bewijzen niet worden geleverd (zie in die zin arrest van 28 februari 2013, Petersen en Petersen, C-544/11, EU:C:2013:124, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

142 Indien een belastingautoriteit van de bronstaat voornemens is de vrijstelling van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 niet toe te passen op een onderneming die interest heeft uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde onderneming, op grond dat sprake is van misbruik, dient deze belastingautoriteit evenwel aan te tonen dat de bestanddelen van een dergelijk misbruik verenigd zijn, waarbij zij alle relevante gegevens – met name het feit dat de onderneming waaraan de interest is uitgekeerd niet de uiteindelijk gerechtigde tot deze interest is – in aanmerking dient te nemen.

143 De belastingautoriteit hoeft de uiteindelijk gerechtigden tot die interest niet te identificeren, maar moet aantonen dat de zogenaamde uiteindelijk gerechtigde slechts een doorstroomvennootschap is waarmee rechtsmisbruik is gepleegd. Identificatie van de uiteindelijk gerechtigden kan immers onmogelijk blijken, met name omdat de mogelijke uiteindelijk gerechtigden niet bekend zijn. Gezien de complexiteit van bepaalde financiële constructies en de mogelijkheid dat de bij de constructies betrokken doorstroomvennootschappen buiten de Unie zijn gevestigd, beschikt de nationale belastingautoriteit niet noodzakelijk over de gegevens om deze gerechtigden te kunnen identificeren. Van deze autoriteit kan niet worden verlangd dat zij bewijzen overlegt die zij niet kan leveren.

144 Daarbij komt dat zelfs indien de mogelijke uiteindelijk gerechtigden bekend zijn, niet noodzakelijk is aangetoond wie van deze gerechtigden de daadwerkelijke uiteindelijk gerechtigde is of zal zijn. Wanneer een onderneming die interest ontvangt een moedermaatschappij heeft, die op haar beurt een moedermaatschappij heeft, kunnen de belastingautoriteiten en de rechterlijke instanties van de bronstaat hoogstwaarschijnlijk niet bepalen welke van deze twee moedermaatschappijen de uiteindelijk gerechtigde tot de interest is of zal zijn. Bovendien kan de beslissing over de toewijzing van deze interest zijn genomen nadat de belastingautoriteit vaststellingen heeft verricht betreffende de doorstroomvennootschap.

145 Bijgevolg moet op de vijfde vraag in zaak C-115/16, de zesde vraag in zaak C-118/16 en de vierde vraag in de zaken C-119/16 en C-299/16 worden geantwoord dat een nationale autoriteit niet verplicht is de entiteit of de entiteiten te identificeren die volgens haar de uiteindelijk gerechtigde of gerechtigden tot de interest zijn, om te kunnen weigeren een onderneming te erkennen als uiteindelijk gerechtigde tot de interest of om aan te tonen dat sprake is van rechtsmisbruik.

Vijfde vraag, onder a) tot en met c), in zaak C-118/16

146 Met de vijfde vraag, onder a) tot en met c), in zaak C-118/16 wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een SCA die over een vergunning als SICAR naar Luxemburgs recht beschikt, rechten kan ontlelen aan richtlijn 2003/49. Deze vraag is enkel relevant voor zover X SCA, SICAR moet worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde tot de interest die X Denmark aan haar heeft uitgekeerd, wat uitsluitend door de verwijzende rechter kan worden beoordeeld.

147 Tegen deze achtergrond moet in navolging van de Commissie en meerdere regeringen die opmerkingen hebben ingediend, worden beklemtoond dat een onderneming volgens artikel 3, onder a), van richtlijn 2003/49 aan drie voorwaarden moet voldoen om te worden beschouwd als een „onderneming van een lidstaat” die aan deze richtlijn rechten kan ontlelen. In de eerste plaats moet deze onderneming een van de in de bijlage bij die richtlijn genoemde rechtsvormen hebben. In de tweede plaats moet zij volgens de belastingwetgeving van een lidstaat worden geacht in deze lidstaat haar fiscale woonplaats te hebben, en mag zij niet volgens een met een derde land gesloten dubbelbelastingverdrag worden geacht haar fiscale woonplaats buiten de Unie te hebben. In de derde plaats moet zij onderworpen zijn aan een van de in artikel 3, onder a), punt iii), van richtlijn 2003/49 genoemde belastingen zonder daarvan te zijn vrijgesteld, of aan ongeacht welke gelijke of in wezen gelijksoortige belasting die na de datum van inwerkingtreding van die richtlijn in aanvulling op of in de plaats van die bestaande belastingen wordt opgelegd.

