

Voorlopige editie

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

26 februari 2019 (*)

Inhoud

Toepasselijke bepalingen

OESO-modelbelastingverdrag

Richtlijn 90/435

Verdragen ter vermijding van dubbele belasting

Deens recht

Belasting over dividenden

Bronbelasting

Recht dat van toepassing is op fraude en misbruik

Hoofdgedingen en prejudiciële vragen

1) Zaak C 116/16, T Danmark

2) Zaak C 117/16, Y Denmark

Procedure bij het Hof

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste tot en met derde vraag en vierde vraag, onder a) tot en met c), in de hoofdgedingen

De vierde vraag, onder d) en e), en de vijfde en de achtste vraag in de hoofdgedingen

Bestanddelen van rechtsmisbruik en desbetreffende bewijzen

Bewijslast ter zake van rechtsmisbruik

Zesde, zevende, negende en tiende vraag in de hoofdgedingen

Kosten

„Prejudiciële verwijzing – Harmonisatie van de wetgevingen – Gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten – Richtlijn 90/435/EEG – Vrijstelling van de winst die door vennootschappen van een lidstaat is

uitgekeerd aan vennootschappen van andere lidstaten – Uiteindelijk gerechtigde tot de uitgekeerde winst – Rechtsmisbruik – In een lidstaat gevestigde vennootschap die aan een in een andere lidstaat gevestigde verbonden vennootschap dividenden uitkeert die vervolgens volledig of grotendeels worden doorgesluisd naar een vennootschap die buiten het grondgebied van de Europese Unie is gevestigd – Dochteronderneming die verplicht is de belasting over de winst aan de bron in te houden”

In de gevoegde zaken C-116/16 en C-117/16,

betreffende verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Østre Landsret (rechter in tweede aanleg voor het Oosten van Denemarken) bij beslissingen van 19 februari 2016, ingekomen bij het Hof op 25 februari 2016, in de procedures

Skatteministeriet

tegen

T Danmark (C-116/16),

Y Denmark Aps (C-117/16),

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. Ilešič, L. Bay Larsen, M. Safjan, C. G. Fernlund, C. Vajda en S. Rodin, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: R. Šereš, administrateur,

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

gelet op de opmerkingen van:

- T Danmark, vertegenwoordigd door A. M. Ottosen en S. Andersen, advokater,
- Y Denmark Aps, vertegenwoordigd door L. E. Christensen en H. S. Hansen, advokater,
- 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 K. Bulterman en C. S. Schillemans als gemachtigden,

- 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, advocat,

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

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 1990, L 225, blz. 6), zoals gewijzigd bij richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003 (PB 2004, L 7, blz. 41; hierna: „richtlijn 90/435”), en van de artikelen 49, 54 en 63 VWEU.

2 Deze verzoeken zijn ingediend in gedingen tussen het Skatteministerium (ministerie van Financiën, Denemarken), enerzijds, en T Danmark en Y Danmark Aps, anderzijds, betreffende de aan deze vennootschappen opgelegde verplichting om bronbelasting te betalen op grond van het feit dat zij dividenden hebben uitgekeerd aan niet-ingezetene vennootschappen die volgens de belastingadministratie niet de uiteindelijk gerechtigden tot deze dividenden zijn en dus niet in aanmerking komen voor de in richtlijn 90/435 bedoelde vrijstelling van bronbelasting.

OESO-modelbelastingverdrag

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. Deze punten van de commentaren onderstrepen het belang van het begrip „uiteindelijk gerechtigde” dat met name in artikel 10 (belasting op dividenden) en artikel 11 (belasting op interesten) van dit modelverdrag wordt ingevoerd, alsook de noodzaak om belastingfraude te bestrijden.

5 Artikel 10, leden 1 en 2, van het OESO-modelbelastingverdrag van 1977 luidt als volgt:

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

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

- a) 5 % van het brutodividendbedrag, indien de uiteindelijk gerechtigde een vennootschap (met uitzondering van een maatschap) is die rechtstreeks ten minste 25 % bezit van het kapitaal van de vennootschap die de dividenden uitkeert;
- b) 15 % van het brutodividendbedrag in alle overige gevallen.

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. Punt 12 van de commentaren op artikel 10, in de herziene versie van 2003, bepaalt met name dat „[d]e uitdrukking 'uiteindelijk gerechtigde' niet in enge en technische zin wordt gebruikt, maar moet worden opgevat in het licht van de context en van het voorwerp en het doel van het verdrag, dat met name erin bestaat dubbele belasting en belastingontduiking en -fraude te voorkomen”. In punt 12.1 van dezelfde versie van de commentaren wordt opgemerkt dat het „in strijd met het voorwerp en het doel van het verdrag [zou zijn] 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, louter als 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 90/435

8 De eerste tot en met de derde overweging van richtlijn 90/435 luiden als volgt:

„Overwegende dat hergroeperingen van vennootschappen uit verschillende lidstaten noodzakelijk kunnen zijn teneinde in de Gemeenschap soortgelijke voorwaarden te scheppen als op een binnenlandse markt en daardoor de instelling en de goede werking van de gemeenschappelijke markt te verzekeren; dat deze transacties niet moeten worden belemmerd door uit de fiscale voorschriften der lidstaten voortvloeiende bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies; dat er bijgevolg voor deze hergroeperingen concurrentieneutrale belastingvoorschriften tot stand moeten komen om de ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken;

[...]

Overwegende dat de huidige fiscale voorschriften voor de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten van land tot land aanzienlijke verschillen vertonen en in het algemeen minder gunstig zijn dan de voorschriften voor de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen van dezelfde lidstaat; dat de samenwerking tussen vennootschappen van verschillende lidstaten hierdoor benadeeld wordt ten opzichte van de samenwerking tussen vennootschappen van dezelfde lidstaat; dat deze benadeling moet worden opgeheven door invoering van een gemeenschappelijke regeling en dat hergroeperingen van vennootschappen op communautair niveau aldus vergemakkelijkt moeten worden”.

9 Artikel 1 van richtlijn 90/435 bepaalt:

„1. Elke lidstaat past deze richtlijn toe:

[...]

– op winst die door vennootschappen van deze staat is uitgekeerd aan vennootschappen van andere lidstaten, waarvan zij dochteronderneming zijn.

– [...]

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

10 Artikel 2 van deze richtlijn bepaalt de voorwaarden inzake rechtsvorm, fiscale woonplaats en belastingplicht waaraan een vennootschap moet voldoen om onder de richtlijn te vallen.

11 Artikel 3 van richtlijn 90/435 bepaalt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn:

a) wordt de hoedanigheid van moedermaatschappij ten minste toegekend aan iedere vennootschap van een lidstaat die voldoet aan de voorwaarden van artikel 2 en die een deelneming van ten minste 20 % bezit in het kapitaal van een vennootschap van een andere lidstaat die aan dezelfde voorwaarden voldoet.

Die hoedanigheid wordt onder dezelfde voorwaarden toegekend aan een vennootschap van een lidstaat die een deelneming van ten minste 20 % bezit in het kapitaal van een vennootschap van diezelfde lidstaat welke geheel of gedeeltelijk wordt gehouden door een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van eerstgenoemde vennootschap.

Vanaf 1 januari 2007 bedraagt de deelneming 15 %.

Vanaf 1 januari 2009 bedraagt de deelneming ten minste 10 %.

b) wordt verstaan onder dochteronderneming, de vennootschap in het kapitaal waarvan de onder a) bedoelde deelneming wordt gehouden.

