CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
A. RANTOS
van 30 september 2021 [1]

Zaak C-257/20

„Viva Telecom Bulgaria" EOOD
tegen
Direktor na Direktsia „Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika"
–- Sofia,
in tegenwoordigheid van:
Varhovna administrativna prokuratura na Republika Bulgaria

[verzoek van de Varhoven administrativen sad (hoogste bestuursrechter, Bulgarije) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Directe belastingen – Gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten – Artikel 63 VWEU – Vrij verkeer van kapitaal – Artikel 49 VWEU – Vrijheid van vestiging – Richtlijn 2003/49/EG – Uitsluiting van niet als interest of royalty's aan te merken uitkeringen – Uitkeringen uit renteloze leningen – Richtlijn 2011/96/EU – Richtlijn 2008/7/EG – Zakelijkheidsbeginsel – Heffing van bronbelasting over niet-betaalde rente – Belastingfraude, belastingontwijking en misbruik"

I. Inleiding

1. De onderhavige zaak ziet op de vraag of het Unierecht in de weg staat aan een belastingregeling van een lidstaat volgens welke uit hoofde van het „zakelijkheidsbeginsel" en met het oog op de bestrijding van belastingontwijking, een bronbelasting wordt geheven over fictieve rente die onder marktomstandigheden door een ingezeten dochteronderneming zou moeten worden betaald aan haar niet-ingezeten moedermaatschappij die haar een renteloze lening heeft toegekend. Aldus wordt door deze zaak een bij het Hof bekende problematiek opgeworpen, namelijk die van de verenigbaarheid van nationale antimisbruikregelingen op het gebied van directe belastingen met de bepalingen inzake het vrije verkeer.

2. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een Bulgaars belastinggeding met betrekking tot een in kapitaalinbreng converteerbare renteloze lening die aan een in Bulgarije gevestigde onderneming, te weten „Viva Telecom Bulgaria" (hierna: „verzoekster"), is toegekend door haar enige aandeelhouder, de in Luxemburg gevestigde onderneming InterV Investment Sàrl (hierna: „InterV Investment").

[1] Oorspronkelijke taal: Frans.

3. Het Hof zal zich in het kader van de onderhavige zaak moeten uitspreken over de verenigbaarheid van een nationale belastingregeling ter bestrijding van fraude met het primaire en het afgeleide recht van de Unie op het bijzonder delicate gebied van de belastingheffing van transacties binnen concerns in de Europese Unie.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Toetreding van de Republiek Bulgarije tot de Europese Unie

4. In artikel 20 van het Protocol betreffende de voorwaarden en de nadere regels voor de toelating van de Republiek Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie[2] en artikel 23 van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Republiek Bulgarije en Roemenië en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond[3], betreffende de overgangsmaatregelen, wordt bepaald dat de in de bijlagen VI bij dat Protocol en die Akte vermelde besluiten ten aanzien van de Republiek Bulgarije van toepassing zijn onder de in die bijlagen neergelegde voorwaarden.

5. Die bijlagen, met als opschrift respectievelijk „Lijst bedoeld in artikel 20 van het Protocol: Overgangsmaatregelen Bulgarije” en „Lijst bedoeld in artikel 23 van de Toetredingsakte: Overgangsmaatregelen Bulgarije”, bepalen in de punten 3 van de secties 6 „Belastingen” onder verwijzing naar richtlijn 2003/49/EG[4], zoals gewijzigd bij richtlijn 2004/76/EG[5], het volgende:

„Bulgarije wordt gemachtigd het bepaalde in artikel 1 van [richtlijn 2003/49] niet toe te passen tot en met 31 december 2014. Tijdens die overgangsperiode mag het belastingtarief voor uitkeringen van interest en royalty's aan een verbonden onderneming van een andere lidstaat of een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van een verbonden onderneming van een lidstaat tot en met 31 december 2010 niet meer dan 10 % bedragen en de daaropvolgende jaren tot en met 31 december 2014 niet meer dan 5 %.”

2. Richtlijn 2003/49

6. De overwegingen 2 en 4 van richtlijn 2003/49 zijn als volgt verwoord:

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

[…]

[2] PB 2005, L 157, blz. 29.

[3] PB 2005, L 157, blz. 203; hierna: „Toetredingsakte”.

[4] Richtlijn van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (PB 2003, L 157, blz. 49).

[5] Richtlijn van de Raad van 29 april 2004 tot wijziging van richtlijn 2003/49 (PB 2004, L 157, blz. 106).

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

7. Artikel 1 van die richtlijn, met als opschrift „Werkingssfeer en procedure”, luidt als volgt:

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

2. Uitkeringen die worden uitbetaald door een onderneming van een lidstaat of een in die lidstaat gelegen vaste inrichting van een onderneming van een andere lidstaat, worden geacht in die lidstaat te ontstaan (hierna: ‚bronstaat').

[…]

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

[…]”

8. Artikel 2 van die richtlijn, met als opschrift „Definitie van interest en royalty's”, bepaalt onder a) het volgende:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

‚interest': inkomsten uit schuldvorderingen van welke aard dan ook, al dan niet verzekerd door hypotheek en al dan niet aanspraak gevend op een aandeel in de winst van de schuldenaar, en in het bijzonder inkomsten uit leningen en inkomsten uit obligaties of schuldbewijzen, daaronder begrepen de aan zodanige leningen, obligaties of schuldbewijzen verbonden premies en prijzen. In rekening gebrachte boete voor te late betaling wordt niet als interest aangemerkt”.

9. In artikel 4 van die richtlijn, met als opschrift „Uitsluiting van niet als interest of royalty's aan te merken uitkeringen”, staat het volgende te lezen:

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

a) uitkeringen die volgens het recht van de bronstaat als winstuitkering of terugbetaling van kapitaal worden behandeld;

[…]

d) uitkeringen uit schuldvorderingen die geen bepalingen betreffende terugbetaling van de hoofdsom bevatten of waarvan de terugbetaling meer dan 50 jaar na de uitgiftedatum verschuldigd is.