148 Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, moet de eerste voorwaarde worden geacht te zijn vervuld wat X SCA, SICAR betreft, aangezien een SCA die beschikt over een vergunning als SICAR, een van de in de bijlage bij richtlijn 2003/49 genoemde vennootschapsvormen heeft, zoals de Luxemburgse regering ter terechtzitting heeft opgemerkt.

149 Ook de tweede voorwaarde kan worden geacht te zijn vervuld, eveneens onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, aangezien X SCA, SICAR haar fiscale woonplaats in Luxemburg heeft.

150 Wat de derde voorwaarde betreft, staat vast dat X SCA, SICAR onderworpen is aan *impôt sur les revenus des collectivités* (belasting over de inkomsten van collectiviteiten) in Luxemburg, die een van de in artikel 3, onder a), punt iii), van richtlijn 2003/49 genoemde belastingen is.

151 Indien echter moet worden vastgesteld, zoals de SKAT in het hoofdgeding in zaak C-118/16 betoogt, dat de door X SCA, SICAR ontvangen interest als zodanig daadwerkelijk is vrijgesteld van *impôt sur les revenus des collectivités* in Luxemburg, dient te worden opgemerkt dat deze vennootschap niet voldoet aan de in punt 147 van dit arrest vermelde derde voorwaarde en derhalve niet kan worden beschouwd als een „onderneming van een lidstaat” in de zin van richtlijn 2003/49. Het staat evenwel uitsluitend aan de verwijzende rechter om in voorkomend geval de nodige verificaties ter zake te verrichten.

152 Deze uitlegging van de in punt 147 van dit arrest vermelde derde voorwaarde vindt ten eerste steun in artikel 1, lid 5, onder b), van richtlijn 2003/49, waaruit blijkt dat een vaste inrichting slechts kan worden behandeld als uiteindelijk gerechtigde tot de interest in de zin van deze richtlijn „voor zover de [door haar ontvangen] uitkeringen van interest [...] inkomsten zijn ten aanzien waarvan zij in de lidstaat waarin zij gelegen is, onderworpen is aan één van de in artikel 3, onder a), punt iii), [van die richtlijn] genoemde belastingen [...]”, en ten tweede in het doel van deze richtlijn, dat erin bestaat te waarborgen dat die uitkeringen van interest eenmaal in een enkele lidstaat worden belast, zoals in wezen in herinnering is gebracht in punt 85 van dit arrest.

153 Bijgevolg moet op de vijfde vraag, onder a) tot en met c), in zaak C-118/16 worden geantwoord dat artikel 3, onder a), van richtlijn 2003/49 aldus moet worden uitgelegd dat een SCA

die over een vergunning als SICAR naar Luxemburgs recht beschikt, niet kan worden aangemerkt als een onderneming van een lidstaat in de zin van deze richtlijn die in aanmerking komt voor de vrijstelling van artikel 1, lid 1, ervan wanneer de interest die deze SICAR in een situatie zoals in het hoofdgeding heeft ontvangen, is vrijgesteld van *impôt sur les revenus des collectivités* in Luxemburg, hetgeen de nationale rechter dient na te gaan.

Zesde en zevende vraag in zaak C-115/16, zevende en achtste vraag in zaak C-118/16, vijfde en zesde vraag in zaak C-119/16, en vijfde tot en met zevende vraag in zaak C-299/16

154 Met de zesde en de zevende vraag in zaak C-115/16, de zevende en de achtste vraag in zaak C-118/16, de vijfde en de zesde vraag in zaak C-119/16, en de vijfde tot en met de zevende vraag in zaak C-299/16 wensen de verwijzende rechters, voor het geval dat de in artikel 1 van richtlijn 2003/49 neergelegde regeling inzake vrijstelling van bronbelasting voor de interest die een in een lidstaat gevestigde onderneming heeft uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde onderneming niet van toepassing zou zijn, te vernemen of de artikelen 49 en 54 VWEU of artikel 63 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen verschillende aspecten in verband met de belasting over deze interest die vervat zijn in de wetgeving van de eerstbedoelde lidstaat, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is.

