

Voorlopige editie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. Kokott

van 19 januari 2017 (1)

Zaak C-6/16

Egiom SAS, voorheen Holcim France SAS

Enka SA

tegen

Ministre des finances et des comptes publics

[verzoek van de Conseil d'État (raad van state, Frankrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Belastingrecht – Vrijheid van vestiging (artikel 43 EG) – Vrij verkeer van kapitaal (artikel 56 EG) – Richtlijn 90/435/EEG – Moeder-dochterrichtlijn – Bronbelasting over uitgaande dividenden – Bestrijding van belastingontwijking – Misbruik van recht”

I – Inleiding

1. De onderhavige procedure betreft in wezen de vraag in welke omstandigheden een lidstaat een normaliter te verlenen vrijstelling van de bronbelasting over dividenduitkeringen door een ingezeten dochteronderneming aan haar niet-ingezeten moedermaatschappij mag weigeren met het oog op bestrijding van belastingontwijking.
2. Deze vraag is in casu gerelateerd aan een Franse bepaling waarmee wordt beoogd tegen te gaan dat met misbruik een beroep wordt gedaan op deze vrijstelling van de bronbelasting, die ingevolge artikel 5 van de in casu *ratione temporis* toepasselijke richtlijn 90/435/EEG(2) (hierna: „moeder-dochterrichtlijn”) in beginsel moet worden verleend. Met toepassing van deze bepaling heeft de belastingdienst geweigerd dividenduitkeringen door een in Frankrijk gevestigde vennootschap aan haar Luxemburgse moedermaatschappij van de bronbelasting vrij te stellen. De in Luxemburg gevestigde onderneming werd op haar beurt indirect gecontroleerd door een in Zwitserland gevestigde vennootschap, en het op grond van deze omstandigheid vereiste bewijs dat de structuur van de keten van deelnemingen niet hoofdzakelijk op fiscale motieven was gebaseerd, werd niet verschaft.
3. Vraag is of de Franse maatregel, die zich in principe keert tegen een vorm van „directive

shopping”(3), met de moeder-dochterrichtlijn en met de fundamentele vrijheden verenigbaar is. Juist de recent aanzienlijk geïntensiveerde inspanningen ter bestrijding van onjuiste belastingpraktijken op Europees(4) en internationaal(5) niveau illustreren dat deze kwestie bijzonder relevant is. Hoewel het alleen al op grond van een eerlijke belastingheffing noodzakelijk is om belastingontwijking consequent te bestrijden, moet bij dat streven nochtans altijd de evenredigheid worden geëerbiedigd.

II – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*

4. De in casu relevante primairrechtelijke bepalingen betreffen de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer. Aangezien in het hoofdgeding moet worden beoordeeld of rechtmatig belasting is ingehouden over winstuitkeringen in 2005 en 2006, dient bij de beantwoording van het prejudiciële verzoek nog te worden verwezen naar de verdragsbepalingen in de versie van het Verdrag van Amsterdam.(6)

5. De in casu toepasselijke secundairrechtelijke voorschriften zijn vervat in de moeder-dochterrichtlijn. Krachtens artikel 1, lid 1, van deze richtlijn moet elke lidstaat haar toepassen:

„[...]

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

[...]”

6. Met betrekking tot dergelijke winstuitkeringen bepaalt artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn:

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

7. Artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn luidt:

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

B – *Nationaal recht*

8. Krachtens artikel 119 bis, lid 2, van de in casu toepasselijke versie van de Franse Code général des impôts (algemeen belastingwetboek; hierna: „CGI”) wordt de winst die een Franse rechtspersoon uitkeert aan personen wier fiscale woonplaats of zetel niet in Frankrijk is gelegen, aan een bronbelasting onderworpen.

9. Krachtens artikel 119 ter, lid 1, juncto lid 2, CGI is de uitkering van winst aan een rechtspersoon onder bepaalde voorwaarden van deze bronbelasting vrijgesteld. Een van die voorwaarden is dat de rechtspersoon jegens de schuldenaar of de betaler van die winstuitkeringen kan aantonen dat hij de daadwerkelijke begunstigde van de dividenden is. Daarenboven moet zijn daadwerkelijke bestuurszetel zich bevinden in een lidstaat van de Europese Unie, moet hij een in de bijlage bij de moeder-dochterrichtlijn genoemde rechtsvorm bezitten en bovendien met ten minste 20 % deelnemen in het kapitaal van de rechtspersoon die het dividend uitkeert.

10. Artikel 119 ter, lid 3, CGI bepaalt echter dat die vrijstelling niet van toepassing is wanneer

de begunstigde van de winstuitkering een rechtspersoon is die direct of indirect wordt gecontroleerd door één of meerdere personen gevestigd in landen die geen lid van de Unie zijn, tenzij die rechtspersoon aantoont dat de keten van deelnemingen niet als voornaamste doel of als een van de voornaamste doelen heeft om voordeel te halen uit de vrijstelling.

III – Hoofdgeding en procedure bij het Hof

11. Aanleiding voor de onderhavige procedure is een geding tussen de ondernemingen Egiom SAS en Enka SA (hierna eveneens: „verzoeksters in het hoofdgeding”) enerzijds en de Franse belastingdienst anderzijds.