2. Wanneer, ten gevolge van een bijzondere verhouding tussen de uitbetaler en de uiteindelijk gerechtigde van de interest of royalty's of tussen hen beiden en een derde, het bedrag van de interest of royalty's hoger is dan het bedrag dat zonder een dergelijke verhouding door de uitbetaler en de uiteindelijk gerechtigde zou zijn overeengekomen, vindt deze richtlijn slechts toepassing op dit eventuele laatstgenoemde bedrag.”

10. Artikel 5 van richtlijn 2003/49, met als opschrift „Fraude en misbruiken”, luidt als volgt:

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

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

3. Richtlijn 2008/7

11. Artikel 3 van richtlijn 2008/7/EG[6], met als opschrift „Inbreng van kapitaal”, luidt als volgt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn en behoudens artikel 4 worden de volgende verrichtingen aangemerkt als ‚inbreng van kapitaal':

[…]

h) een vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen van een kapitaalvennootschap door prestaties van een vennoot, die geen vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal met zich brengt, maar beloond wordt met een wijziging van de aandeelhoudersrechten of de waarde van de aandelen kan verhogen;

i) het afsluiten van een lening door een kapitaalvennootschap, indien de schuldeiser recht heeft op een aandeel in de winst van de vennootschap;

j) het afsluiten van een lening door een kapitaalvennootschap bij een vennoot, bij de echtgenoot of een kind van een vennoot, alsmede het afsluiten van een lening bij een derde wanneer zij wordt gegarandeerd door een vennoot, mits deze leningen dezelfde functie hebben als een vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal.”

12. Artikel 5 van die richtlijn, met als opschrift „Verrichtingen die niet aan indirecte belastingen zijn onderworpen”, bepaalt in lid 1 ervan het volgende:

„De lidstaten heffen bij kapitaalvennootschappen geen enkele indirecte belasting, in welke vorm ook, ter zake van:

a) de inbreng van kapitaal;

[6] Richtlijn van de Raad van 12 februari 2008 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal (PB 2008, L 46, blz. 11).

b) leningen of diensten verricht in het kader van de inbreng van kapitaal;

[…]”

4. Richtlijn 2011/96

13. De overwegingen 3 tot en met 5 van richtlijn 2011/96/EU[7] zijn als volgt verwoord:

„(3) Deze richtlijn strekt ertoe dividenden en andere winstuitkeringen van dochterondernemingen aan hun moedermaatschappijen vrij te stellen van bronbelasting en dubbele belastingheffing van zulke inkomsten op het niveau van de moedermaatschappij te elimineren.

(4) Hergroeperingen van vennootschappen uit verschillende lidstaten kunnen noodzakelijk zijn teneinde in de Unie soortgelijke voorwaarden te scheppen als op een binnenlandse markt en daardoor de goede werking van de interne markt te verzekeren. Deze transacties mogen niet worden belemmerd door beperkingen, nadelen of distorsies die met name voortvloeien uit de fiscale voorschriften van de lidstaten. Er moet bijgevolg voor deze hergroeperingen in concurrentie-neutrale belastingvoorschriften worden voorzien om de ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de interne markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken.

(5) Deze hergroeperingen kunnen leiden tot de vorming van groepen van moeder- en dochtermaatschappijen.”

14. Artikel 1 van die richtlijn luidt als volgt:

„1. Elke lidstaat past deze richtlijn toe:

[…]

b) op winst die door vennootschappen van die lidstaat is uitgekeerd aan vennootschappen van andere lidstaten, waarvan zij dochterondernemingen zijn;

[…]

2. De lidstaten kennen de voordelen van deze richtlijn niet toe voor een constructie of een reeks van constructies die is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of de toepassing van deze richtlijn ondermijnt, en die, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, kunstmatig is.

Een constructie kan uit verscheidene stappen of onderdelen bestaan.

3. Voor de toepassing van lid 2 wordt een constructie of een reeks van constructies als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.

[7] Richtlijn van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 2011, L 345, blz. 8), zoals gewijzigd bij richtlijn (EU) 2015/121 van de Raad van 27 januari 2015 (PB 2015, L 21, blz. 1) (hierna: „richtlijn 2011/96”).

4. Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke bepalingen ter bestrijding van belastingontduiking, belastingfraude en misbruik.”

15. Artikel 5 van genoemde richtlijn luidt als volgt:

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

B. Bulgaars recht

16. Artikel 1, punt 4, van de zakon za korporativnoto podohodno oblagane (wet op de vennootschapsbelasting; hierna: „ZKPO”) [8] bepaalt het volgende:

„Deze wet regelt de belastingheffing over de hierin genoemde inkomsten, die in de Republiek Bulgarije worden ontvangen door ingezeten of niet-ingezeten rechtspersonen.”

17. Artikel 5 ZKPO luidt als volgt:

„1. Over winsten wordt vennootschapsbelasting geheven.

2. Over inkomsten van de in deze wet bedoelde ingezeten of niet-ingezeten rechtspersonen wordt een bronbelasting geheven.”

18. Artikel 12, lid 5, ZKPO luidt als volgt:

„De navolgende inkomsten zijn van binnenlandse oorsprong wanneer zij worden ontvangen door ingezeten rechtspersonen of eenmanszaken, of door niet-ingezeten rechtspersonen of eenmanszaken middels een vaste inrichting of een feitelijke vestiging in het land, of wanneer zij worden uitgekeerd aan niet-ingezeten rechtspersonen door ingezeten natuurlijke personen of niet-ingezeten natuurlijke personen die over een feitelijke vestiging beschikken:

1) rente, waaronder rente inbegrepen in de aflossingen van een financiële lease.