155 In dit verband dienen om te beginnen twee gevallen te worden onderscheiden. In het eerste geval vloeit het feit dat de in richtlijn 2003/49 neergelegde regeling inzake vrijstelling van bronbelasting niet van toepassing is, voort uit de vaststelling dat sprake is van fraude of misbruik in de zin van artikel 5 van deze richtlijn. In dat geval kan een in een lidstaat gevestigde vennootschap zich, gelet op de in punt 96 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak, niet beroepen op de in het VWEU neergelegde vrijheden om op te komen tegen de nationale regeling inzake belasting over interest die aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap wordt uitgekeerd.

156 In het tweede geval vloeit het feit dat de in richtlijn 2003/49 neergelegde regeling inzake vrijstelling van bronbelasting niet van toepassing is, voort uit de omstandigheid dat niet is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van deze vrijstellingsregeling, zonder dat evenwel is vastgesteld dat er sprake is van fraude of misbruik in de zin van artikel 5 van deze richtlijn. In een dergelijk geval moet worden onderzocht of de in punt 154 van dit arrest aangehaalde artikelen van het VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling betreffende de belasting over die interest, als die welke in het hoofdgeding aan de orde is.

157 In dit verband wensen de verwijzende rechters in de eerste plaats met de zevende vraag in zaak C-115/16, de achtste vraag in zaak C-118/16, de zesde vraag in zaak C-119/16 en de zevende vraag in zaak C-299/16 in wezen te vernemen of de artikelen 49 en 54 VWEU of artikel 63 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling op grond waarvan een ingezeten vennootschap die interest uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap over deze interest bronbelasting dient in te houden, terwijl zij daartoe niet verplicht is wanneer de vennootschap die de interest ontvangt eveneens een ingezeten vennootschap is. Zij wensen voorts te vernemen of diezelfde artikelen aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling op grond waarvan een ingezeten vennootschap die interest ontvangt van een andere ingezeten vennootschap tijdens de eerste twee belastingjaren niet verplicht is voorheffing op de vennootschapsbelasting te betalen en dus pas vennootschapsbelasting over die interest dient te betalen op een beduidend later tijdstip dan dat waarop de bronbelasting verschuldigd is ingeval een ingezeten vennootschap interest uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap.

158 Om te beginnen zijn de bepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 63 VWEU, zoals de Commissie heeft opgemerkt, van toepassing op de betaling van interest over

een lening tussen twee in verschillende lidstaten gevestigde vennootschappen (zie in die zin arresten van 3 oktober 2006, *Fidium Finanz*, C?452/04, EU:C:2006:631, punten 41 en 42, en 3 oktober 2013, *Itelcar*, C?282/12, EU:C:2013:629, punt 14). Die vragen moeten bijgevolg worden onderzocht in het licht van dat artikel.

159 Los van de gevolgen van de inhouding van bronbelasting voor de fiscale situatie van de onderneming die de interest ontvangt, kan de verplichting voor de vennootschap die interest uitkeert om bronbelasting in te houden wanneer deze interest wordt uitgekeerd aan een niet-ingezeten onderneming, grensoverschrijdende leningen minder aantrekkelijk maken dan nationale leningen, aangezien deze verplichting aanvullende administratieve lasten en aansprakelijkheidsrisico's met zich meebrengt die niet zouden bestaan indien de lening was afgesloten bij een ingezeten vennootschap (zie in die zin arrest van 18 oktober 2012, X, C?498/10, EU:C:2012:635, punten 28 en 32). Deze verplichting vormt derhalve een beperking van het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 63 VWEU.