2. In afwijking van lid 1 staat het de lidstaten vrij om

- bij wege van bilaterale overeenkomst het criterium ‚deelneming in het kapitaal’ te vervangen door het criterium ‚bezit van stemrechten’,
- deze richtlijn niet toe te passen op de vennootschappen van deze lidstaat die niet gedurende een ononderbroken periode van ten minste twee jaren een deelneming behouden welke recht geeft op de hoedanigheid van moedermaatschappij of op de maatschappijen waarin een vennootschap van een andere lidstaat niet gedurende een ononderbroken periode van ten minste twee jaren een dergelijke deelneming behoudt.

12 Artikel 4, lid 1, van de richtlijn laat de lidstaten de keuze tussen twee systemen, namelijk een vrijstellingssysteem en een verrekeningssysteem.

13 Artikel 5 van de richtlijn luidt als volgt:

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

Verdragen ter vermijding van dubbele belasting

14 In artikel 10, leden 1 en 2, van het op 17 november 1980 te Luxemburg ondertekende verdrag tussen de regering van het Groothertogdom Luxemburg en de regering van het Koninkrijk Denemarken ter vermijding van dubbele belasting en tot vaststelling van regels betreffende wederzijdse administratieve bijstand inzake inkomsten- en vermogensbelasting (hierna: „belastingverdrag tussen Luxemburg en Denemarken”) wordt de bevoegdheid om belasting te heffen over dividenden tussen deze twee lidstaten verdeeld. Deze bepaling luidt als volgt:

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

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

- a) 5 % van het brutodividendbedrag, indien de uiteindelijk gerechtigde een vennootschap (met uitzondering van een maatschap of een commanditaire vennootschap) is die rechtstreeks ten minste 25 % bezit van het kapitaal van de vennootschap die de dividenden uitkeert;
- b) 15 % van het brutodividendbedrag in alle overige gevallen.”

15 In artikel 10, leden 1 en 2, van het op 26 mei 1981 ondertekende verdrag tussen de regering van het Koninkrijk Denemarken en de regering van de Republiek Cyprus ter vermijding van dubbele belasting en tot vaststelling van regels betreffende wederzijdse administratieve bijstand inzake inkomsten- en vermogensbelasting wordt de bevoegdheid om belasting te heffen over dividenden tussen deze twee lidstaten verdeeld. Deze bepaling luidt als volgt:

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

2. Deze dividenden kunnen echter ook in de verdragsluitende staat waar de vennootschap is gevestigd die de dividenden uitkeert, aan belasting worden onderworpen overeenkomstig de

wettelijke regeling van deze staat. Indien de ontvanger van de dividenden de „uiteindelijk gerechtigde” tot de dividenden is, mag de geheven belasting evenwel niet meer bedragen dan:

- a) 10 % van het brutodividendbedrag, indien de uiteindelijk gerechtigde een vennootschap (met uitzondering van een maatschap of een commanditaire vennootschap) is die rechtstreeks ten minste 25 % bezit van het kapitaal van de vennootschap die de dividenden uitkeert;
- b) 15 % van het brutodividendbedrag in alle overige gevallen.”

16 Volgens artikel 10, lid 2, van het op 19 augustus 1999 te Washington ondertekende verdrag tussen de regering van de Verenigde Staten van Amerika en de regering van het Koninkrijk Denemarken ter vermijding van dubbele belasting en van ontduiking van inkomstenbelasting kan de verdragsluitende staat waar de vennootschap is gevestigd die de dividenden uitkeert, dividenden die worden uitgekeerd aan een in de andere staat gevestigde vennootschap die de „uiteindelijk gerechtigde” tot deze dividenden is, belasten tegen een percentage van 5 % van het brutobedrag ervan.

17 Er bestaat geen belastingverdrag tussen het Koninkrijk Denemarken en Bermuda.

18 Uit de bilaterale verdragen blijkt dat de staat waar de bronbelasting wordt geheven, namelijk, in de hoofdingen, het Koninkrijk Denemarken, dividenden die worden uitgekeerd aan een vennootschap die in een andere lidstaat is gevestigd tegen een hoger percentage mag belasten dan in deze verdragen is vastgelegd, wanneer deze vennootschap niet de uiteindelijk gerechtigde is. Geen van deze verdragen bevat echter een definitie van het begrip „uiteindelijk gerechtigde”.

Deens recht

Belasting over dividenden

19 Artikel 2, lid 1, onder c), 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 [...]

[...]

c) dividenden ontvangen die vallen onder § 16 A, leden 1 en 2, van de ligningslov (wet tot vaststelling van de nationale inkomstenbelasting [...]. De belastingplicht geldt niet voor dividenden uit aandelen van dochterondernemingen in de zin van § 4 A van de aktieavancebeskatningslov (wet betreffende de fiscale behandeling van vermogenswinst of -verlies bij de vervreemding van aandelen) waarover op grond van [richtlijn 90/435] of op grond van een dubbelbelastingverdrag met de Faeröer, Groenland of de staat waar de moedermaatschappij is gevestigd, geen belasting wordt geheven of slechts tegen een verlaagd tarief belasting wordt geheven. De belastingplicht geldt evenmin voor dividenden uit aandelen van gelieerde ondernemingen in de zin van § 4 B van de aktieavancebeskatningslov die geen aandelen van dochterondernemingen zijn, wanneer de vennootschap van het concern die de dividenden ontvangt is gevestigd in een lidstaat van de [Unie/Europese Economische Ruimte (EER)] en op grond van [richtlijn 90/435] en op grond van het met de betrokken staat gesloten dubbelbelastingverdrag geen belasting of slechts tegen een verlaagd tarief belasting over de dividenden zou worden geheven indien het ging om aandelen van dochterondernemingen. De belastingplicht geldt evenmin voor dividenden die worden uitgekeerd aan houders van deelnemingen in moedermaatschappijen die zijn opgenomen in de in artikel 2, lid

1, onder a), van richtlijn [90/435] bedoelde lijst van vennootschappen, maar die uit het oogpunt van de belasting in Denemarken als transparante eenheden worden beschouwd. Voor de toepassing van deze bepaling is vereist dat de houder van de vennootschapsaandelen niet in Denemarken is gevestigd.”

Bronbelasting

20 Bestaat krachtens § 2, lid 1, onder c), van de selskabsskattelov een beperkte belastingplicht ter zake van uit Denemarken afkomstige dividenden, dan is de Deense vennootschap die dividend uitkeert, krachtens de kildeskattelov (wet op de bronbelasting) verplicht om 28 % bronbelasting in te houden.

21 § 65, leden 1 en 5, van de kildeskattelov luidde in de voor het hoofdgeding relevante versie als volgt:

„1. Bij elk besluit tot uitkering of boeking van dividenden op aandelen of deelbewijzen in vennootschappen of verenigingen enzovoort als bedoeld in § 1, lid 1, punten 1, 2, 2 e en 4, van de selskabsskattelov houden deze vennootschappen, verenigingen enzovoort 28 % van het totaal uitgekeerde bedrag in, tenzij anders is bepaald in lid 4 of in de leden 5 tot en met 8. [...] Het aldus ingehouden bedrag wordt ‚dividendbelasting’ genoemd.

[...]

5. Op dividenden die een in het buitenland gevestigde vennootschap ontvangt van een in Denemarken gevestigde vennootschap wordt geen bronbelasting ingehouden wanneer deze dividenden niet aan belasting zijn onderworpen in de zin van § 2, lid 1, onder c), van de selskabsskattelov.”

22 Uit § 2, lid 2, punt 2, van de selskabsskattelov blijkt dat met de inhouding van bronbelasting zoals bedoeld in § 65 van de kildeskattelov definitief is voldaan aan de belastingplicht die voortvloeit uit § 2, lid 1, onder c), van de selskabsskattelov. Voorts bedroeg de dividendbelasting in de voor het hoofdgeding relevante periode 28 %.