12. Een rechtsvoorgangster van de in Frankrijk gevestigde vennootschap Egiom heeft in 2005 en 2006 dividend uitgekeerd aan haar moedermaatschappij en enig aandeelhoudster Enka, die in Luxemburg is gevestigd. De aandelen van laatstgenoemde vennootschap waren op het bewuste ogenblik praktisch volledig in handen van een op Cyprus gevestigde onderneming die op haar beurt door een in Zwitserland gevestigde vennootschap werd gecontroleerd.

13. De bevoegde instantie heeft voor de dividenduitkeringen geen vrijstelling van de bronbelasting verleend krachtens artikel 119 ter, lid 1, juncto lid 2, CGI. Deze dienst was veeleer van mening dat de uitkeringen onder de in lid 3 van dat artikel opgenomen uitzondering vielen, aangezien de begunstigde niet kon aantonen dat de keten van deelnemingen niet als voornaamste doel of als een van de voornaamste doelen had om voordeel te halen uit de vrijstelling. De betrokken vennootschappen hebben dat besluit aangevochten in rechte.

14. De thans met het geding belaste Conseil d'État (raad van state) acht het recht van de Unie beslissend voor de beslechting van het geding en heeft op 30 december 2015 derhalve het Hof krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een beslissing over de volgende prejudiciële vragen:

„1) Als een nationale regeling van een lidstaat in het nationaal recht gebruik maakt van de mogelijkheid voorzien in artikel 1, lid 2, van [de moeder-dochterrichtlijn], kunnen dan de handelingen of overeenkomsten ter uitvoering van die mogelijkheid worden getoetst aan het primaire Unierecht?

2) Moeten de bepalingen van artikel 1, lid 2, van [de moeder-dochterrichtlijn], die de lidstaten een ruime beoordelingsmarge geven om te bepalen welke voorschriften [noodzakelijk zijn] ,ter bestrijding van fraude en misbruiken’, aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een lidstaat een mechanisme instelt dat ertoe strekt het voordeel van de vrijstelling niet te verlenen voor dividenden die worden uitgekeerd aan een rechtspersoon die direct of indirect wordt gecontroleerd door personen die zijn gevestigd in landen die geen leden van de Unie zijn, behalve indien die rechtspersoon aantoont dat de keten van deelnemingen niet als voornaamste of als een van haar voornaamste doelen heeft om voordeel te halen uit de vrijstelling?

3) a) Als de verenigbaarheid met het Unierecht van het voornoemde ‚anti-misbruik’-mechanisme ook moet worden getoetst aan de bepalingen van het Verdrag, moet daarbij ook rekening worden gehouden met het voorwerp van de betrokken wetgeving, in het licht van de bepalingen van artikel 43 [EG], thans artikel 49 [VWEU], wanneer de vennootschap die in aanmerking komt voor de uitkering van de dividenden, als resultaat van de keten van deelnemingen die als een van haar voornaamste doelstellingen het voordeel van de vrijstelling heeft, direct of indirect wordt gecontroleerd door een of meerdere personen die zijn gevestigd in derde landen, en die zich dus niet kunnen beroepen op de vrijheid van vestiging?

b) Als voornoemde vraag ontkennend wordt beantwoord, moet dan de verenigbaarheid worden onderzocht in het licht van artikel 56 [EG], thans artikel 63 [VWEU]?

4) Moeten voornoemde bepalingen aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling die de dividenden die een vennootschap van een lidstaat uitkeert aan een vennootschap die is gevestigd in een andere lidstaat, uitsluit van de vrijstelling van de bronbelasting, wanneer die dividenden worden uitgekeerd aan een rechtspersoon die direct of indirect wordt gecontroleerd door een of meerdere personen die zijn gevestigd in landen die geen leden van de Europese Unie zijn, tenzij zij aantoont dat die keten van deelnemingen niet als voornaamste of als een van haar voornaamste doelen heeft om voordeel te halen uit die vrijstelling?"

15. In de procedure bij het Hof hebben verzoeksters in het hoofdgeding, de Franse Republiek, het Koninkrijk Denemarken, de Italiaanse Republiek, het Koninkrijk Spanje en de Europese Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 30 november 2016 hebben genoemde deelnemers aan de procedure, met uitzondering van de Italiaanse Republiek en het Koninkrijk Spanje, alsmede de Bondsrepubliek Duitsland pleidooi gehouden.

IV – Juridische beoordeling

16. De verwijzende rechter wenst met zijn vragen in wezen te vernemen of de moeder-dochterrichtlijn en de fundamentele vrijheden in de weg staan aan een regeling van een lidstaat als artikel 119 ter, lid 3, CGI, volgens welke voor dividenden die een vennootschap van deze lidstaat aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap uitkeert, geen vrijstelling van de bronbelasting wordt verleend wanneer de ontvangende vennootschap direct of indirect door aandeelhouders in derde landen wordt gecontroleerd, tenzij de ontvangende vennootschap aantoont dat de keten van deelnemingen niet als voornaamste of als een van haar voornaamste doelen heeft om voordeel te halen uit de vrijstelling.