160 De noodzaak om voor een doelmatige invordering van belastingen te zorgen is evenwel een dwingend vereiste van algemeen belang dat een dergelijke beperking kan rechtvaardigen. De bronheffingprocedure en de daartoe als garantie dienende aansprakelijkheidsregeling vormen immers een wettig en passend middel voor de fiscale behandeling van de inkomsten van een buiten de heffingsstaat gevestigde vennootschap. Die maatregel gaat bovendien niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken (zie in die zin arresten van 18 oktober 2012, X, C?498/10, EU:C:2012:635, punten 39 en 43?52, en 13 juli 2016, *Brisal en KBC Finance Ireland*, C?18/15, EU:C:2016:549, punten 21 en 22).

161 Uit de omstandigheid dat in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling wordt bepaald dat een ingezeten vennootschap die interest ontvangt van een andere ingezeten vennootschap tijdens de eerste twee belastingjaren niet verplicht is voorheffing op de vennootschapsbelasting te betalen en dus pas vennootschapsbelasting over die interest dient te betalen op een beduidend later tijdstip dan dat waarop de bronbelasting verschuldigd is ingeval een ingezeten vennootschap interest uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap, vloeit voort dat de interest die een ingezeten vennootschap uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap onmiddellijk en definitief wordt belast, terwijl de interest die een ingezeten vennootschap uitkeert aan een andere ingezeten vennootschap tijdens de eerste twee belastingjaren niet onderworpen is aan de betaling van voorheffing, waardoor laatstgenoemde vennootschap een liquiditeitsvoordeel geniet (zie in die zin arrest van 22 november 2018, *Sofina e.a.*, C?575/17, EU:C:2018:943, punt 28).

162 De uitsluiting van een liquiditeitsvoordeel in een grensoverschrijdende situatie terwijl dat voordeel wel beschikbaar is in een vergelijkbare binnenlandse situatie levert een beperking van het vrije verkeer van kapitaal op (arrest van 22 november 2018, *Sofina e.a.*, C?575/17, EU:C:2018:943, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

163 De Deense regering betoogt evenwel, onder verwijzing naar het arrest van 22 december 2008, *Truck Center* (C?282/07, EU:C:2008:762), dat een nationale regeling die enkel voorziet in verschillende procedures voor belastingheffing naargelang van de zetel van de vennootschap die de interest ontvangt, situaties betreft die objectief niet vergelijkbaar zijn.

164 Uit de punten 41 en 46 van het arrest van 22 december 2008, *Truck Center* (C?282/07, EU:C:2008:762), blijkt echter weliswaar dat een verschillende behandeling die bestaat in de toepassing van verschillende belastingheffingstechnieken of -methoden naargelang van de vestigingsplaats van de vennootschap die de betrokken inkomsten ontvangt, situaties betreft die niet objectief vergelijkbaar zijn, maar dit neemt niet weg dat het Hof in de punten 43 en 44 van dat arrest heeft gepreciseerd dat de inkomsten die aan de orde waren in de zaak die heeft geleid tot

dat arrest hoe dan ook onderworpen waren aan belasting, ongeacht of deze werden ontvangen door een ingezeten dan wel door een niet-ingezeten vennootschap (zie in die zin arrest van 22 november 2018, Sofina e.a., C-575/17, EU:C:2018:943, punt 51). In punt 49 van het arrest van 22 december 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), heeft het Hof met name beklemtoond dat de ingezeten vennootschappen voorafbetalingen op de vennootschapsbelasting moesten verrichten voor de interest die zij van een andere ingezeten vennootschap hadden ontvangen.

165 In casu voorziet de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling niet alleen in verschillende procedures voor belastingheffing naargelang van de vestigingsplaats van de vennootschap die de door een ingezeten vennootschap uitgekeerde interest ontvangt, maar zij ontslaat de ingezeten vennootschap die van een andere ingezeten vennootschap interest ontvangt, tevens tijdens de eerste twee belastingjaren van de verplichting om voorheffing op deze interest te betalen, waardoor de eerstgenoemde vennootschap de belasting over die rente pas op een beduidend later tijdstip moet betalen dan dat waarop de bronbelasting wordt geheven wanneer een ingezeten vennootschap interest uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap. Of de aan niet-ingezeten vennootschappen uitgekeerde interest ongunstig wordt behandeld, moet worden beoordeeld over elk belastingjaar afzonderlijk (zie in die zin arresten van 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, punt 41, en 22 november 2018, Sofina e.a., punten 30 en 52).