[…]”

19. In artikel 16 ZKPO, met als opschrift „Belastingontwijking”, wordt het volgende bepaald:

„1. ([…] van kracht sinds 1 januari 2010). Wanneer één of meer transacties, daaronder begrepen transacties tussen niet met elkaar verbonden personen, worden verricht onder voorwaarden die belastingontwijking tot gevolg hebben, worden deze transacties, sommige voorwaarden dan wel de rechtsvorm ervan niet in aanmerking genomen bij de vaststelling van de heffingsgrondslag; de te hanteren heffingsgrondslag is in dergelijke gevallen de grondslag die zou gelden voor een gebruikelijke transactie van soortgelijke aard die tegen marktconforme prijzen zou zijn verricht en hetzelfde economische resultaat zou hebben beoogd, zonder belastingontwijking tot gevolg te hebben.

[8] DV nr. 105 van 22 december 2006.

2. Moeten eveneens als belastingontwijking worden aangemerkt:

[…]

3) de opneming of verstrekking van kredieten waarvan de rentevoet op het tijdstip van verrichting van de transactie afwijkt van de gebruikelijke marktrente, met inbegrip van renteloze leningen of andere vormen van in de tijd beperkte en kosteloos verstrekte financiële steun, alsook van de kwijtschelding van kredieten of de terugstorting op eigen rekening van kredieten die niet in verband staan met de uitgeoefende activiteit;

[…]”

20. Artikel 20 ZKPO, met als opschrift „Belastingtarief”, luidt als volgt:

„Het belastingtarief in de vennootschapsbelasting bedraagt 10 %.”

21. Het derde deel van de ZKPO, met als opschrift „Bronbelasting”, bevat met name de artikelen 195 tot en met 202a.

22. In artikel 195 ZKPO, met als opschrift „Bronbelasting ten laste van niet-ingezeten rechtspersonen”, staat het volgende te lezen:

„1. ([…]van kracht sinds 1 januari 2011). […] Over de door niet-ingezeten rechtspersonen verkregen inkomsten van binnenlandse herkomst […] wordt een bronbelasting geheven waarmee de belastingschuld definitief is voldaan.

2. De in lid 1 bedoelde bronbelasting wordt ingehouden door de ingezeten rechtspersonen […], die de overeenkomstige uitkeringen verrichten ten gunste van de niet-ingezeten rechtspersonen […].

[…]

6. Zijn niet onderworpen aan bronbelasting:

[…]

3) ([…] van kracht sinds 1 januari 2015). Rente-inkomsten, inkomsten uit auteursrechten en licenties, onder de voorwaarden als bedoeld in de leden 7 tot en met 12;

[…]

7. ([…] van kracht sinds 1 januari 2015). Rente-inkomsten, inkomsten uit auteursrechten en licenties zijn niet onderworpen aan bronbelasting indien gelijktijdig is voldaan aan de navolgende voorwaarden:

[…]

11. ([…] van kracht sinds 1 januari 2015). De leden 7, 8, 9 en 10 zijn niet van toepassing op:

1) inkomsten die als winstuitkering of terugbetaling van kapitaal worden behandeld;

[…]

4) inkomsten uit schuldvorderingen waarvoor geen bepalingen betreffende terugbetaling van de hoofdsom gelden of waarvan de terugbetaling meer dan 50 jaar na de uitgiftedatum verschuldigd is;

[…]

7) inkomsten uit transacties waarmee hoofdzakelijk of onder meer belastingontwijking wordt beoogd.”

23. Lid 1 van artikel 199 ZKPO („Heffingsgrondslag voor de bronbelasting over de inkomsten van niet-ingezetenen”) luidt als volgt:

„De heffingsgrondslag voor de berekening van de bronbelasting die wordt ingehouden over de inkomsten als bedoeld in artikel 195, lid 1, is gelijk aan het brutobedrag van deze inkomsten […].”

24. Lid 2 van artikel 200 ZKPO („Belastingtarief”) luidde in de versie die van kracht was sinds 1 januari 2011 als volgt:

„[…] Voor de inkomsten als bedoeld in artikel 195 geldt een belastingtarief van 10 %, behalve in de gevallen als bedoeld in artikel 200a.”

25. Die bepaling is met ingang van 1 januari 2015 gewijzigd als volgt:

„[…] Voor de inkomsten als bedoeld in artikel 195 geldt een belastingtarief van 10 %.”

26. Artikel 200a ZKPO, in de versie die van kracht was sinds 1 januari 2011, zoals gewijzigd en aangevuld met ingang van 1 januari 2014, luidde tot en met de afschaffing ervan per 1 januari 2015 als volgt:

„1. Voor rente-inkomsten en auteursrechten- en licentievergoedingen geldt een belastingtarief van 5 % indien gelijktijdig is voldaan aan de navolgende voorwaarden;

[…]

5. De leden 1 tot en met 4 zijn niet van toepassing op:

1) inkomsten die als winstuitkering of terugbetaling van kapitaal worden behandeld;

[…]

4) inkomsten uit schuldvorderingen waarvoor geen bepalingen betreffende terugbetaling van de hoofdsom gelden of waarvan de terugbetaling meer dan 50 jaar na de uitgiftedatum verschuldigd is;

[…]”

27. Artikel 202a („Herberekening van de bronbelasting") in de versie die van kracht is sinds 1 januari 2010, bepaalt in de leden 1 tot en met 4 ervan [9] het volgende:

„1. […] Een niet-ingezeten rechtspersoon kan als belastingplichtige van een lidstaat van de Europese Unie of van een ander land van de Europese Economische Ruimte ervoor kiezen om de over de in artikel 12, leden 2, 3, 5 en 8, bedoelde inkomsten ingehouden bronbelasting te laten herberekenen. Indien de niet-ingezetene kiest voor herberekening van de ingehouden bronbelasting, dan geldt die keuze voor alle in artikel 12, leden 2, 3, 5 en 8 vermelde inkomsten die deze rechtspersoon gedurende het boekjaar heeft ontvangen.