23 Volgens § 13, lid 1, punt 2, van de selskabsskattelov zijn Deense moedermaatschappijen vrijgesteld van belasting over dividenden die zij van Deense dochterondernemingen hebben ontvangen. Voorts blijkt uit § 31, lid 1, punt 2, van de kildeskattebekendtgørelse (uitvoeringsbesluit inzake bronbelasting) dat de Deense vennootschap die de dividenden uitkeert bij deze uitkering geen bronbelasting hoeft in te houden.

24 Voor zover een Deense vennootschap daarentegen belasting verschuldigd is over dividenden die door een andere Deense vennootschap zijn uitgekeerd, moet deze laatste krachtens § 65, lid 1, van de kildeskattelov bronbelasting inhouden.

25 Het ministerie van Financiën heeft, met name in het hoofdgeding in zaak C-116/16, voor de nationale rechter erkend dat het Koninkrijk Denemarken in 2011 in strijd met de bepalingen van het VWEU bronbelasting over de door een vennootschap uit een andere lidstaat ontvangen dividenden had geheven tegen een voet die hoger was dan de op dat ogenblik geldende belastingvoet voor vennootschappen. Bijgevolg heeft het ministerie van Financiën het gevraagde bedrag verlaagd tot 25 %, wat overeenstemde met de op dat ogenblik geldende belastingvoet voor vennootschappen.

26 Het tijdstip waarop de bronbelasting opeisbaar wordt, is vastgelegd in § 66, lid 1, tweede volzin, van de kildeskattelov, die luidt als volgt:

„De bronbelasting is opeisbaar zodra een besluit tot uitkering of tot boeking van een dividend is genomen, en moet uiterlijk de volgende maand worden betaald, vóór het verstrijken van de termijn waarop de vennootschap de ingehouden bronbelasting [„A-belasting”] en de ingehouden speciale werknemersbijdragen dient te betalen.”

27 De onderneming die de dividenden betaalt is tegenover de staat aansprakelijk voor de betaling van de ingehouden bedragen.

28 De moratoire interest die verschuldigd is bij niet-tijdige betaling van de bronbelasting is hoger dan die welke geldt bij niet-tijdige betaling van de door een Deense onderneming verschuldigde vennootschapsbelasting. De nationale rechter wijst er evenwel op dat ingevolge een wetswijziging die in werking is getreden op 1 augustus 2013, dezelfde moratoire interest geldt voor bronbelasting en vennootschapsbelasting.

29 De moratoire interest dient te worden betaald door degene die de bronbelasting dient in te houden. Voor een vennootschap die onbeperkt belastingplichtig is in Denemarken, vormen de belastbare dividenden een deel van de belastbare inkomsten. De vennootschap die de dividenden uitkeert, dient de bronbelasting in te houden en het betrokken bedrag, alsook de moratoire interest in geval van niet-tijdige betaling, aan de belastingautoriteiten te betalen.

30 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

31 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*).

32 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.

33 Zoals blijkt uit de 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

34 In beide hoofdgedingen komt het ministerie van Financiën op tegen de beslissingen waarbij de Landsskatteret (hoogste administratieve beroepsinstantie in belastingzaken, Denemarken) heeft geoordeeld dat T Danmark (zaak C-116/16) en Y Denmark (zaak C-117/16) in aanmerking komen voor de in richtlijn 90/435 bedoelde vrijstelling van bronbelasting over dividenden die zijn uitgekeerd aan entiteiten die in een andere lidstaat zijn gevestigd.

35 Om in aanmerking te komen voor de belastingvoordelen waarin richtlijn 90/435 voorziet, moet de entiteit die de dividenden 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 dividenden uitkeert 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.

36 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-116/16, T Danmark

37 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.

38 De Deense regering heeft in haar opmerkingen gepreciseerd dat zaak C-116/16 hetzelfde concern betreft als zaak C-115/16, die verband houdt met de heffing van belasting over interest en het voorwerp is van het arrest van heden B Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 et 299/16).

39 Zoals de verwijzende rechter uiteenzet, hebben de beleggingsfondsen vennootschappen opgericht in Luxemburg. Een ervan, N Luxembourg 2, heeft in 2010 een belangrijke deelneming verworven in het kapitaal van T Danmark, waardoor zij in de voor het hoofdgeding relevante periode meer dan 50 % van de aandelen van T Danmark in handen had. De overige aandelen van T Danmark waren verspreid over duizenden aandeelhouders.

40 Op verzoek van de Deense autoriteiten heeft de Luxemburgse belastingadministratie in het voorjaar van 2011 een „verklaring over de fiscale vestigingsplaats” opgesteld, waaruit met name blijkt dat N Luxembourg 2 was onderworpen aan „impôt sur le revenu des collectivités” (belasting over de inkomsten van collectiviteiten) en de uiteindelijk gerechtigde was tot alle dividenden die waren betaald over de aandelen die zij bezat in T Danmark of tot alle ander hiervan afgeleide inkomsten. In haar opmerkingen wijst de Deense regering erop dat in deze verklaring niet wordt aangegeven op basis van welke feitelijke informatie zij is opgesteld.

41 Overeenkomstig haar dividendbeleid heeft T Danmark haar aandeelhouders in de zomer van 2011 dividenden toegekend voor een totaalbedrag van ongeveer 1,8 miljard Deense kroon (DKK) (ongeveer 241,4 miljoen EUR). Ook in het voorjaar van 2012 zijn dividenden uitgekeerd.

42 In 2011 heeft T Danmark de SKAT (Deense belastingdienst) verzocht om een bindende inlichting over de vraag of de dividenden die zij aan N Luxembourg 2 uitkeerde, krachtens § 2, lid 1, onder c), derde volzin, van de selskabsskattelov van belasting waren vrijgesteld, zodat hierop geen bronbelasting hoefde te worden ingehouden.

43 In het verzoek om een bindende inlichting verklaarde T Danmark dat zij van plan was om N Luxembourg 2 in het derde kwartaal van 2011 een dividend van ongeveer 6 miljard DKK (ongeveer 805 miljoen EUR) uit te keren. Voorts verklaarde zij dat N Luxembourg 2 een zelfstandige entiteit met een eigen bestuur en eigen beslissingsbevoegdheid was, zodat zij logischerwijs niet vooraf met zekerheid kon weten of het bestuur van N Luxembourg 2 de facto zou besluiten om deze dividenden te gebruiken en wat het daarmee zou aanvangen. Ten slotte merkte zij op dat een groot deel van de eindbeleggers in de Verenigde Staten was gevestigd.

44 Het ministerie van Financiën heeft hierop geantwoord dat het geen antwoord op die vraag kon verstrekken zolang niet duidelijk was hoe N Luxembourg 2 over de door T Danmark uitgekeerde dividenden zou beschikken.

45 T Danmark gaf hierop als antwoord dat met het oog op de bindende inlichting als vaststaand kon worden aangenomen dat de dividenden door haar zou worden uitgekeerd aan N Luxembourg 2, die op haar beurt dividenden aan haar eigen moedermaatschappij zou uitkeren. Volgens deze aanwijzingen kon worden aangenomen dat deze moedermaatschappij een deel van deze bedragen (als dividend en/of interest en/of aflossing van schuld) zou uitkeren aan vennootschappen die onder zeggenschap stonden van de individuele kapitaalfondsen of van haar schuldeisers. T Danmark verwachtte tevens dat bedragen die door de moedermaatschappij van N Luxembourg 2 zouden worden betaald aan vennootschappen die onder zeggenschap stonden van de individuele kapitaalfondsen, zouden worden doorgesluisd naar de uiteindelijke beleggers in de kapitaalfondsen, maar zij wist naar eigen zeggen niet hoe deze transfers zouden plaatsvinden of hoe zij fiscaal zouden worden behandeld.