166 Bijgevolg moet de in punt 163 van dit arrest vastgestelde beperking van het vrije verkeer van kapitaal in strijd worden geacht met artikel 63 VWEU, aangezien de Deense regering geen dwingend vereiste van algemeen belang heeft aangevoerd dat deze beperking kan rechtvaardigen.

167 Gelet op de overwegingen in de punten 158 tot en met 166 van dit arrest, moet artikel 63 VWEU aldus worden uitgelegd dat het in beginsel niet in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan een ingezeten vennootschap die interest uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap over deze interest bronbelasting dient in te houden, terwijl zij daartoe niet verplicht is wanneer de vennootschap die de interest ontvangt eveneens een ingezeten vennootschap is. Dat artikel staat wel in de weg aan een nationale regeling op grond waarvan bronbelasting moet worden ingehouden wanneer een ingezeten vennootschap interest uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap, terwijl een ingezeten vennootschap die interest ontvangt van een andere ingezeten vennootschap tijdens de eerste twee belastingjaren niet verplicht is voorheffing op de vennootschapsbelasting te betalen en dus pas vennootschapsbelasting over die interest dient te betalen op een beduidend later tijdstip dan dat waarop de bronbelasting wordt geheven.

168 In de tweede plaats wensen de verwijzende rechters met de zesde vraag in zaak C-115/16, de zevende vraag in zaak C-118/16, de vijfde vraag in zaak C-119/16 en de zesde vraag in zaak C-299/16 in wezen te vernemen of de artikelen 49 en 54 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling op grond waarvan een ingezeten vennootschap die bronbelasting dient in te houden over de interest die zij uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap, in geval van niet-tijdige betaling van deze bronbelasting, verplicht is tot betaling van moratoire interest tegen een rentevoet die hoger is dan de rentevoet die van toepassing is in geval van niet-tijdige betaling van de vennootschapsbelasting, die onder meer wordt geheven over de interest die een ingezeten vennootschap ontvangt van een andere ingezeten vennootschap.

169 Zoals in punt 158 van dit arrest is uiteengezet, moeten deze vragen worden beantwoord in het licht van artikel 63 VWEU.

170 In dit verband zij opgemerkt dat een nationale regeling zoals bedoeld in punt 168 van dit arrest een verschil in behandeling invoert met betrekking tot de hoogte van de moratoire interest naargelang de niet-tijdige betaling van de verschuldigde belasting over de door een ingezeten vennootschap uitgekeerde interest een lening betreft die door een niet-ingezeten dan wel door een

andere ingezeten vennootschap is verstrekt. Dat in geval van niet-tijdige betaling van bronbelasting over de interest die door een ingezeten vennootschap aan een niet-ingezeten vennootschap is uitgekeerd, een hogere rentevoet wordt toegepast dan in geval van niet-tijdige betaling van vennootschapsbelasting over de interest die een ingezeten vennootschap van een andere ingezeten vennootschap heeft ontvangen, heeft tot gevolg dat grensoverschrijdende leningen minder aantrekkelijk worden dan nationale leningen. Bijgevolg is er sprake van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal.

171 Zoals de Commissie heeft opgemerkt, kan deze beperking niet worden gerechtvaardigd door de door de Deense regering aangevoerde omstandigheid dat op de belasting over de interest die voortvloeit uit een door een ingezeten vennootschap verstrekte lening andere belastingheffingstechnieken of -methoden worden toegepast dan op de belasting over de interest die voortvloeit uit een door een niet-ingezeten vennootschap verstrekte lening. Bijgevolg moet deze beperking in strijd worden geacht met artikel 63 VWEU, aangezien de Deense regering geen dwingend vereiste van algemeen belang heeft aangevoerd dat deze beperking kan rechtvaardigen.