2. Wanneer de niet-ingezeten rechtspersoon ervoor kiest om de over de door haar ontvangen inkomsten ingehouden bronbelasting te laten herberekenen, is de herberekende belasting gelijk aan de vennootschapsbelasting die over die inkomsten verschuldigd zou zijn geweest bij ontvangst door een ingezeten rechtspersoon. Wanneer de niet-ingezeten rechtspersoon uitgaven heeft gedaan in verband met inkomsten als bedoeld in de eerste zin waarover een uitgavenbelasting verschuldigd zou zijn geweest indien deze waren gedaan door een ingezeten rechtspersoon, wordt het bedrag van de herberekende belasting vermeerderd met die belasting.

3. Wanneer het bedrag van de in artikel 195, lid 1, bedoelde bronbelasting het bedrag van de overeenkomstig lid 2 herberekende belasting overschrijdt, dient het verschil te worden terugbetaald ten belope van het bedrag van de in artikel 195, lid 1, bedoelde bronbelasting dat de niet-ingezeten rechtspersoon niet van de in haar vestigingsstaat verschuldigde belasting in aftrek kan brengen.

4. De keuze voor de herberekening van de bronbelasting wordt gemaakt in de belastingaangifte die jaarlijks wordt ingediend. De belastingaangifte wordt door de niet-ingezeten rechtspersoon ingediend bij de Teritorialna direktsia na Natsionalna agentsia za prihodite – Sofia (territoriaal directoraat voor de stad Sofia van het nationaal agentschap voor belastinginkomsten) vóór 31 december van het jaar na dat waarin de inkomsten zijn ontvangen."

III. Hoofdgeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

28. Op 22 november 2013 heeft verzoekster met haar enige aandeelhouder, te weten InterV Investment, een kredietovereenkomst gesloten op grond waarvan laatstgenoemde als kredietverstrekker haar in haar hoedanigheid van kredietnemer een converteerbare renteloze lening heeft toegekend, die 60 jaar na de inwerkingtreding van die overeenkomst moest worden terugbetaald (hierna: „litigieuze lening"). In die overeenkomst was opgenomen dat de verplichting van de kredietnemer tot terugbetaling van de lening op elk gewenst moment na datum van toekenning van de financiering zou uitdoven indien de kredietnemer het verschuldigde kredietbedrag via een inbreng in natura zou omzetten in haar kapitaal.

29. Bij besluit van 16 oktober 2017 heeft de Teritorialna direktsia na Natsionalna agentsia za prihodite – Sofia (territoriaal directoraat voor de stad Sofia van het nationaal agentschap voor belastinginkomsten; hierna: „belastingdienst") verzoekster op grond van artikel 195, lid 2, ZKPO een naheffingsaanslag opgelegd voor de betaling van bronbelasting over bepaalde aan InterV Investment uitgekeerde rente-inkomsten voor het tijdvak van 14 februari 2014 tot en met 31 maart 2015.

[9] De inhoud van die bepaling is niet door de verwijzende rechter meegedeeld, maar door de belastingdienst (gedeeltelijk) en door de Bulgaarse regering (volledig) in hun schriftelijke opmerkingen.

30. Na te hebben vastgesteld dat de litigieuze lening op het moment van de belastingcontrole niet was omgezet in kapitaal [10] en de kredietnemer die lening niet had terugbetaald noch rente had betaald, is de belastingdienst tot de slotsom gekomen dat sprake was van een verrichting die neerkwam op „belastingontwijking” in de zin van artikel 16, lid 2, punt 3, ZKPO, onder welk begrip volgens die bepaling onder meer de opneming of verstrekking van kredieten waarvan de rentevoet op het tijdstip van verrichting van de transactie afwijkt van de gebruikelijke marktrente, waaronder renteloze leningen, wordt verstaan. Bij zijn besluit heeft de belastingdienst de marktrentevoet vastgesteld die op de lening moest worden toegepast ter berekening van de door de kredietnemer niet-betaalde rente, waarover hij vervolgens een bronbelasting van 10 % heeft geheven.

31. Bij vonnis van 29 maart 2019 heeft de Administrativen sad Sofia (bestuursrechter in eerste aanleg Sofia, Bulgarije) het beroep waarbij verzoekster de rechtmatigheid van het litigieuze besluit betwistte, verworpen op grond dat de litigieuze lening als financieel activum van die onderneming was aan te merken dat haar een voordeel had opgeleverd omdat zij geen rente over die lening was verschuldigd, daar waar de kredietverstrekker door derving van die rente-inkomsten een economisch nadeel had geleden. Volgens die rechter is het geleende bedrag aangewend voor de terugbetaling van bepaalde in de kredietovereenkomst vermelde financiële verplichtingen van de kredietnemer en was het dus geen onderdeel van het eigen vermogen.

32. Verzoekster heeft bij de verwijzende rechter, de Varhoven administrativen sad (hoogste bestuursrechter, Bulgarije), cassatieberoep ingesteld strekkende tot vernietiging van dat vonnis.

33. Ter ondersteuning van dat cassatieberoep betoogt verzoekster dat de bronheffing is berekend over fictieve rente-inkomsten zonder dat rekening is gehouden met een aangetoond economisch belang om een renteloze lening toe te kennen. Volgens verzoekster beschikte zij niet over de middelen om de rente over de litigieuze lening te betalen en was InterV Investment op het tijdstip van sluiting van die leningsovereenkomst de enige aandeelhouder van de onderneming. Verzoekster voert eveneens aan dat artikel 16, lid 2, punt 3, ZKPO in strijd is met de rechtspraak van het Hof, aangezien die bepaling de partijen bij een renteloze lening de mogelijkheid ontzegt om voor het toekennen van de lening geldige economische redenen aan te dragen.