17. Bij mijn beoordeling ga ik om te beginnen in op de tweede prejudiciële vraag, die betrekking heeft op de moeder-dochterrichtlijn (zie hieronder punt A). Vervolgens bespreek ik de eerste, de derde en de vierde prejudiciële vraag, die zien op de verenigbaarheid van de maatregel met het primaire recht, in concreto de fundamentele vrijheden (zie hieronder punt B).

A – Tweede prejudiciële vraag

18. De tweede vraag van de verwijzende rechter beoogt duidelijk te maken of de in geding zijnde regeling verenigbaar is met de moeder-dochterrichtlijn.

19. Door de deelnemers aan de procedure wordt niet betwist dat de betrokken dividenduitkeringen in principe binnen de werkingssfeer van de moeder-dochterrichtlijn vallen. Bijgevolg had Frankrijk als lidstaat van vestiging van de uitkerende vennootschap de dividenden krachtens artikel 5 van deze richtlijn van de bronbelasting moeten vrijstellen. Frankrijk is evenwel van mening dat de bijkomende voorwaarden die voor verlening van de vrijstelling worden gesteld, beantwoorden aan het bepaalde in artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn. Krachtens deze bepaling vormt de richtlijn geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken.

20. Derhalve moet worden onderzocht of een regeling van een lidstaat als artikel 119 ter, lid 3, CGI kan worden gebaseerd op artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn.

21. Volgens de Commissie is artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn niet toepasselijk.

Aangezien de vaststelling van de in geding zijnde regeling niet kan worden beschouwd als een maatregel ter omzetting van de richtlijn, dient bij de beoordeling of de regeling verenigbaar is met het Unierecht, alleen het primaire recht als toetsingscriterium te worden genomen.

22. Met dat argument kan niet worden ingestemd. Artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn vormt een kader ter afbakening van het handelen van de lidstaten wanneer zij uit deze richtlijn voortvloeiende voordelen niet verlenen met het oog op bestrijding van fraude en misbruik. A contrario volgt namelijk reeds uit de bewoordingen van de bepaling dat deze richtlijn een beletsel vormt voor bepalingen die *niet* dienen ter bestrijding van fraude en misbruik en verder gaan dan daartoe noodzakelijk is.(7)

23. Een andere uitlegging zou bovendien afbreuk kunnen doen aan de nuttige werking van de moeder-dochterrichtlijn. Anders dan de Commissie impliciet veronderstelt, kan een toetsing van de in geding zijnde Franse regeling aan de richtlijn enerzijds en aan de fundamentele vrijheden anderzijds immers niet noodzakelijkerwijs als gelijkwaardig worden beschouwd. Wanneer Frankrijk, door artikel 119 ter, lid 3, CGI toe te passen, het kader te buiten zou zijn gegaan dat artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn de lidstaten biedt, zou de vrijstelling van de bronbelasting onvoorwaardelijk moeten worden verleend. Wanneer met succes een beroep op de fundamentele vrijheden kan worden gedaan, is daarentegen in principe enkel een gelijke behandeling als die van de vergelijkbare binnenlandse situatie gewaarborgd.

24. Artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn geeft uitdrukking aan het algemene beginsel van Unierecht dat rechtsmisbruik is verboden.(8) De justitiabelen kunnen zich in geval van misbruik niet beroepen op het Unierecht.(9) Weliswaar wordt in de tekst van deze het daaraan ten grondslag liggende begrip misbruik niet inhoudelijk afgebakend(10), maar deze bepaling kan in geen geval worden opgevat als een verwijzing zonder meer naar de rechtsordes van de lidstaten. Anders zou het gevaar bestaan dat de werkingssfeer van de richtlijn in overeenstemming met de praktijk in de afzonderlijke lidstaten naar eigen goeddunken zou worden beperkt.

25. Als uitzonderingsbepaling moet artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn echter strikt worden uitgelegd.(11) Met het oog op maatregelen ter bestrijding van misbruik wordt dat met name eveneens door het rechtszekerheidsbeginsel vereist. Wanneer een persoon formeel aan alle voorwaarden voldoet om een recht op te eisen, mag het namelijk slechts in bijzondere gevallen geoorloofd zijn dat recht op grond van een exceptie inzake misbruik te weigeren.

26. Zoals het Hof met betrekking tot de moeder-dochterrichtlijn reeds heeft geoordeeld, vormen participatieconstructies die enkel tot doel hebben, te profiteren van het in deze richtlijn voorziene belastingvoordeel, een vorm van misbruik.(12) Dienaangaande geldt ook voor deze richtlijn dat de structuur gebaseerd moet zijn op zakelijke overwegingen. Het louter nastreven van een zuiver fiscaal voordeel zonder verband met een zakelijke realiteit, wordt daarentegen niet beschermd.(13) Het staat derhalve niet aan artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn in de weg indien op grond van artikel 119 ter, lid 3, CGI geen vrijstelling van de bronbelasting wordt verleend wanneer de begunstigde vennootschap deel uitmaakt van een keten van deelnemingen die in wezen slechts om fiscale motieven is opgezet.(14)

27. Ingevolge artikel 119 ter, lid 3, CGI vormt evenwel alleen al de omstandigheid dat de ontvangende vennootschap direct of indirect door niet in de Unie gevestigde personen wordt gecontroleerd, grond voor het vermoeden dat er met misbruik voordeel wordt gehaald uit de vrijstelling van de bronbelasting. De begunstigde dient vervolgens aan te tonen dat de keten van deelnemingen niet in wezen belastingdoeleinden dient.