172 Gelet op de overwegingen in de punten 169 tot en met 171 van dit arrest, moet artikel 63 VWEU aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan een ingezeten vennootschap die bronbelasting moet inhouden over de interest die zij uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap, in geval van niet-tijdige betaling van deze bronbelasting, verplicht is tot betaling van moratoire interest tegen een voet die hoger is dan de rentevoet die van toepassing is in geval van niet-tijdige betaling van de vennootschapsbelasting, die onder meer wordt geheven over de interest die een ingezeten vennootschap ontvangt van een andere ingezeten vennootschap.

173 In de derde plaats wenst de verwijzende rechter met zijn vijfde vraag in zaak C-299/16 in wezen te vernemen of de artikelen 49 en 54 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling die bepaalt dat wanneer een ingezeten vennootschap bronbelasting dient in te houden over de interest die zij uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap, geen rekening wordt gehouden met de rente-uitgaven die laatstgenoemde vennootschap heeft moeten dragen, terwijl volgens de nationale regeling een ingezeten vennootschap die van een andere ingezeten vennootschap interest ontvangt die uitgaven van haar belastbare inkomen kan aftrekken.

174 Zoals in punt 158 van dit arrest is uiteengezet, moet deze vraag eveneens worden beantwoord in het licht van artikel 63 VWEU.

175 Zoals de Commissie in dit verband heeft opgemerkt en zoals het ministerie van Financiën – volgens de gegevens die de Deense regering heeft verstrekt – na de indiening van zaak C-299/16 bij het Hof heeft erkend, volgt uit het arrest van 13 juli 2016, *Brisal en KBC Finance Ireland* (C-18/15, EU:C:2016:549, punten 23-55), dat een nationale regeling op grond waarvan een niet-ingezeten vennootschap wordt belast over de interest die haar door een ingezeten vennootschap is uitgekeerd, doordat deze ingezeten vennootschap bronbelasting inhoudt, zonder dat de bedrijfskosten, waaronder de rente-uitgaven, die rechtstreeks verbonden zijn met de kredietverlening in kwestie kunnen worden afgetrokken, terwijl ingezeten vennootschappen die interest ontvangen van een andere ingezeten vennootschap wel voor deze aftrek in aanmerking komen, een beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormt, die in beginsel is verboden door het VWEU.

176 De Deense regering stelt echter dat deze beperking gerechtvaardigd is door het doel het misbruik te bestrijden dat hieruit voortvloeit dat de niet-ingezeten vennootschap weliswaar in de lidstaat waar zij gevestigd is aan belasting over de door haar ontvangen interest wordt onderworpen, maar uiteindelijk nooit belast zal worden omdat die interest zal worden

geneutraliseerd door de overeenkomstige rente-uitgaven of aftrekbare intragroepsoverdrachten.

177 In dit verband zij eraan herinnerd dat, zoals blijkt uit punt 155 van dit arrest, de mogelijke vaststelling dat sprake is van een constructie die misbruik of fraude inhoudt waardoor de niet-toepasselijkheid van richtlijn 2003/49 gerechtvaardigd is, eveneens tot gevolg zou hebben dat de in het VWEU neergelegde fundamentele vrijheden niet van toepassing zijn.

178 De in punt 175 van dit arrest genoemde beperking kan, bij gebreke van een vaststelling in die zin, evenwel niet worden gerechtvaardigd op basis van de argumentatie van de Deense regering, zodat zij in strijd moet worden geacht met artikel 63 VWEU. Wanneer een ingezeten vennootschap interest ontvangt van een andere ingezeten vennootschap, kunnen de rente-uitgaven of intragroepsoverdrachten immers eveneens tot gevolg hebben dat de verschuldigde belasting wordt verminderd of zelfs wordt geneutraliseerd.

179 Bijgevolg moet dat artikel aldus worden uitgelegd dat het, behalve in het geval van fraude of misbruik, in de weg staat aan een nationale regeling die bepaalt dat wanneer een ingezeten vennootschap bronbelasting dient in te houden over de interest die zij uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap, geen rekening wordt gehouden met de rente-uitgaven die rechtstreeks verbonden zijn met de kredietverlening in kwestie en die de ontvanger van de interest heeft moeten dragen, terwijl een ingezeten vennootschap die van een andere ingezeten vennootschap interest ontvangt die uitgaven volgens de nationale regeling van haar belastbare inkomen kan aftrekken.