34. Subsidiair wordt door verzoekster aangevoerd dat aangezien de Republiek Bulgarije heeft gebruikgemaakt van de in artikel 4, lid 1, onder d), van richtlijn 2003/49 opgenomen mogelijkheid voor de lidstaten om rente over leningen die zij voor belastingdoeleinden als inkomsten uit eigenvermogensinstrumenten aanmerken van de werkingssfeer van die richtlijn uit te sluiten, richtlijn 2011/96, die op dat soort inkomsten betrekking heeft, van toepassing is. Krachtens artikel 5 van die richtlijn wordt de door een ingezeten dochteronderneming aan haar niet-ingezeten moedermaatschappij uitgekeerde winst vrijgesteld van bronbelasting. Zij heeft daar ook aan toegevoegd dat de litigieuze lening een inbreng van kapitaal in de zin van artikel 3, onder h) tot en met j), van richtlijn 2008/7 vormt, die overeenkomstig artikel 5 van die richtlijn aan geen enkele indirecte belasting mag worden onderworpen.

[10] Die omzetting heeft plaatsgevonden op 31 oktober 2018.

35. Daarop heeft de Varhoven administrativen sad de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Staan het evenredigheidsbeginsel overeenkomstig artikel 5, lid 4, en artikel 12, onder b), [VEU] en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte overeenkomstig artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [(hierna: ‚Handvest')] in de weg aan een nationale regeling zoals die vervat in artikel 16, lid 2, punt 3, [ZKPO]?

2) Moeten rentebetalingen overeenkomstig artikel 4, lid 1, onder d), van [richtlijn 2003/49] worden aangemerkt als winstuitkeringen waarop artikel 5 van [richtlijn 2011/96] van toepassing is?

3) Vallen uitkeringen uit een renteloze lening zoals bedoeld in artikel 4, lid 1, onder d), van [richtlijn 2003/49] waarvan de terugbetaling 60 jaar na de uitgiftedatum verschuldigd is, onder de regeling van artikel 1, lid 1, onder b), lid 3, en artikel 5 van [richtlijn 2011/96]?

4) Staan artikel 49 en artikel 63, leden 1 en 2, [VWEU], artikel 1, lid 1, onder b), lid 3, en artikel 5 van [richtlijn 2011/96] en artikel 4, lid 1, onder d), van [richtlijn 2003/49] in de weg aan een nationale regeling zoals die vervat in artikel 195, lid 1, artikel 200, lid 2, […], artikel 200a, lid 1, lid 5, punt 4, ZKPO (ingetrokken) in de respectieve versies die van 1 januari 2011 tot en met 1 januari 2015 van kracht waren, en in artikel 195, lid 1, lid 6, punt 3, en lid 11, punt 4, ZKPO in de thans sinds 1 januari 2015 van kracht zijnde versie, alsook aan een belastingpraktijk volgens welke niet-betaalde rente over een renteloze lening die een moedermaatschappij met zetel in een andere lidstaat heeft toegekend aan een ingezeten dochteronderneming en waarvan de terugbetaling 60 jaar na 22 november 2013 is verschuldigd, aan bronbelasting is onderworpen?

5) Staan artikel 3, lid 1, onder h) tot en met j), artikel 5, lid 1, onder a) en b), artikel 7, lid 1, en artikel 8 van [richtlijn 2008/7] in de weg aan een nationale regeling zoals die vervat in artikel 16, lid 1, lid 2, punt 3, en in artikel 195, lid 1, ZKPO inzake het heffen van bronbelasting over fictieve rente-inkomsten op de grondslag van een renteloze lening die aan een ingezeten vennootschap is verstrekt door een vennootschap uit een andere lidstaat die de enige aandeelhouder van de kredietnemer is?

6) Vormt de omzetting van [richtlijn 2003/49] in 2011, dat wil zeggen vóór het verstrijken van de overgangsperiode als vastgesteld in bijlage VI, sectie „Belastingen”, punt 3, van [het Protocol bij het Toetredingsverdrag en de Toetredingsakte], bij artikel 200, lid 2, artikel 200a, lid 1 en lid 5, punt 4, ZKPO waarin het belastingtarief op 10 % is vastgesteld in plaats van het door de [het Protocol bij het Toetredingsverdrag en de Toetredingsakte] voorgeschreven maximumtarief van 5 %, schending van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel?”

36. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door verzoekster, de belastingdienst, de Bulgaarse regering en de Europese Commissie. Voorts hebben die partijen gesproken ter terechtzitting van 30 juni 2021.

IV. Analyse

A. Inleidende opmerkingen

37. Met zijn zes vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een bronbelasting in strijd is met het primaire Unierecht dat voortvloeit uit artikel 5, lid 4, en artikel 12, onder b), VEU, artikel 47 van het Handvest en de artikelen 49 en 63 VWEU (de eerste en de vierde vraag) en/of met het afgeleide Unierecht dat voortvloeit uit respectievelijk richtlijn 2003/49 (de tweede, de derde, de vierde en de zesde vraag), richtlijn 2011/96 (de tweede, de derde en de vierde vraag) en richtlijn 2008/7 (de vijfde vraag).

38. Alvorens over te gaan tot een juridische analyse van de vragen van de verwijzende rechter, dienen de navolgende opmerkingen te worden geformuleerd.