28. Een dergelijke handelwijze gaat verder dan noodzakelijk is om belastingontwijking te voorkomen en gaat hetgeen krachtens artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn geoorloofd is

te buiten.

29. Bij de toepassing van de in geding zijnde regeling komt het bewijs dat andere dan fiscale motieven spelen, systematisch bij de belastingplichtige te liggen, zonder dat de administratie afdoende aanwijzingen van belastingontwijking moet verschaffen.(15) In een verwijzing zonder meer naar de directe of indirecte zeggenschap door aandeelhouders in derde landen kan geen dergelijke aanwijzing worden gezien alleen al omdat in het algemeen niet kan worden gesteld dat winstuitkeringen aan buiten de Unie gevestigde vennootschappen in de lidstaat van de moeder-respectievelijk grootmoedermaatschappij fiscaal gunstiger worden behandeld dan in Frankrijk.

30. De weigering van de vrijstelling van de bronbelasting berust in deze context op een algemeen vermoeden dat deze vrijstelling tot belastingontwijking zal leiden. Een dergelijk vermoeden is echter niet geoorloofd.(16) Er is altijd een onderzoek nodig van de objectieve en verifieerbare elementen van het concrete geval.(17) Bestaat in het licht daarvan een gegronde verdenking dat een in wezen fiscale motivering van de keten van deelnemingen niet is uit te sluiten, dan wordt de verdenking van misbruik toch ontkracht doordat de belastingplichtige andere dan zuiver fiscale motieven voor de constructie aanvoert.(18) Het verbod van misbruik geldt immers niet wanneer er voor de betrokken constructie een andere verklaring kan bestaan dan de loutere verkrijging van het belastingvoordeel.(19)

31. Op de vraag van de verwijzende rechter dient bijgevolg te worden geantwoord dat artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn in de weg staat aan een regeling van een lidstaat als artikel 119 ter, lid 3, CGI, voor zover een niet-ingezeten vennootschap die direct of indirect wordt gecontroleerd door een in een derde land gevestigde persoon, voor de verlening van de vrijstelling van de bronbelasting krachtens artikel 5 van de richtlijn de plicht wordt opgelegd te bewijzen dat de structuur van de keten van deelnemingen op andere dan fiscale motieven berust, zonder dat de administratie afdoende aanwijzingen van belastingontwijking moet verschaffen.

B – Eerste, derde en vierde prejudiciële vraag

32. De eerste, derde en vierde vraag betreffen in wezen de verenigbaarheid van de in geding zijnde regeling van artikel 119 ter, lid 3, CGI met de fundamentele vrijheden. Ondanks mijn bovenstaande opmerkingen is het niet overbodig op deze vragen in te gaan, aangezien uit de fundamentele vrijheden nadere eisen zouden kunnen worden afgeleid. Daarom moet echter om te beginnen worden ingegaan op de twijfel van de verwijzende rechter of er ruimte bestaat voor een toetsing aan het primaire Unierecht (zie hierna punt 1). Vervolgens dient de toepasselijke fundamentele vrijheid te worden vastgesteld (zie hierna punt 2) en ten slotte moet worden uitgemaakt of sprake is van een beperking van deze fundamentele vrijheid (zie hierna punt 3).

1. Toetsing aan het primaire Unierecht

33. Om te beginnen rijst de vraag of de Franse regeling hoe dan ook aan het primaire recht moet worden getoetst.

34. Deze vraag zou in ieder geval ontkennend moeten worden beantwoord wanneer de regeling tot een materie behoort die op het niveau van de Unie volledig is geharmoniseerd. Volgens vaste rechtspraak moet zij in een dergelijk geval immers niet aan de bepalingen van het primaire recht worden getoetst, maar alleen aan die van de harmonisatiemaatregel.(20)

35. Naar het voorwerp behoort artikel 119 ter, lid 3, CGI echter niet tot een volledig geharmoniseerde materie. Artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn kan met name niet als een harmonisatiemaatregel worden beschouwd omdat deze bepaling de lidstaten noch verplicht tot toepassing van maatregelen ter bestrijding van misbruik, noch voorschriften op exhaustieve

wijze vaststelt.

36. Krachtens artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn staat het veeleer de lidstaten vrij te bepalen of en hoe zij – binnen de hierboven geschetste klijntijnen – optreden tegen misbruik in verband met het verkrijgen van uit deze richtlijn voortvloeiende voordelen. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, kunnen de lidstaten de mogelijkheden die de richtlijn hun biedt, echter slechts uitoefenen met eerbiediging van de fundamentele Verdragsbepalingen en zijn zij met name gebonden aan de fundamentele vrijheden.(21)

37. Derhalve moet de in geding zijnde regeling van artikel 119 ter, lid 3, CGI eveneens aan het primaire Unierecht getoetst.