180 Gelet op een en ander moeten de zesde en de zevende vraag in zaak C-115/16, de zevende en de achtste vraag in zaak C-118/16, de vijfde en de zesde vraag in zaak C-119/16, en de vijfde tot en met de zevende vraag in zaak C-299/16 worden beantwoord als volgt:

- Indien de in richtlijn 2003/49 neergelegde regeling inzake vrijstelling van bronbelasting voor de interest die een in een lidstaat gevestigde vennootschap heeft uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap niet van toepassing is doordat fraude of misbruik in de zin van artikel 5 van deze richtlijn is vastgesteld, kunnen de in het Verdrag neergelegde vrijheden niet worden ingeroepen om op te komen tegen de regeling van de eerstbedoelde lidstaat inzake de heffing van belasting over die interest;
- Buiten dat geval moet artikel 63 VWEU aldus worden uitgelegd dat het:
 - in beginsel niet in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan een ingezeten vennootschap die interest uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap over deze interest bronbelasting dient in te houden, terwijl zij daartoe niet verplicht is wanneer de vennootschap die de interest ontvangt eveneens een ingezeten vennootschap is, maar wel in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan bronbelasting moet worden ingehouden wanneer een ingezeten vennootschap interest uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap, terwijl een ingezeten vennootschap die interest ontvangt van een andere ingezeten vennootschap tijdens de eerste twee belastingjaren niet verplicht is voorheffing op de vennootschapsbelasting te betalen en dus pas vennootschapsbelasting over die interest dient te betalen op een beduidend later tijdstip dan dat waarop de bronbelasting wordt geheven;

- in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan een ingezeten vennootschap die bronbelasting moet inhouden over de interest die zij uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap, in geval van niet-tijdige betaling van deze bronbelasting, verplicht is tot betaling van moratoire interest tegen een voet die hoger is dan de rentevoet die van toepassing is in geval van niet-tijdige betaling van de vennootschapsbelasting, die onder meer wordt geheven over de interest die een ingezeten vennootschap ontvangt van een andere ingezeten vennootschap;
- in de weg staat aan een nationale regeling die bepaalt dat wanneer een ingezeten vennootschap bronbelasting dient in te houden over de interest die zij uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap, geen rekening wordt gehouden met de rente-uitgaven die rechtstreeks verbonden zijn met de kredietverlening in kwestie en die de ontvanger van de interest heeft moeten dragen, terwijl een ingezeten vennootschap die van een andere ingezeten vennootschap interest ontvangt die uitgaven volgens de nationale regeling van haar belastbare inkomen kan aftrekken.

Kosten

181 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

- 1) De zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 worden gevoegd voor het arrest.**
- 2) 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 moet aldus worden uitgelegd dat de in deze bepaling bedoelde vrijstelling van alle belastingen over uitkeringen van interest uitsluitend toekomt aan de uiteindelijk gerechtigden tot deze interest, namelijk de entiteiten die uit economisch oogpunt daadwerkelijk het genot hebben van deze interest en dus vrij kunnen beslissen over het gebruik ervan.**

Het algemene Unierechtelijke beginsel volgens hetwelk justitiabelen zich niet door middel van fraude of misbruik kunnen beroepen op het Unierecht, dient aldus te worden uitgelegd dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties de in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 bedoelde vrijstelling van alle belastingen over uitkeringen van interest moeten weigeren aan een belastingplichtige in geval van fraude of misbruik, ook indien de nationale wet of de verdragen niet voorzien in bepalingen van die strekking.