46 De Skatteråd (nationale belastingraad, Denemarken) heeft ontkennend geantwoord op de vraag die in het verzoek om een bindende inlichting was gesteld.

47 T Danmark is tegen dit besluit opgekomen bij de Landsskatteret, die daarentegen van oordeel was dat de door T Danmark N Luxembourg 2 uitgekeerde dividenden van belasting waren vrijgesteld. Volgens hem was een beperkte belastingplicht namelijk uitgesloten krachtens richtlijn 90/435, aangezien het Koninkrijk Denemarken geen wettelijke bepalingen ter voorkoming van fraude en misbruik had vastgesteld zoals bedoeld in artikel 1, lid 2, van deze richtlijn, en bijgevolg de dividenden niet kon belasten krachtens § 2, lid 1, onder c), van de selskabsskattelov. Het ministerie van Financiën is in rechte opgekomen tegen deze beslissing van de Landsskatteret.

48 In deze 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) Is de mogelijkheid voor een lidstaat om zich te beroepen op artikel 1, lid 2, van [richtlijn 90/435], dat betrekking heeft op de toepassing van nationale voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken, onderworpen aan de voorwaarde dat de betrokken lidstaat een specifiek nationaal voorschrift ter uitvoering van artikel 1, lid 2, van de richtlijn heeft vastgesteld dan wel dat het nationale recht algemene voorschriften of beginselen inzake fraude en misbruik bevat die in overeenstemming met artikel 1, lid 2, kunnen worden uitgelegd?

b) Voor zover de eerste vraag[, onder a),] bevestigend wordt beantwoord, kan § 2, lid 1, onder

c), van de selskabsskattelov, volgens welke ,als voorwaarde geldt dat van de heffing van belasting over de dividenden wordt afgezien [...] op grond van de bepalingen van [richtlijn 90/435]', dan worden aangemerkt als een specifiek nationaal voorschrift in de zin van artikel 1, lid 2, van de richtlijn?

2) Is een bepaling van een tussen twee lidstaten gesloten en overeenkomstig het [OESO-modelbelastingverdrag] opgesteld dubbelbelastingverdrag, volgens welke de heffing van belasting over dividenden afhangt van de vraag of de ontvanger van dividend wordt aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde tot dit dividend, een verdragsrechtelijk voorschrift ter bestrijding van misbruik dat onder artikel 1, lid 2, van [richtlijn 90/435] valt?

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

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

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

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

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

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

5) Voor zover in de onderhavige zaak wordt aangenomen

– dat er sprake is van ,nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken' in de zin van artikel 1, lid 2, van de richtlijn,

- dat een in een lidstaat gevestigde vennootschap (A) een dividend heeft uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij (B), die dit dividend heeft doorbetaald aan haar buiten de Europese Unie of de [EER] gevestigde moedermaatschappij (C), die op haar beurt de middelen heeft doorbetaald aan haar eveneens buiten de Unie of de [EER] gevestigde moedermaatschappij (D),
- dat er geen dubbelbelastingverdrag is gesloten tussen eerstgenoemde staat en de staat waar C is gevestigd,
- dat er tussen eerstgenoemde staat en de staat waar D is gevestigd, een dubbelbelastingverdrag is gesloten, en
- dat eerstgenoemde staat dus op grond van zijn wettelijke regeling geen aanspraak had kunnen maken op bronbelasting over dividenden die door A aan D zijn uitgekeerd, indien D de rechtstreekse eigenaar van A was geweest,

is er dan sprake van misbruik van de richtlijn, zodat B hier niet door wordt beschermd?

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

7) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van het desbetreffende dividend beperkt belastingplichtig te zijn, staat artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU dan in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de inhoudingsplichtige (de dochteronderneming) bij niet-tijdige betaling van verschuldigde bronbelasting verplicht tot betaling van moratoire interest tegen een rentevoet die hoger is dan de rentevoet die de betrokken lidstaat hanteert wanneer hij aan een in dezelfde lidstaat gevestigde onderneming moratoire interest in rekening brengt over verschuldigde vennootschapsbelasting?

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

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

zichzelf of gezamenlijk beschouwd in de weg aan een wettelijke regeling

- op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat de dochteronderneming verplicht tot inhouding van bronbelasting op de dividenden en haar jegens de overheid aansprakelijk stelt voor de niet-ingehouden bronbelasting, wanneer een dergelijke inhoudingsplicht niet geldt als de moedermaatschappij in laatstgenoemde lidstaat gevestigd is;
- op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat moratoire interest over de verschuldigde bronbelasting in rekening brengt?

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

10) Staat artikel 63 VWEU, in omstandigheden waarin

- een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) voldoet aan de door richtlijn 90/435 gestelde voorwaarde dat zij (in 2011) ten minste 10 % van het aandelenkapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) bezat,
- de moedermaatschappij in concreto niet wordt geacht overeenkomstig artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van deze dochteronderneming heeft ontvangen,
- de (directe of indirecte) aandeelhouder(s) van de moedermaatschappij, die in een derde land is (zijn) gevestigd, wordt (worden) beschouwd als de uiteindelijk gerechtigde(n) tot het betrokken dividend,
- en deze (directe of indirecte) aandeelhouder(s) eveneens voldoet (voldoen) aan bovengenoemd kapitaalvereiste,

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

2) Zaak C-117/16, Y Denmark

49 Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, is Y Inc., die in de Verenigde Staten is gevestigd (hierna: „Y USA”) en de hoofdmaatschappij is van het Y-concern, een beursgenoteerde onderneming. Zij heeft een aantal buitenlandse dochterondernemingen in handen via Y Global Ltd., die is gevestigd op Bermuda (hierna: „Y Bermuda”), waarvan de enige activiteit – los van haar holdingactiviteiten – erin bestaat dat zij intellectuele-eigendomsrechten bezit op de producten van het concern. Het dagelijks bestuur van deze onderneming wordt verzorgd door een onafhankelijke managementvenootschap.

50 Y Denmark, die in 2000 door Y USA is opgericht en doorlopend een twintigtal werknemers heeft, verricht verkoops- en ondersteunende diensten. Zij rapporteert aan Y B.V., die in Nederland is gevestigd (hierna: „Y Nederland”), die operationeel verantwoordelijk is voor de verkoop van het concern buiten de Verenigde Staten, Canada en Mexico. Y Denmark is tevens de moedermaatschappij van de Europese tak van het Y-concern.

51 Ten gevolge van de vaststelling van de American Jobs Creation Act van 2004 (wet van 2004 betreffende de creatie van banen in de Verenigde Staten) kregen in dat land gevestigde

ondernemingen tijdelijk de mogelijkheid om onder fiscaal zeer gunstige voorwaarden dividenden uit buitenlandse dochterondernemingen te halen in ruil voor de verplichting om deze dividenden in de VS te gebruiken voor specifieke doeleinden, waaronder onderzoek en ontwikkeling. Y USA besloot dan ook om in het boekhoudkundige jaar dat liep van 1 mei 2005 tot 30 april 2006 zo veel mogelijk dividenden uit Y Bermuda te halen. De totale bijdrage – die onder meer werd gevormd door de dividenduitkeringen van de dochterondernemingen van Y Bermuda – werd vastgesteld op 550 miljoen Amerikaanse dollar (USD) (ongeveer 450,82 miljoen EUR).