2. Toepasselijke fundamentele vrijheid

38. Vervolgens moet worden vastgesteld aan welke fundamentele vrijheid de Franse maatregel dient te worden getoetst. In dat verband vraagt de verwijzende rechter of de vrijheid van vestiging (artikel 43 EG, thans artikel 49 VWEU), respectievelijk het vrije verkeer van kapitaal (artikel 56 EG, thans artikel 63 VWEU) van toepassing is.

39. Het hoofdgeding betreft de fiscale behandeling van dividenden, die volgens de rechtspraak van het Hof zowel onder artikel 43 EG als onder artikel 56 EG kan vallen. In dit opzicht is het voorwerp van de betrokken nationale regeling van doorslaggevend belang. Een regeling die alleen van toepassing is op deelnemingen waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, valt onder de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging. Bepalingen van lidstaten die van toepassing zijn op deelnemingen die enkel als belegging worden genomen zonder dat het de bedoeling is invloed uit te oefenen op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming, moeten daarentegen uitsluitend aan het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal worden getoetst.(22)

40. Naar de mening van de Commissie is in het onderhavige geval de vrijheid van vestiging van toepassing, aangezien artikel 119 ter, lid 3, CGI betrekking heeft op dividenduitkeringen aan personen die op hun beurt direct of indirect door een of meerdere niet binnen de Unie gevestigde personen worden *gecontroleerd*.

41. De verhouding tussen de ontvanger van de dividenden en in de keten van deelnemingen hoger gelegen vennootschappen kan evenwel niet doorslaggevend zijn. Het hoofdgeding betreft namelijk de belasting over dividenduitkeringen door een Franse vennootschap aan haar in Luxemburg gevestigde aandeelhoudster.

42. Voor de toepassing van artikel 119 ter, lid 3, CGI op dergelijke dividenduitkeringen is vereist dat de ontvanger ervan met ten minste 20 % deelneemt in het kapitaal van de uitkerende vennootschap. Een dergelijke deelneming biedt evenwel niet noodzakelijkerwijs grond voor de conclusie dat de houder ervan een zekere invloed op de besluiten van de vennootschap uitoefent.(23) Teneinde vast te stellen welke fundamentele vrijheid van toepassing is, moet derhalve rekening worden gehouden met de feitelijke gegevens van het concrete geval.(24)

43. Volgens de uiteenzetting van de verwijzende rechter waren alle aandelen in de uitkerende Franse vennootschap gedurende de in geding zijnde periode in handen van de ontvangende Luxemburgse vennootschap. Aangezien een dergelijke deelneming de houder ervan zonder twijfel een zekere invloed op de besluiten van de vennootschap verschaft, zijn de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging van toepassing.

3. Beperking van de vrijheid van vestiging

44. Dientengevolge moet worden onderzocht of er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Dat is mogelijk het geval, aangezien de toepassing van artikel 119 ter, lid 3, CGI ertoe leidt dat de vrijstelling van de bronbelasting bij de ontvangende Luxemburgse vennootschap wordt geweigerd.

45. De vrijheid van vestiging verschaft overeenkomstig artikel 43 EG juncto artikel 48 EG vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, onder andere het recht hun activiteiten in andere lidstaten door middel van een dochteronderneming uit te oefenen.(25) Daarbij wordt met name het voordeel van de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst gewaarborgd doordat elke discriminatie op grond van de plaats van de zetel van vennootschappen verboden is.(26)

46. Zoals de Franse regering ter terechtzitting heeft bevestigd, zijn alleen winstuitkeringen aan niet-ingezeten vennootschappen onderworpen aan de bijzondere bewijsplicht krachtens artikel 119 ter, lid 3, CGI. Dividenduitkeringen aan ingezeten vennootschappen vallen er niet onder. Deze omstandigheid maakt de uitoefening van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen van andere lidstaten minder aantrekkelijk. Zij zouden zich derhalve genoodzaakt kunnen zien om van de verkrijging, de oprichting of het behoud van dochtermaatschappijen in Frankrijk af te zien.(27)

47. In dit opzicht is niet van belang dat de vennootschap die zich op de vrijheid van vestiging beroept, indirect door een in een derde land gevestigde persoon wordt gecontroleerd. Zoals het Hof heeft geoordeeld, volgt immers uit geen enkele bepaling van het Unierecht dat de herkomst van de aandeelhouders van vennootschappen een invloed heeft op het recht van deze vennootschappen om zich op de vrijheid van vestiging te beroepen.(28)

48. Bijgevolg vormt het beschreven verschil in fiscale behandeling van dividenden jegens moedermaatschappijen op grond van de plaats van hun zetel een door de artikelen 43 EG en 48 EG in beginsel verboden beperking van de vrijheid van vestiging.(29)

49. Volgens de rechtspraak kan een dergelijke beperking enkel worden aanvaard indien zij betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn (zie hierna onder a), dan wel wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang (zie hierna onder b).(30)

a) Objectieve vergelijkbaarheid

50. Het Hof beoordeelt de objectieve vergelijkbaarheid van situaties in de regel uit het oogpunt van het doel van de desbetreffende regeling.(31) Gelet daarop kan eraan worden getwijfeld of dividenduitkeringen aan ingezeten en aan niet-ingezeten vennootschappen vergelijkbaar zijn. De in geding zijnde maatregel heeft immers tot doel te voorkomen dat onderdanen van derde landen bronbelasting ontwijken, doordat zij tussenliggende vennootschappen binnen de Unie oprichten en verschillen in de rechtsordes van de lidstaten uitbuiten. Aan ingezeten vennootschappen uitgekeerde dividenden blijven echter aan dezelfde rechtsorde onderworpen.