- 3) Voor het bewijs van misbruik is het vereist dat er sprake is van, ten eerste, een geheel van objectieve omstandigheden waaruit blijkt dat de voorwaarden van de Unieregeling weliswaar formeel zijn nageleefd, maar dat het door deze regeling nagestreefde doel niet werd bereikt, en, ten tweede, een subjectief element dat bestaat in het verlangen een uit de Unieregeling voortvloeiend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder dat voordeel ontstaat. Rechtsmisbruik kan worden aangetoond aan de hand van een reeks aanwijzingen, voor zover deze objectief zijn en onderling overeenstemmen. Dergelijke aanwijzingen zijn onder meer het bestaan van doorstroomvennootschappen zonder economische rechtvaardiging alsook het louter formele karakter van het concern, de financiële constructie en de leningen.**

De omstandigheid dat de lidstaat waaruit de interest afkomstig is een verdrag heeft gesloten met de derde staat waarin de onderneming is gevestigd die de uiteindelijk gerechtigde tot deze interest is, is niet relevant voor de eventuele vaststelling van rechtsmisbruik.

4) Een nationale autoriteit is niet verplicht de entiteit of de entiteiten te identificeren die volgens haar de uiteindelijk gerechtigde of gerechtigden tot de interest zijn, om te kunnen weigeren een onderneming te erkennen als uiteindelijk gerechtigde tot de interest of om aan te tonen dat sprake is van rechtsmisbruik.

5) Artikel 3, onder a), van richtlijn 2003/49 moet aldus worden uitgelegd dat een *société en commandite par actions* (SCA) (commanditaire vennootschap op aandelen) die over een vergunning als *société d'investissement en capital à risque* (SICAR) (beleggingsvennootschap in risicokapitaal) naar Luxemburgs recht beschikt, niet kan worden aangemerkt als een onderneming van een lidstaat in de zin van deze richtlijn die in aanmerking komt voor de vrijstelling van artikel 1, lid 1, ervan wanneer de interest die deze SICAR in een situatie zoals in het hoofdgeding heeft ontvangen, is vrijgesteld van *impôt sur les revenus des collectivités* (belasting over de inkomsten van collectiviteiten) in Luxemburg, hetgeen de nationale rechter dient na te gaan.

6) Indien de in richtlijn 2003/49 neergelegde regeling voor vrijstelling van bronbelasting voor de interest die een in een lidstaat gevestigde vennootschap heeft uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap niet van toepassing is doordat fraude of misbruik in de zin van artikel 5 van deze richtlijn is vastgesteld, kunnen de in het Verdrag neergelegde vrijheden niet worden ingeroepen om op te komen tegen de regeling van de eerstbedoelde lidstaat inzake de heffing van belasting over die interest.

Buiten dat geval moet artikel 63 VWEU aldus worden uitgelegd dat het:

- in beginsel niet in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan een ingezeten vennootschap die interest uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap over deze interest bronbelasting dient in te houden, terwijl zij daartoe niet verplicht is wanneer de vennootschap die de interest ontvangt eveneens een ingezeten vennootschap is, maar wel in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan bronbelasting moet worden ingehouden wanneer een ingezeten vennootschap interest uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap, terwijl een ingezeten vennootschap die interest ontvangt van een andere ingezeten vennootschap tijdens de eerste twee belastingjaren niet verplicht is voorheffing op de vennootschapsbelasting te betalen en dus pas vennootschapsbelasting over die interest dient te betalen op een beduidend later tijdstip dan dat waarop de bronbelasting wordt geheven;
- in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan een ingezeten vennootschap die bronbelasting moet inhouden over de interest die zij heeft uitgekeerd aan een niet-ingezeten vennootschap, in geval van niet-tijdige betaling van deze bronbelasting, verplicht is tot betaling van moratoire interest tegen een rentevoet die hoger is dan de rentevoet die van toepassing is in geval van niet-tijdige betaling van de vennootschapsbelasting, die onder meer wordt geheven over de interest die een ingezeten vennootschap ontvangt van een andere ingezeten vennootschap;
- in de weg staat aan een nationale regeling die bepaalt dat wanneer een ingezeten vennootschap bronbelasting dient in te houden over de interest die zij uitkeert aan een niet-ingezeten vennootschap, geen rekening wordt gehouden met de rente-uitgaven die rechtstreeks verbonden zijn met de kredietverlening in kwestie en die de ontvanger van de interest heeft moeten dragen, terwijl een ingezeten vennootschap die van een andere

ingezeten vennootschap interest ontvangt die uitgaven volgens de nationale regeling van haar belastbare inkomen kan aftrekken.

ondertekeningen

* Procestaal: Deens.