1. Fiscale soevereiniteit van de lidstaten en het Unierecht

39. Volgens de rechtspraak van het Hof behoren directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten en is voor die belastingen geen geharmoniseerde aanpak vereist, doch dat de lidstaten die bevoegdheid niettemin moeten uitoefenen in overeenstemming met het Unierecht.[11] In die rechtspraak wordt eveneens erkend dat de bepalingen die zien op de in de Verdragen neergelegde vrijheden beperkingen kunnen stellen aan het recht van een lidstaat om de voorwaarden en de modaliteiten vast te stellen van de belastingheffing ter zake van inkomsten van onderdanen van een andere lidstaat uit een op zijn grondgebied uitgeoefende werkzaamheid.[12]

40. Voorts dient erop te worden gewezen dat de lidstaten op het gebied van vaststelling van fraude weliswaar over autonomie beschikken, maar dat het Hof van oordeel is dat een nationale wettelijke regeling slechts beoogt fraude en misbruik te voorkomen wanneer zij specifiek tot doel heeft gedragingen te verhinderen die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om ten onrechte een belastingvoordeel te verkrijgen.[13]

2. Internationale belastingpraktijk en het Unierecht

a) Antimisbruikbepalingen

41. Op internationaal niveau wordt de fiscale beleidsdoelstelling nagestreefd om dubbele belasting te voorkomen, zonder de mogelijkheid te scheppen om door belastingontwijking of -fraude, met name door gebruikmaking van mechanismen van verdragshoppen, belastingheffing te vermijden dan wel te verlagen.

[11] Zie arresten van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punt 21), en 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 29).

[12] Zie arrest van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punt 24).

[13] Zie arrest van 20 december 2017, Deister Holding en Juhler Holding (C-504/16 en C-613/16, EU:C:2017:1009, punt 60).

42. Die doelstelling komt met name tot uitdrukking in internationale belastingverdragen waarin antimisbruikbepalingen zijn terug te vinden die tot doel hebben de toepassing van bepalingen die aan de belastingplichtige rechten toekennen, uit te sluiten in geval van fraude of misbruik. Zoals blijkt uit de onderhavige zaak, zijn dergelijke bepalingen opgenomen in zowel het Unierecht als de interne rechtsorde van verschillende lidstaten.

43. Dienaangaande wijs ik erop dat volgens vaste rechtspraak van het Hof een 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. [14]

44. Ik wijs er eveneens op dat de richtlijnen 2003/49 en 2011/96, waarop de prejudiciële vragen betrekking hebben, tot doel hebben belastingontwijking te voorkomen en de lidstaten toelaten om niet alleen de nodige maatregelen te treffen met het oog op het voorkomen van dat soort fraude, maar ook om in het geval van fraude of misbruik het genot van die richtlijnen te ontzeggen of ze weigeren toe te passen.

b) Zakelijkheidsbeginsel

45. Het „zakelijkheidsbeginsel" (*arm's length principle*), dat onder meer is terug te vinden in artikel 9 van het modelbelastingverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) [15] – dat de consensus van de leden van de organisatie weerspiegelt –, beoogt in het kader van het algemeen vennootschapsbelastingstelsel te waarborgen dat belastingplichtigen die werkzaam zijn binnen een groep van ondernemingen op dezelfde manier worden behandeld als belastingplichtigen die op een onafhankelijke manier handelen op de markt.

46. Dat beginsel is eveneens erkend door het Hof, dat zowel op het gebied van belastingheffing als op andere gebieden heeft geoordeeld dat het zakelijkheidsbeginsel geschikt is om een kunstmatige constructie te onderscheiden van werkelijke economische verrichtingen en in dat verband een objectief element vormt aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of het hoofddoel van de betrokken verrichting erin bestaat een belastingvoordeel te verkrijgen. [16]

B. Eerste prejudiciële vraag

47. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 16, lid 2, punt 3, ZKPO in strijd is met artikel 5, lid 4, en artikel 12, onder b), VEU en met het in artikel 47 van het Handvest neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte en een onpartijdig gerecht.

48. Allereerst moet erop worden gewezen dat het evenredigheidsbeginsel overeenkomstig artikel 5, lid 4, VEU van toepassing is op „de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie", terwijl artikel 12, onder b), VEU ziet op de rol die nationale parlementen hebben bij de

[14] Zie arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punt 109 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[15] *Modelverdrag betreffende belastingen naar het inkomen en naar het vermogen 2017*, dat ertoe strekt dubbele belastingheffing op het gebied van belastingen naar het inkomen en het vermogen te voorkomen zonder de mogelijkheid te scheppen om door belastingontwijking of -fraude te komen tot niet- of verlaagde belastingheffing, in de door de OESO gepubliceerde versie van 21 november 2017.

[16] Zie arresten van 21 februari 2006, Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2006:121, punt 86), en 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punt 81).

eerbiediging van het beginsel van subsidiariteit. In die bepalingen zijn dus de beginselen opgenomen waardoor het wetgevingsproces van de Unie en niet dat van de lidstaten moet worden beheerst. Dienaangaande heeft het Hof in een andere relatief recente zaak geoordeeld dat op een soortgelijke vraag van dezelfde verwijzende rechter niet hoefde te worden geantwoord op grond dat die bepalingen niet zien op nationale wetgevingen en geen toepassing vinden in een situatie als die van het hoofdgeding. [17]

49. Wat vervolgens het in artikel 47 van het Handvest opgenomen recht op een doeltreffende voorziening in rechte betreft, is het vaste rechtspraak dat de uit de bescherming van de grondrechten voortvloeiende vereisten de lidstaten enkel verbinden wanneer zij het Unierecht uitvoeren. [18]

50. Artikel 16, lid 2, punt 3, ZKPO bepaalt dat de opneming of verstrekking van kredieten waarvan de rentevoet op het tijdstip van verrichting van de transactie afwijkt van de gebruikelijke marktrente, waaronder renteloze leningen, belastingontwijking inhoudt. Die bepaling uit het Bulgaarse recht vormt geen omzetting van een Unierechtelijke richtlijn en evenmin de toepassing of uitvoering van een andere Unierechtelijke bepaling.

51. Om dezelfde redenen dient in het licht van artikel 51 van het Handvest te worden aangenomen dat de bepalingen ervan niet van toepassing zijn op een dergelijke regel uit het Bulgaarse belastingrecht die geen uitvoering van het Unierecht inhoudt.

52. Ik geef daarom in overweging om op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 5, lid 4, en artikel 12, onder b), VEU en artikel 47 van het Handvest aldus dienen te worden uitgelegd dat zij niet van toepassing zijn op de uitlegging van artikel 16, lid 2, punt 3, ZKPO, aangezien laatstgenoemde bepaling geen uitvoering van het Unierecht vormt.