51. Voor het Hof is het doorslaggevende criterium bij dividenduitkeringen echter de uitoefening van de fiscale bevoegdheid.(32) Volgens deze maatstaf moet stellig worden geoordeeld dat de betrokken situaties objectief vergelijkbaar zijn, aangezien Frankrijk zowel dividenduitkeringen aan ingezeten ontvangers als dividenduitkeringen aan niet-ingezeten ontvangers aan haar fiscale bevoegdheid onderwerpt.

b) Rechtvaardiging

52. Derhalve moet nog worden onderzocht of de uit artikel 119 ter, lid 3, CGI voortvloeiende beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd is op grond van dwingende redenen van algemeen belang.

53. Frankrijk voert aan dat de bestrijding van belastingfraude en belastingontwijking een dergelijke reden vormt.

54. Volgens vaste rechtspraak kan een beperkende maatregel uit hoofde daarvan worden gerechtvaardigd, wanneer zij specifiek betrekking heeft op volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en zijn gericht op de verkrijging van een belastingvoordeel.(33)

55. In casu is het evenwel alvast niet duidelijk dat de Franse maatregel specifiek tegen dergelijke constructies is gericht. Doordat artikel 119 ter, lid 3, CGI het bewijs verlangt dat de keten van deelnemingen niet als voornaamste doel of als een van de voornaamste doelen heeft om voordeel te halen uit de vrijstelling van de bronbelasting, wordt in deze bepaling namelijk op doorslaggevende wijze uitgegaan van het streven om een belastingvoordeel te verkrijgen. Dat subjectieve criterium volstaat als zodanig echter niet om te concluderen dat er sprake is van een kunstmatige constructie in de zin van de rechtspraak van het Hof.(34) Veeleer moet ook uit een geheel van objectieve elementen blijken dat, in weerwil van de formele vervulling van de voorwaarden voor de verlening van de belastingvrijstelling, het door de vrijheid van vestiging beoogde doel niet zal worden bereikt.(35)

56. Dat de verwezenlijking van dit doel faalt, moet als een vaststaand feit worden beschouwd wanneer uit een algehele beoordeling van de omstandigheden blijkt dat de vrijstelling van de bronbelasting niet ten goede komt van de ontvangende vennootschap in de andere lidstaat, maar in feite rechtstreeks van een onderdaan van een derde land. De vrijheid van vestiging beschermt immers in eerste instantie uitsluitend onderdanen van de lidstaten.(36)

57. Een aanwijzing daarvoor kan te vinden zijn in de aard van de tussenliggende vennootschap. Aldus zal van een kunstmatige constructie moeten worden uitgegaan wanneer de vennootschap enkel een fictieve vestiging in de zin van een brievenbusmaatschappij uitmaakt.(37) Ook al is er een fysieke aanwezigheid, op basis van de randvoorwaarden betreffende financiering en personeel kan niettemin tot een kunstmatige constructie worden geconcludeerd. Doorslaggevend blijken dienaangaande bijvoorbeeld de feitelijke beslissingsbevoegdheid van de vennootschapsorganen, de beschikbaarheid van eigen financiële middelen voor deze vennootschap of het bestaan van een bedrijfsrisico.

58. Aangezien deze factoren bij de toepassing van artikel 119 ter, lid 3, CGI buiten beschouwing blijven, vormt de maatregel om die reden al geen geschikt middel om specifiek op te treden tegen volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en gericht zijn op de verkrijging van een belastingvoordeel.

59. De in geding zijnde regeling gaat echter in ieder geval verder dan voor de bestrijding van belastingontwijking noodzakelijk is, aangezien vennootschappen die de vrijstelling van de bronbelasting willen genieten, uiteindelijk louter op grond van de omstandigheid dat zij direct of indirect worden gecontroleerd door een niet binnen de Unie gevestigde persoon, de plicht wordt opgelegd te bewijzen dat er geen sprake is van misbruik.(38) Volgens de rechtspraak kan een dergelijk algemeen vermoeden dat het een en ander tot belastingontwijking zal leiden, immers een beperkende belastingmaatregel niet rechtvaardigen.(39) Artikel 119 ter, lid 3, CGI leidt echter tot

een omkering van de bewijslast zonder dat de belastingdienst toereikende aanwijzingen voor belastingontwijking moet verschaffen.(40)

4. Voorlopige conclusie

60. Op de eerste, derde en vierde prejudiciële vraag moet bijgevolg worden geantwoord dat artikel 43 EG juncto artikel 48 EG in de weg staat aan een regeling van een lidstaat als artikel 119 ter, lid 3, CGI, voor zover een niet-ingezeten vennootschap die direct of indirect wordt gecontroleerd door een in een derde land gevestigde persoon, voor de verlening van de vrijstelling van de bronbelasting krachtens artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn de plicht wordt opgelegd te bewijzen dat de structuur van de keten van deelnemingen op andere dan fiscale motieven berust, zonder dat de administratie afdoende aanwijzingen moet verschaffen waaruit blijkt dat sprake is een kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit en gericht is op de verkrijging van een belastingvoordeel.