52 Vóór de dividenden werden uitgekeerd, werd een herstructurering doorgevoerd van de Europese tak van het concern. In het kader daarvan heeft Y Bermuda op 9 mei 2005 in Cyprus Y Cyprus opgericht met een startkapitaal van 20 000 USD (ongeveer 16 400 EUR), waarvan 2 000 USD (ongeveer 1 640 EUR) werd volstort. Bij een overeenkomst van 16 september 2005 verkocht Y Bermuda de aandelen in Y Denmark voor 90 miljoen EUR aan Y Cyprus. De koopsom werd geregeld door de uitgifte van een schuldbekentenis.

53 Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, is Y Cyprus een houdstermaatschappij (holding) die ook bepaalde kastransacties verricht. Zo verstrekt zij onder meer leningen aan dochterondernemingen. Uit de verslagen van de raad van bestuur die zijn opgenomen in de jaarrekening van deze vennootschap voor de boekhoudkundige jaren 2005?2006 en 2006/07, blijkt dat haar voornaamste activiteit bestaat in het beheer van de deelnemingen. Voorts heeft de vennootschap bestuurdersvergoedingen betaald ten bedrage van respectievelijk 571 USD (ongeveer 468 EUR) en 915 USD (ongeveer 750 EUR). Blijkens de jaarrekeningen heeft de vennootschap geen belastingen betaald, aangezien zij geen positieve belastbare inkomsten had.

54 De verwijzende rechter merkt op dat Y Nederland op 26 september 2005 heeft besloten om voor het boekhoudkundige jaar 2004?2005 een dividend van 76 miljoen EUR uit te keren aan Y Denmark. Dit dividend werd op 25 oktober 2005 aan Y Denmark uitgekeerd. Op 28 september 2005 keurde de algemene vergadering van aandeelhouders van Y Denmark voor hetzelfde boekhoudkundige jaar een dividenduitkering aan Y Cyprus ten bedrage van eveneens 76 miljoen EUR goed. Dit bedrag werd op 27 oktober 2005 aan Y Cyprus uitbetaald. Y Cyprus sluisde het ontvangen bedrag op 28 oktober 2005 door naar Y Bermuda met het oog op de gedeeltelijke aflossing van de lening die haar was verleend bij de aankoop van Y Denmark.

55 Op 21 oktober 2005 richtte Y Cyprus een Nederlandse vennootschap op, Y Holding BV. Bij overeenkomst van 25 oktober 2005 verkocht Y Denmark haar aandelen in Y Nederland aan Y Holding voor een bedrag van 14 miljoen EUR.

56 Op 3 april 2006 keerde Y Bermuda een dividend van 550 miljoen USD (ongeveer 450,82 miljoen EUR) uit aan Y USA. Deze uitkering werd deels met eigen middelen, deels met een banklening gefinancierd.

57 Op 13 oktober 2006 keurde de algemene vergadering van aandeelhouders van Y Denmark voor het boekhoudkundige jaar 2005?2006 een dividenduitkering van 92 012 000 DKK (ongeveer 12,3 miljoen EUR) aan Y Cyprus goed. Y Denmark heeft verklaard dat dit bedrag (als te ontvangen dividend) deel uitmaakte van het totale dividend van 550 miljoen USD (ongeveer 450,82 miljoen EUR) dat Y Bermuda op 3 april 2006 had uitgekeerd aan Y USA, wat het ministerie van Financiën heeft betwist omdat het niet door enig stuk wordt gestaafd. In 2010 heeft Y Denmark een bedrag van 92 012 000 DKK (ongeveer 12,3 miljoen EUR) uitgekeerd aan Y Cyprus.

58 Volgens de verwijzende rechter is de voornaamste vraag in deze zaak of Y Cyprus in Denemarken beperkt belastingplichtig is ter zake van de betrokken dividenden. Volgens Deens recht is een buitenlandse moedermaatschappij in de regel in Denemarken niet beperkt belastingplichtig ter zake van dividenden. Voorwaarde is echter dat van belastingheffing wordt

afgezien of dat het bedrag van de belasting wordt verminderd krachtens richtlijn 90/435 of krachtens een dubbelbelastingverdrag. Volgens de meeste door het Koninkrijk Denemarken gesloten belastingverdragen kan er slechts van heffing worden afgezien of kan het belastingbedrag slechts worden verminderd indien de entiteit die de dividenden heeft ontvangen de „uiteindelijk gerechtigde” (*retmæssig ejer*) tot de betrokken dividenden is. Richtlijn 90/435 bevat geen dergelijke voorwaarde.

59 De SKAT is van mening dat Y Cyprus in Denemarken beperkt belastingplichtig is ter zake van de betrokken dividenden, aangezien deze vennootschap niet kan worden beschouwd als de „uiteindelijk gerechtigde” tot deze dividenden in de zin van het tussen het Koninkrijk Denemarken en de Republiek Cyprus gesloten belastingverdrag, en evenmin valt onder de bepalingen van richtlijn 90/435 inzake de vrijstelling van bronbelasting.

60 Bij besluit van 17 september 2010 heeft de SKAT vastgesteld dat Y Denmark bronbelasting had moeten inhouden op de twee dividenden die zij respectievelijk in 2005 en 2006 had uitgekeerd aan haar moedermaatschappij, Y Cyprus, en dat Y Denmark aansprakelijk was voor de betaling van deze bronbelasting.

61 Tegen dit besluit is beroep ingesteld bij de Landsskatteret. Op 16 december 2011 stelde deze in navolging van de SKAT vast dat Y Cyprus geen „uiteindelijk gerechtigde” tot de dividenden was in de zin van het tussen het Koninkrijk Denemarken en de Republiek Cyprus gesloten belastingverdrag. Zij aanvaardde echter het argument van Y Denmark dat er geen grond was voor het inhouden van bronbelasting, aangezien Y Cyprus viel onder de vrijstelling van richtlijn 90/435.

62 Het ministerie van Financiën is bij de verwijzende rechter opgekomen tegen de beslissing van de Landsskatteret.

63 In de verwijzingsbeslissing merkt de verwijzende rechter op dat de partijen het erover eens zijn dat de opgezette constructies niet op grond van het „realiteitsbeginsel” terzijde kunnen worden geschoven en dat de vennootschap die de dividenden heeft ontvangen, in casu Y Cyprus, de werkelijke ontvanger van de inkomsten is in de zin van het Deense recht.

64 In deze 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) Is de mogelijkheid voor een lidstaat om zich te beroepen op artikel 1, lid 2, van [richtlijn 90/435], dat betrekking heeft op de toepassing van nationale voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken, onderworpen aan de voorwaarde dat de betrokken lidstaat een specifiek nationaal voorschrift ter uitvoering van artikel 1, lid 2, van de richtlijn heeft vastgesteld dan wel dat het nationale recht algemene voorschriften of beginselen inzake fraude en misbruik bevat die in overeenstemming met artikel 1, lid 2, kunnen worden uitgelegd?

b) Voor zover de eerste vraag[, onder a),] bevestigend wordt beantwoord, kan § 2, lid 1, onder c), van de selskabsskattelov, volgens welke ‚als voorwaarde geldt dat van de heffing van belasting over de dividenden wordt afgezien [...] op grond van de bepalingen van [richtlijn 90/435]’, dan worden aangemerkt als een specifiek nationaal voorschrift in de zin van artikel 1, lid 2, van de richtlijn?

2) a) Is een bepaling van een tussen twee lidstaten gesloten en overeenkomstig het [OESO-modelbelastingverdrag] opgesteld dubbelbelastingverdrag, volgens welke de heffing van belasting over dividenden afhangt van de vraag of de ontvanger van dividend wordt aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde tot dit dividend, een verdragsrechtelijk voorschrift ter bestrijding van misbruik dat onder artikel 1, lid 2, van de richtlijn valt?

b) Zo ja, dient de uitdrukking 'verdragsrechtelijke voorschriften' in artikel 1, lid 2, van de richtlijn dan aldus te worden uitgelegd dat als voorwaarde geldt dat de lidstaat zich overeenkomstig zijn nationale recht tegen de belastingplichtige op het dubbelbelastingverdrag kan beroepen?