C. Tweede prejudiciële vraag

53. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of rentebetalingen als bedoeld in artikel 4, lid 1, onder d), van richtlijn 2003/49 kunnen worden aangemerkt als winstuitkeringen waarop artikel 5 van richtlijn 2011/96 van toepassing is.

54. Richtlijn 2003/49, die zorgt voor harmonisatie op het gebied van directe belastingen waardoor marktdeelnemers gebruik kunnen maken van de interne markt, beoogt overeenkomstig de overwegingen 2 tot en met 4 ervan dubbele belasting over uitkeringen van interest tussen verbonden ondernemingen uit verschillende lidstaten af te schaffen en te waarborgen dat die uitkeringen eenmaal in één enkele lidstaat worden belast door in de bronstaat de heffing van belasting over interest ten laste van de uiteindelijk gerechtigde ervan te verbieden. [19]

55. In de eerste plaats rijst de vraag of fictieve rente, zoals die welke in de onderhavige zaak is vastgesteld door de belastingdienst, onder richtlijn 2003/49 kan vallen en als „uitkeringen van interest" in de zin van artikel 1, lid 1, en artikel 2, onder a), van die richtlijn kan worden beschouwd, met name in het specifieke geval van het hoofdgeding waarin geen enkele onderscheiden betaling heeft plaatsgevonden.

[17] Zie arrest van 25 juli 2018, TTL (C-553/16, EU:C:2018:604, punten 30-35).

[18] Zie arrest van 19 september 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[19] Zie arresten van 21 juli 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, punten 24, 25 en 28), en 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punten 85, 86 en 108).

56. Benadrukt moet worden dat richtlijn 2003/49 blijkens het in overweging 5 genoemde „betaler” van toepassing is op uitkeringen. Ik merk eveneens op dat in artikel 1 ervan, met als opschrift „Werkingssfeer en procedure”, duidelijk een „uiteindelijk gerechtigde tot de interest” „van een andere lidstaat” wordt geïdentificeerd die „uitkeringen [ontvangt] die worden uitbetaald” door een in de bronstaat gevestigde onderneming.

57. Ook blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat, aangezien het begrip „interest” in artikel 2, onder a), van richtlijn 2003/49 wordt gedefinieerd als „inkomsten uit schuldvorderingen van welke aard ook”, alleen de „uiteindelijk” gerechtigde interest als inkomsten uit dergelijke schuldvorderingen kan ontvangen en dat het begrip „uiteindelijk gerechtigde tot de interest” in de zin van die richtlijn bijgevolg aldus moet worden uitgelegd dat het ziet op een entiteit die uit economisch oogpunt „daadwerkelijk” het genot van de „aan haar uitgekeerde” interest heeft en dus vrij kan beslissen over het gebruik ervan.[20]

58. Wanneer de belastingdienst over een renteloze lening fictieve rente vaststelt en belast[21], ontvangt de kredietverstrekker evenwel geen enkele rente en kan hij mijns inziens dus niet worden beschouwd als een „uiteindelijk gerechtigde” tot die rente.

59. In de tweede plaats wijs ik erop dat, zelfs al zou fictieve rente als „uitkeringen van interest” in de zin van richtlijn 2003/49 kunnen worden beschouwd, die uitkeringen, doordat zij betrekking hebben op een renteloze lening waarvan de terugbetaling 60 jaar na de uitgiftedatum verschuldigd is, hoe dan ook vallen onder de in artikel 4, lid 1, onder d), van die richtlijn opgenomen uitzondering op grond waarvan „uitkeringen uit schuldvorderingen die geen bepalingen betreffende terugbetaling van de hoofdsom bevatten of waarvan de terugbetaling meer dan 50 jaar na de uitgiftedatum verschuldigd is”, van de werkingssfeer ervan worden uitgesloten. De looptijd van de litigieuze lening bedroeg 60 jaar zodat richtlijn 2003/49 in casu niet van toepassing is.

60. In de derde en de laatste plaats moet mijns inziens volledigheidshalve eveneens rekening worden gehouden met het feit dat richtlijn 2003/49 een dubbele doelstelling nastreeft, te weten het voorkomen van dubbele belasting[22] en daarnaast het bestrijden van misbruiken en belastingfraude[23].

61. Het is, om dubbele belasting over grensoverschrijdende uitkeringen van interest te voorkomen, aldus verboden om in de bronstaat belasting over die interest te heffen ten laste van de uiteindelijk gerechtigde tot die interest.[24] Van een eventuele met richtlijn 2003/49 strijdige dubbele belasting is in casu evenwel geen sprake, aangezien de door de belastingdienst vastgestelde fictieve rente niet kan worden belast in Luxemburg doordat die bedragen niet aan de moedermaatschappij zijn overgemaakt.

62. Wat het risico van misbruiken en belastingfraude betreft, vormt artikel 5, lid 1, van richtlijn 2003/49 geen beletsel voor de toepassing van nationale voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken. Ik merk trouwens op dat wanneer verzoeksters uitlegging wordt gevolgd, de nationale belastingregeling dan zou kunnen worden omzeild. Dat zou in de praktijk inhouden dat

[20] Zie arrest van 21 juli 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, punt 27).

[21] Ik merk op dat de vaststelling van en de belastingheffing over fictieve rente tot doel heeft het uit een renteloze lening voortvloeiende voordeel voor de kredietnemer te belasten.

[22] Zie overwegingen 2 tot en met 4 van richtlijn 2003/49.

[23] Zie artikel 5 van richtlijn 2003/49.