V – Conclusie

61. Gelet op het bovenstaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Conseil d'État te beantwoorden als volgt:

„Artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435/EEG en artikel 43 EG juncto artikel 48 EG staan in de weg aan een regeling van een lidstaat volgens welke een niet-ingezeten vennootschap die direct of indirect wordt gecontroleerd door een in een derde land gevestigde persoon, voor de verlening van de vrijstelling van de bronbelasting krachtens artikel 5 van de richtlijn de plicht wordt opgelegd te bewijzen dat de structuur van de keten van deelnemingen op andere dan fiscale motieven berust, zonder dat de administratie afdoende aanwijzingen moet verschaffen waaruit blijkt dat sprake is van een kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit en gericht is op de verkrijging van een belastingvoordeel.”

1

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

3 – In de in casu interessante variant structureert een in een derde land gevestigde persoon, die niet in aanmerking komt voor de moeder-dochterrichtlijn, zijn rechtsverhoudingen door middel van de oprichting van een tussenliggende vennootschap in de Unie zodanig dat hij van in deze richtlijn voorziene vrijstelling van de bronbelasting kan profiteren.

4 – Zie richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PB 2016, L 193, blz. 1), richtlijn (EU) 2015/121 van de Raad van 27 januari 2015 (PB 2015, L 21, blz. 1), waarmee een zogenaamde „minimumbepaling ter bestrijding van misbruik” in de thans geldende versie van de moeder-dochterrichtlijn is opgenomen, alsmede de aanbeveling van de Commissie van 6 december 2012 over agressieve fiscale planning (C[2012] 8806 final).

5 – Zie met name de op 5 oktober 2015 openbaar gemaakte definitieve rapporten van de OESO betreffende het OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project („BEPS”), op te roepen onder <http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>.

6 – PB 1997, C 340, blz. 1.

7 – Met uitzondering van de Duitse en de Nederlandse taalversie heeft artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn uitdrukkelijk betrekking op de ter bestrijding van fraude en misbruiken *noodzakelijke* voorschriften, waarvoor de richtlijn geen beletsel vormt.

8 – Zie arrest van 5 juli 2007, Kofoed (C?321/05, EU:C:2007:408, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

9 – Zie arresten van 12 mei 1998, Kefalas e.a. (C?367/96, EU:C:1998:222, punt 20); 23 maart 2000, Diamantis (C?373/97, EU:C:2000:150, punt 33); 21 februari 2006, Halifax e.a. (C?255/02, EU:C:2006:121, punt 68); 13 maart 2014, SICES e.a. (C?155/13, EU:C:2014:145, punt 29), en 28 juli 2016, Kratzer (C?423/15, EU:C:2016:604, punt 37).

10 – Zie daarentegen bijvoorbeeld artikel 15 van richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 (Fusierichtlijn) (PB 2009, L 310, blz. 34).

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

12 – Zie arrest van 17 oktober 1996, Denkavit e.a. (C?283/94, C?291/94 en C?292/94, EU:C:1996:387, punt 31).

13 – Zie betreffende de Fusierichtlijn arresten van 17 juli 1997, Leur-Bloem (C?28/95, EU:C:1997:369, punt 47), en 10 november 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C?126/10, EU:C:2011:718, punt 34).

14 – Met betrekking tot de in geding zijnde participatieconstructie wens ik echter op te merken dat in de procedure bij het Hof niet duidelijk is geworden wat het belastingvoordeel inhoudt. Voor zover duidelijk is, zou Frankrijk namelijk ook in het geval van een uitkering van dividenden aan een in Zwitserland gevestigde aandeelhouder geen bronbelasting hebben geheven. Zie artikel 11, lid 2, onder b), van de overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting Frankrijk-Zwitserland en artikel 15, lid 1, van de overeenkomst Zwitserland-EU van 26 oktober 2004 betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling (PB 2004, L 385, blz. 30).

15 – Zie arrest van 5 juli 2012, SIAT (C?318/10, EU:C:2012:415, punt 55).

16 – Zie arresten van 4 maart 2004, Commissie/Frankrijk (C?334/02, EU:C:2004:129, punt 27); 9 november 2006, Commissie/België (C?433/04, EU:C:2006:702, punt 35); 28 oktober 2010, Établissements Rimbaud (C?72/09, EU:C:2010:645, punt 34), alsmede arrest van 5 juli 2012, SIAT (C?318/10, EU:C:2012:415, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

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

18 – Zie arresten van 13 maart 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, punt 82); 5 juli 2012, *SIAT* (C-318/10, EU:C:2012:415, punt 50), en 3 oktober 2013, *Itelcar* (C-282/12, EU:C:2013:629, punt 37).