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

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

b) Dient het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' in dezelfde zin te worden opgevat als het overeenkomstige begrip in artikel 1, lid 1, juncto artikel 1, lid 4, van [richtlijn 2003/49]?

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

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

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

5) Voor zover in de onderhavige zaak wordt aangenomen

– dat er sprake is van 'nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken' in de zin van artikel 1, lid 2, van de richtlijn,

– dat een in een lidstaat gevestigde vennootschap (A) een dividend heeft uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij (B), die dit dividend heeft doorbetaald aan haar buiten de Europese Unie of de [EER] gevestigde moedermaatschappij (C), die op haar beurt

de middelen heeft doorbetaald aan haar eveneens buiten de Unie of de EER gevestigde moedermaatschappij (D),

- dat er geen dubbelbelastingverdrag is gesloten tussen eerstgenoemde staat en de staat waar C is gevestigd,
- en dat er wel een dubbelbelastingverdrag is gesloten tussen eerstgenoemde staat en de staat waar D is gevestigd,
- zodat eerstgenoemde staat op grond van zijn wettelijke regeling geen aanspraak had kunnen maken op bronbelasting over dividenden die door A aan D zijn uitgekeerd, indien D de rechtstreekse eigenaar van A was geweest,

is er dan sprake van misbruik in de zin van de richtlijn, met als gevolg dat B niet door de richtlijn wordt beschermd?

6) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, staat artikel 43 EG juncto artikel 48 EG (en/of artikel 56 EG) dan in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan laatstgenoemde lidstaat belasting heft over het dividend dat de in de andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij heeft ontvangen, wanneer de betrokken lidstaat ingezeten moedermaatschappijen in voor het overige vergelijkbare omstandigheden vrijstelt van de heffing van belasting over dergelijke dividenden?

7) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, en de moedermaatschappij door laatstgenoemde lidstaat wordt geacht aldaar ter zake van het desbetreffende dividend beperkt belastingplichtig te zijn, staat artikel 43 EG juncto artikel 48 EG (en/of artikel 56 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?

8) Indien het Hof de tweede vraag[, onder a),] bevestigend beantwoordt en de derde vraag aldus dat het niet aan de nationale rechterlijke instanties staat om de inhoud van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' vast te leggen, en indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet op die basis wordt geacht overeenkomstig richtlijn 90/435 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, is laatstgenoemde lidstaat dan krachtens richtlijn 90/435 of artikel 10 EG verplicht om mee te delen wie hij in dat geval als de uiteindelijk gerechtigde beschouwt?

9) Indien een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) in concreto niet wordt geacht overeenkomstig richtlijn 90/435 te zijn vrijgesteld van bronbelasting over een dividend dat zij van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) heeft ontvangen, staat artikel 43 EG juncto artikel 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 dochteronderneming verplicht tot inhouding

van bronbelasting op de dividenden en haar jegens de overheid aansprakelijk stelt voor de niet-gehouden bronbelasting, wanneer een dergelijke inhoudingsplicht niet geldt als de moedermaatschappij in laatstgenoemde lidstaat gevestigd is;

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

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

10) Staat artikel 56 EG, in omstandigheden waarin

– een in een lidstaat gevestigde onderneming (de moedermaatschappij) voldoet aan de door richtlijn 90/435 gestelde voorwaarde dat zij (in 2005 en 2006) ten minste 20 % van het aandelenkapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (de dochteronderneming) bezat,

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

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

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

in de weg aan een wettelijke regeling op grond waarvan de lidstaat waar de dochteronderneming is gevestigd, belasting heft over het betrokken dividend, wanneer deze lidstaat ingezeten ondernemingen die voldoen aan het kapitaalvereiste van richtlijn 90/435, dat wil zeggen in de belastingjaren 2005 en 2006 ten minste 20 % bezaten van het aandelenkapitaal van de onderneming die het dividend heeft uitgekeerd (15 % in 2007 en 2008 en 10 % nadien), vrijstelt van de heffing van belasting over dergelijke dividenden?”

Procedure bij het Hof

65 Aangezien de twee hoofdgedingen, die beide betrekking hebben op de uitlegging van richtlijn 90/435 en de in de Verdragen neergelegde fundamentele vrijheden, verknocht zijn, moeten zij worden gevoegd voor het arrest.

66 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-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, die aan de orde zijn in het arrest van heden N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16), 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

67 De door de nationale rechter gestelde vragen hebben betrekking op drie onderwerpen. Het eerste onderwerp betreft het bestaan van een rechtsgrondslag op basis waarvan een lidstaat de in

artikel 5 van richtlijn 90/435 bedoelde vrijstelling mag weigeren aan een vennootschap die dividenden heeft uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap waarvan zij de dochteronderneming is, 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 90/435 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 wil de verwijzende rechter nagaan of de Deense wetgeving in strijd is met deze vrijheden.

Eerste tot en met derde vraag en vierde vraag, onder a) tot en met c), in de hoofdgedingen

68 Met de eerste tot en met de derde vraag en de vierde vraag, onder a) tot en met c), in de hoofdgedingen wenst de verwijzende rechter in wezen in de eerste plaats te vernemen of de bij artikel 1, lid 2, van richtlijn toegestane bestrijding van fraude of misbruiken vereist dat er een nationale of verdragsrechtelijke antimisbruikbepaling bestaat in de zin van dat artikel. In de tweede plaats wenst hij te vernemen of een overeenkomstig het OESO-modelbelastingverdrag opgesteld verdrag dat het begrip „uiteindelijk gerechtigde” bevat een verdragsrechtelijk voorschrift ter bestrijding van misbruik kan vormen in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435. In de derde plaats wenst hij te vernemen of dit begrip „uiteindelijk gerechtigde” een Unierechtelijk begrip is en op dezelfde wijze moet worden begrepen als het begrip „uiteindelijk gerechtigde” in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2003/49 en of bij de uitlegging van deze bepaling rekening kan worden gehouden met artikel 10 van het OESO-modelbelastingverdrag van 1977. Hij wenst met name te vernemen of een bepaling die het begrip „uiteindelijk gerechtigde” bevat kan worden beschouwd als een rechtsgrondslag op basis waarvan rechtsmisbruik kan worden bestreden.

69 Om te beginnen dient de eerste vraag die in de hoofdgedingen aan de orde is te worden onderzocht. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een lidstaat, teneinde rechtsmisbruik bij de toepassing van richtlijn 90/435 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.

70 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).

71 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).

72 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.

73 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.

74 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).

75 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).

76 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).

77 Artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435 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 70 tot en met 72 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.

78 Dienaangaande zij opgemerkt dat richtlijn 90/435, zoals blijkt uit de eerste en de derde overweging ervan, tot doel heeft hergroeperingen van vennootschappen op het niveau van de Unie te vergemakkelijken door concurrentieneutrale belastingvoorschriften tot stand te brengen om de ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken.

79 Het zou niet stroken met deze doelstellingen om financiële constructies toe te staan die enkel tot doel hebben te profiteren van de fiscale voordelen die voortvloeien uit de toepassing van richtlijn 90/435. 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 51 van haar conclusie in zaak C-116/16 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).

80 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 90/435 een harmonisatie beoogt op het gebied van directe belastingen door de invoering van concurrentieneutrale belastingvoorschriften, en de lidstaten niet de mogelijkheid wil ontnemen passende maatregelen ter bestrijding van fraude en misbruik te nemen.

81 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).

82 Hieruit volgt dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties het genot van de rechten van richtlijn 90/435 moeten weigeren wanneer op deze rechten aanspraak wordt gemaakt door middel van fraude of misbruik.

83 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 90/435 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.

84 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 verweersters in het hoofdgeding dat de betrokken lidstaat ingevolge artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435 slechts mag weigeren de voordelen van deze richtlijn toe te kennen wanneer in de nationale wetgeving een afzonderlijke en specifieke rechtsgrondslag daarvoor bestaat.

85 Deze redenering kan echter niet worden aanvaard.

86 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.

87 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).

88 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).

89 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 90/435 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 5 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).

90 In dergelijke omstandigheden wordt de weigering aan een belastingplichtige immers niet bestreken door de in punt 86 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).

91 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 70 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, betekent de weigering van een voordeel dat voortvloeit uit een richtlijn, zoals richtlijn 90/435, 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).

92 In dergelijke omstandigheden moeten de lidstaten het uit richtlijn 90/435 voortvloeiende voordeel dus 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).

93 Gelet op de vaststelling in punt 72 van het onderhavige arrest is het niet nodig te antwoorden op de tweede vraag van de verwijzende rechter, waarmee hij in wezen wens 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 90/435.

94 In deze omstandigheden hoeft evenmin te worden geantwoord op de derde vraag en de vierde vraag, onder a) tot en met c), betreffende de uitlegging van dit begrip „uiteindelijk gerechtigde”, aangezien deze vragen slechts zijn gesteld voor het geval dat de tweede vraag bevestigend zou worden beantwoord.

95 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat het algemene Unierechtelijke beginsel volgens hetwelk justitiabelen zich niet door middel van fraude of misbruik kunnen beroepen op het Unierecht, aldus dient te worden uitgelegd dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties de in artikel 5 van bovengenoemde richtlijn bedoelde vrijstelling van bronbelasting over winsten die door een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij worden uitgekeerd 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.

De vierde vraag, onder d) en e), en de vijfde en de achtste vraag in de hoofdgedingen

96 Met de vierde vraag, onder d) en e), en de vijfde vraag die in de hoofdgedingen aan de orde zijn, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen wat de bestanddelen van rechtsmisbruik zijn, en hoe het bestaan van deze bestanddelen kan worden aangetoond. In dit verband wenst hij met name te vernemen of een vennootschap kan worden geacht daadwerkelijk dividenden van haar dochteronderneming te hebben ontvangen wanneer zij contractueel of wettelijk verplicht is om deze dividenden door te betalen aan een derde of wanneer uit de feiten blijkt dat zij weliswaar niet een dergelijke verplichting heeft, maar „in wezen” niet het recht heeft op het „gebruik en genot van het dividend”, zoals bedoeld in de commentaren uit 2014 bij het OESO-modelbelastingverdrag van 1977. Hij wenst tevens te vernemen of er sprake kan zijn van rechtsmisbruik wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot de door de doorstroomvennootschappen overgehevelde dividenden een vennootschap is die is gevestigd in een derde staat waarmee de betrokken lidstaat een belastingverdrag heeft gesloten. Met de achtste vraag wenst de verwijzende rechter ten slotte in wezen te vernemen of een lidstaat die weigert een vennootschap van een andere lidstaat te erkennen als gerechtigde tot de dividenden, verplicht is de vennootschap te identificeren die zij in voorkomend geval als de uiteindelijk gerechtigde beschouwt.

Bestanddelen van rechtsmisbruik en desbetreffende bewijzen

97 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).

98 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).

99 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 rechter bij zijn beoordeling van de bij hem 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 verweersters in het hoofdgeding de gelegenheid hebben gehad het tegenbewijs te leveren.

100 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 dividenden wordt vermeden doordat aan de concernstructuur een doorstroomvennootschap wordt toegevoegd tussen de vennootschap die de dividenden uitkeert en de uiteindelijk gerechtigde tot deze dividenden.

101 Dat de vennootschap die de dividenden heeft ontvangen deze dividenden zeer snel na de ontvangst ervan volledig of nagenoeg volledig doorsluis naar entiteiten die niet aan de toepassingsvoorwaarden van richtlijn 90/435 voldoen omdat zij niet in een lidstaat zijn gevestigd, niet een van de in deze richtlijn genoemde rechtsvormen hebben, niet onderworpen zijn aan een van de in artikel 2, onder c), van deze richtlijn opgesomde belastingen zonder daarvan te zijn vrijgesteld, dan wel omdat zij geen „moedermaatschappij” zijn en niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 3 van deze richtlijn, vormt dan ook een aanwijzing dat sprake is van een constructie die ertoe strekt ten onrechte de vrijstelling van artikel 5 van deze richtlijn te verkrijgen.

102 Entiteiten die hun fiscale woonplaats buiten de Unie hebben, zoals kennelijk het geval is voor de in zaak C-117/16 aan de orde zijnde vennootschappen en de in zaak C-116/16 aan de orde zijnde beleggingsfondsen, voldoen niet aan de toepassingsvoorwaarden van richtlijn 90/435. In deze zaken zou het Koninkrijk Denemarken bronbelasting hebben kunnen innen indien de Deense debiteur de dividenden rechtstreeks had uitgekeerd aan de entiteiten die volgens het ministerie van Financiën de uiteindelijk gerechtigden tot deze dividenden waren.

103 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 dividenden ontvangt deze dividenden op haar beurt moet doorbetalen aan een derde vennootschap die niet voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van richtlijn 90/435, 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.

104 Er is sprake van een onderneming die fungeert als doorstroomvennootschap indien deze onderneming zich uitsluitend bezighoudt met het ontvangen van de dividenden 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.

105 De verschillende overeenkomsten die zijn gesloten tussen de bij de betreffende financiële verrichtingen betrokken vennootschappen en die geldstromen binnen de groep doen ontstaan, 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 dividenden te beschikken, kunnen eveneens aanwijzingen vormen voor een dergelijke constructie. Dergelijke aanwijzingen kunnen niet alleen bestaan in een contractuele of wettelijke verplichting voor de moedermaatschappij die de dividenden ontvangt om deze dividenden door te betalen aan een derde, maar eveneens in het feit dat deze onderneming, zoals de verwijzende rechter opmerkt, „in wezen” niet het recht heeft op het gebruik en genot van die dividenden, ook al rust op haar geen dergelijke contractuele of wettelijke verplichting.

106 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 en de in punt 51 van dit arrest genoemde wettelijke regeling van de Verenigde Staten.

107 De verwijzende rechter wenst eveneens in wezen te vernemen of er sprake kan zijn van rechtsmisbruik wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot de door de doorstroomvennootschappen doorgesluisde dividenden een vennootschap is die is gevestigd in een derde staat waarmee de bronstaat een belastingverdrag heeft gesloten, op basis waarvan geen belasting over de dividenden zou zijn geheven indien deze dividenden rechtstreeks waren uitgekeerd aan de in die derde staat gevestigde vennootschap.

108 Bij het onderzoek van de structuur van het concern is het niet relevant dat bepaalde uiteindelijk gerechtigden tot de door de doorstroomvennootschap uitgekeerde dividenden 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 in artikel 5 van richtlijn 90/435 bedoelde vrijstelling van de bronbelasting te verkrijgen.

109 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 begunstigten die ingezetenen zijn van de derde staat waarmee dit verdrag is gesloten. Wanneer de vennootschap die de dividenden verschuldigd is in aanmerking wenst te komen voor de voordelen van dat verdrag, staat het haar vrij die dividenden rechtstreeks uit te keren aan entiteiten die hun fiscale woonplaats hebben in een staat die met de bronstaat een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten.