19 – Zie arresten van 21 februari 2006, *Halifax e.a.* (C-255/02, EU:C:2006:121, punt 75); 22 december 2010, *Weald Leasing* (C-103/09, EU:C:2010:804, punt 30); 12 september 2013, *Slancheva sila* (C-434/12, EU:C:2013:546, punt 42); 13 maart 2014, *SICES e.a.* (C-155/13, EU:C:2014:145, punt 33); 9 juli 2015, *Cimmino e.a.* (C-607/13, EU:C:2015:448, punt 65); 14 april 2016, *Cervati en Malvi* (C-131/14, EU:C:2016:255, punt 34), en 28 juli 2016, *Kratzer* (C-423/15, EU:C:2016:604, punt 40).

20 – Zie arresten van 12 oktober 1993, *Vanacker en Lesage* (C-37/92, EU:C:1993:836, punt 9); 23 mei 1996, *Hedley Lomas* (C-5/94, EU:C:1996:205, punt 18); 11 december 2003, *Deutscher Apothekerverband* (C-322/01, EU:C:2003:664, punt 64), en 30 april 2014, *UPC DTH* (C-475/12, EU:C:2014:285, punt 63).

21 – Zie arresten van 18 september 2003, *Bosal* (C-168/01, EU:C:2003:479, punt 26); 23 februari 2006, *Keller Holding* (C-471/04, EU:C:2006:143, punt 45); 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 46); 1 oktober 2009, *Gaz de France – Berliner Investissement* (C-247/08, EU:C:2009:600, punt 53), en 2 september 2015, *Groupe Steria* (C-386/14, EU:C:2015:524, punt 39).

22 – Zie arresten van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, punten 36 en 37); 10 februari 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen* (C-436/08 en C-437/08, EU:C:2011:61, punten 33-35); 15 september 2011, *Accor* (C-310/09, EU:C:2011:581, punten 30-32), en 11 september 2014, *Kronos International* (C-47/12, EU:C:2014:2200, punten 29-32).

23 – Zie, betreffende een deelneming van één derde van de aandelen van de vennootschap, arrest van 13 april 2000, *Baars* (C-251/98, EU:C:2000:205, punt 20). Zie eveneens, betreffende een deelneming ter hoogte van 10 %, arresten van 3 oktober 2013, *Itelcar* (C-282/12, EU:C:2013:629, punt 22), en 11 september 2014, *Kronos International* (C-47/12, EU:C:2014:2200, punt 31).

24 – Zie arresten van 13 april 2000, *Baars* (C-251/98, EU:C:2000:205, punt 21); 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, punten 37 en 38); 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, punten 93 en 94), en 11 september 2014, *Kronos International* (C-47/12, EU:C:2014:2200, punt 37).

25 – Zie arresten van 21 september 1999, *Saint-Gobain ZN* (C-307/97, EU:C:1999:438, punt 35); 13 december 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 30); 17 juli 2014, *Nordea Bank* (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 17), en 17 december 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, punt 40).

26 – Zie arresten van 28 januari 1986, *Commissie/Frankrijk* (270/83, EU:C:1986:37, punt 14); 21 september 1999, *Saint-Gobain ZN* (C-307/97, EU:C:1999:438, punt 35); 14 december 2006, *Denkavit Internationaal en Denkavit France* (C-170/05, EU:C:2006:783, punt 22), en 12 juni 2014, *SCA Group Holding e.a.* (C-39/13-C-41/13, EU:C:2014:1758, punt 45).

27 – Zie arresten van 12 december 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, EU:C:2002:749, punt 32); 23 februari 2006, Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143, punt 35), en 14 december 2006, Denavit Internationaal en Denavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, punt 30).

28 – Zie arrest van 1 april 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e.a. (C-80/12, EU:C:2014:200, punt 40).

29 – Zie arrest van 14 december 2006, Denavit Internationaal en Denavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, punt 29).

30 – Zie arresten van 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punt 20); 6 september 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, punt 17); 17 juli 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 23), en 17 december 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punt 26).

31 – Zie arresten van 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punt 22); 21 februari 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punt 33), en 12 juni 2014, SCA Group Holding e.a. (C-39/13–C-41/13, EU:C:2014:1758, punt 28).

32 – Zie arresten van 14 december 2006, Denavit Internationaal en Denavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, punten 34–36), en 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, punt 68).

33 – Zie arresten van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punt 55); 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punt 74); 4 december 2008, Jobra (C-330/07, EU:C:2008:685, punt 35), en 5 juli 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, punt 40).

34 – Zie arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punt 63).

35 – Zie arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punt 64).

36 – Zie arresten van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punt 53); 11 maart 2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, punt 36), en 23 februari 2016, Commissie/Hongarije (C-179/14, EU:C:2016:108, punt 148).

37 – Zie arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punten 67 en 68).

38 – Zie hierboven de punten 27–30.

39 – Zie arresten van 4 maart 2004, Commissie/Frankrijk (C-334/02, EU:C:2004:129, punt 27); 9 november 2006, Commissie/België (C-433/04, EU:C:2006:702, punt 35); 28 oktober 2010, Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, punt 34), alsmede arrest van 5 juli 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 – Zie arrest van 5 juli 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, punt 55).