110 Het kan evenwel evenmin worden uitgesloten dat in een situatie waarin de dividenden zouden zijn vrijgesteld indien zij rechtstreeks werden 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 dividenden niet rechtstreeks aan die vennootschap heeft uitgekeerd.

111 Voorts moet worden vastgesteld dat, wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot de uitgekeerde dividenden zijn fiscale woonplaats in een derde staat heeft, de weigering van de in artikel 5 van richtlijn 90/435 bedoelde vrijstelling geenszins afhankelijk is van de vaststelling dat sprake is van fraude of rechtsmisbruik.

112 Deze richtlijn beoogt immers, zoals met name uit de derde overweging van de considerans ervan blijkt, door de invoering van een gemeenschappelijke fiscale regeling elke benadeling van de samenwerking tussen vennootschappen uit verschillende lidstaten ten opzichte van de samenwerking tussen vennootschappen van eenzelfde lidstaat op te heffen, en aldus de hergroepering van vennootschappen op het niveau van de Unie te vergemakkelijken (arrest van 8 maart 2017, Wereldhave Belgium e.a., C-448/15, EU:C:2017:180, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zoals in punt 78 van het onderhavige arrest is opgemerkt, beoogt deze richtlijn aldus de fiscale neutraliteit te waarborgen van de uitkering van winsten door een in een lidstaat gevestigde dochteronderneming aan haar in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij, aangezien deze richtlijn volgens artikel 1 ervan slechts ziet op winstuitkeringen die vennootschappen van een lidstaat ontvangen van hun dochterondernemingen uit andere lidstaten (zie in die zin beschikking van 4 juni 2009, KBC Bank et Beleggen, Risicokapitaal, Beheer, C-439/07 en C-499/07, EU:C:2009:339, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

113 De mechanismen van richtlijn 90/435, en met name van artikel 5 ervan, zijn derhalve bedoeld voor situaties waarin, zonder de toepassing van die mechanismen, de uitoefening door de lidstaten van hun heffingsbevoegdheid ertoe zou kunnen leiden dat de door een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitgekeerde winst dubbel wordt belast (arrest van 8 maart 2017, Wereldhave Belgium e.a., C-448/15, EU:C:2017:180, punt 39). Deze mechanismen zijn daarentegen niet van toepassing wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot de

dividenden een vennootschap is die haar fiscale vestigingsplaats buiten de Unie heeft, aangezien de vrijstelling van deze dividenden van bronbelasting in de lidstaat vanwaaruit zij worden uitgekeerd in een dergelijk geval uiteindelijk ertoe zou kunnen leiden dat deze dividenden niet effectief worden belast in de Unie.

114 Gelet op een en ander moet op de vierde vraag, onder d) en e), die in de hoofdgedingen aan de orde is, worden gantwoord 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 het recht op 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.

Bewijslast ter zake van rechtsmisbruik

115 Richtlijn 90/435 bevat geen bepalingen betreffende de bewijslast ter zake van rechtsmisbruik.

116 Zoals de Deense en de Duitse regering betogen, staat het echter in beginsel aan de vennootschappen die verzoeken om de in artikel 5 van richtlijn 90/435 bedoelde vrijstelling van bronbelasting over dividenden, om aan te tonen dat zij voldoen aan de objectieve voorwaarden van deze richtlijn. Niets belet de betrokken belastingautoriteiten immers 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 (arrest van 28 februari 2013, Petersen en Petersen, C-544/11, EU:C:2013:124, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

117 Indien een belastingautoriteit van de bronstaat voornemens is de vrijstelling van artikel 5 van richtlijn 90/435 niet toe te passen op een onderneming die dividenden 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 dividenden zijn uitgekeerd niet de uiteindelijk gerechtigde tot deze dividenden zijn – in aanmerking dient te nemen.

118 De belastingautoriteit hoeft de uiteindelijk gerechtigden tot deze dividenden 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.

119 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. Zo merkt de verwijzende rechter in casu, in zaak C-117/16, op dat de moedermaatschappij van Y Cyprus Y Bermuda is, die op Bermuda is gevestigd, terwijl de

moedermaatschappij van laatstgenoemde onderneming Y USA is, die is gevestigd in de Verenigde Staten. Indien de verwijzende rechter van oordeel zou zijn dat Y Cyprus niet de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden is, zouden de belastingautoriteiten en de rechterlijke instanties van de bronstaat hoogstwaarschijnlijk niet kunnen bepalen welke van deze twee moedermaatschappijen de uiteindelijk gerechtigde tot de interest is of zal zijn. Meer bepaald zou de beslissing over de toewijzing van deze dividenden kunnen zijn genomen nadat de belastingautoriteit vaststellingen heeft verricht betreffende de doorstroomvennootschap.

120 Bijgevolg moet op de achtste vraag die in de hoofdgedingen aan de orde is, 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 dividenden zijn, om te kunnen weigeren een onderneming te erkennen als uiteindelijk gerechtigde tot deze dividenden of om aan te tonen dat sprake is van rechtsmisbruik.

Zesde, zevende, negende en tiende vraag in de hoofdgedingen

121 Met de zesde, de zevende, de negende en de tiende vraag die in de hoofdgedingen aan de orde zijn, wenst de verwijzende rechter, voor het geval dat de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 90/435 neergelegde regeling inzake vrijstelling van bronbelasting over de dividenden die een in een lidstaat gevestigde onderneming heeft uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde onderneming niet van toepassing zou zijn, in wezen 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 dividenden die vervat zijn in de wetgeving van de eerstbedoelde lidstaat, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is.

122 Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat deze vragen uitgaan van de premisse dat de niet-toepasselijkheid van de vrijstellingsregeling voortvloeit uit de vaststelling dat sprake is van fraude of misbruik in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435. In dat geval kan een in een lidstaat gevestigde vennootschap zich, gelet op de in punt 70 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 dividenden die aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap worden uitgekeerd.

123 Bijgevolg moet op de zesde, de zevende, de negende en de tiende vraag die in de hoofdgedingen aan de orde zijn, worden geantwoord dat, indien de in richtlijn 90/435 neergelegde regeling inzake vrijstelling van bronbelasting over de dividenden 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 1, lid 2, van deze richtlijn is vastgesteld, de in het VWEU neergelegde vrijheden niet kunnen worden ingeroepen om op te komen tegen de regeling van de eerstbedoelde lidstaat inzake de heffing van belasting over deze dividenden.

Kosten

124 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-116/16 en C-117/16 worden gevoegd voor het arrest.

- 2) 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 vrijstelling van bronbelasting over winsten die door een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij worden uitgekeerd, waarin is voorzien in artikel 5 van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, zoals gewijzigd bij richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003, 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 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 het recht op 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.
- 4) Een nationale autoriteit is niet verplicht de entiteit of de entiteiten te identificeren die volgens haar de uiteindelijk gerechtigde of gerechtigden tot de dividenden zijn, om te kunnen weigeren een onderneming te erkennen als uiteindelijk gerechtigde tot deze dividenden of om aan te tonen dat sprake is van rechtsmisbruik.
- 5) Indien de regeling inzake vrijstelling van bronbelasting over de dividenden die een in een lidstaat gevestigde vennootschap heeft uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, die is neergelegd in richtlijn 90/435, zoals gewijzigd bij richtlijn 2003/123, niet van toepassing is doordat fraude of misbruik in de zin van artikel 1, lid 2, van deze richtlijn is vastgesteld, kunnen de in het VWEU neergelegde vrijheden niet worden ingeroepen om op te komen tegen de regeling van de eerstbedoelde lidstaat inzake de heffing van belasting over deze dividenden.

ondertekeningen

* Procestaal: Deens.