[24] Zie arrest van 21 juli 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, punten 24, 25 en 28).

verbonden ondernemingen leningen mogen aangaan (of andere soorten intragroepstransacties sluiten) die in strijd zijn met het nationale recht om zich vervolgens ter omzeiling van de nationale belastingregeling (en eventueel ook van de belasting) te beroepen op het Unierecht. Een dergelijke uitlegging zou evenwel indruisen tegen de doelstellingen van die richtlijn, waaronder de bestrijding van belastingfraude. [25]

63. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat de bepalingen van richtlijn 2003/49 geen toepassing kunnen vinden in een zaak als die in het hoofdgeding.

64. Ik geef daarom in overweging om op de tweede prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 4 van richtlijn 2003/49 aldus dient te worden uitgelegd dat het niet vereist dat uitkeringen van interest als bedoeld in artikel 4, lid 1, onder d), van die richtlijn worden aangemerkt als „winstuitkeringen" waarop artikel 5 van richtlijn 2011/96 van toepassing is.

D. Derde prejudiciële vraag

65. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de regeling van artikel 1, lid 1, onder b), lid 3, en artikel 5 van richtlijn 2011/96 van toepassing is op uitkeringen uit een renteloze lening waarvan de terugbetaling 60 jaar na de uitgiftedatum verschuldigd is, en die onder artikel 4, lid 1, onder d), van richtlijn 2003/49 valt.

66. Wat richtlijn 2011/96 betreft, wijs ik erop dat zij ertoe strekt dividenden en andere winstuitkeringen van in een lidstaat gevestigde dochterondernemingen aan hun in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappijen vrij te stellen van bronbelasting, en dubbele belastingheffing van zulke inkomsten op het niveau van de moedermaatschappij te elimineren teneinde hergroeperingen van ondernemingen op Unieniveau te vergemakkelijken. [26]

67. In dat verband bepaalt artikel 1, lid 1, onder b), van richtlijn 2011/96 dat zij van toepassing is op „de uitkeringen van winst" die een moedermaatschappij in een grensoverschrijdende relatie van haar dochteronderneming ontvangt.

68. Ik merk op dat het begrip „uitkeringen van winst" als zodanig niet in die richtlijn wordt gedefinieerd.

69. Dienaangaande heeft het Hof geoordeeld dat de lidstaat van vestiging van een onderneming het recht heeft om de door die onderneming aan de in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij betaalde rente te behandelen als winstuitkering. [27] Die conclusie was evenwel getrokken in een context waarin de dochteronderneming daadwerkelijk rente over een lening had betaald, hetgeen in casu niet het geval is

70. Fictieve rente die door de belastingdienst uitsluitend is vastgesteld om een door het nationale recht als verborgen aangemerkte transactie te belasten, kan mijns inziens niet als een „uitkering van winst" in de zin van richtlijn 2011/96 worden beschouwd, met name omdat er geen sprake is van een daadwerkelijke betaling van rente tussen die twee ondernemingen van dezelfde groep.

[25] Zie arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punt 109 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[26] Zie arrest van 2 april 2020, GVC Services (Bulgaria) (C-458/18, EU:C:2020:266, punt 31).

[27] Zie arrest van 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, EU:C:2007:161, punt 89).

71. Ik merk eveneens op dat richtlijn 2011/96, net als richtlijn 2003/49, als voornaamste doelstelling heeft dubbele belastingheffing alsook misbruik en belastingfraude te voorkomen. In dat verband verwijs ik naar de in de punten 61 en 62 van de onderhavige conclusie uiteengezette redenering die mutatis mutandis van toepassing is op richtlijn 2011/96.

72. Om de voorgaande redenen is richtlijn 2011/96 mijns inziens niet van toepassing op een situatie als die in het hoofdgeding.

73. Ik geef daarom in overweging om op de derde prejudiciële vraag te antwoorden dat richtlijn 2011/96 aldus dient te worden uitgelegd dat zij niet van toepassing is op een bronbelasting die wordt geheven over fictieve rente-inkomsten uit een renteloze lening die door de moedermaatschappij aan haar dochteronderneming is toegekend.

E. Vierde prejudiciële vraag

74. De vierde vraag omvat twee hoofdonderdelen die van elkaar moeten worden onderscheiden.

75. Het eerste onderdeel ziet op de vraag of een bronbelasting die wordt geheven over veronderstelde rente-uitkeringen uit een renteloze lening in overeenstemming is met richtlijn 2003/49 en met de vrijstelling van bronheffing overeenkomstig richtlijn 2011/96. Het tweede onderdeel ziet op dezelfde vraag, maar dan in het licht van de vereisten van artikel 49 en artikel 63, leden 1 en 2, VWEU.

76. Overeenkomstig het arrest dat het Hof recent (in Grote kamer) heeft gewezen in de gevoegde zaken N Luxembourg 1 e.a.[28], dienen in dat verband om te beginnen twee gevallen te worden onderscheiden.

77. In het eerste geval vloeit het feit dat de in richtlijn 2003/49 neergelegde regeling inzake vrijstelling van bronbelasting niet van toepassing is, voort uit de vaststelling dat sprake is van fraude of misbruik in de zin van artikel 5 van die richtlijn. In dat geval kan een in een lidstaat gevestigde onderneming zich, gelet op de in punt 43 van de onderhavige conclusie in herinnering gebrachte rechtspraak, niet beroepen op de in het VWEU neergelegde vrijheden om op te komen tegen de nationale regeling inzake belasting over rente die aan een in een andere lidstaat gevestigde onderneming wordt uitgekeerd. Aangezien in artikel 1, lid 2, van richtlijn 2011/96 een soortgelijke bepaling met betrekking tot de niet-toepassing bij fraude of misbruik is opgenomen als in artikel 5 van richtlijn 2003/49, dient dat geval mutatis mutandis te worden toegepast op richtlijn 2011/96.

78. In het tweede geval vloeit het feit dat de in richtlijn 2003/49 neergelegde regeling inzake vrijstelling van bronbelasting (en naar analogie richtlijn 2011/96) niet van toepassing is, voort uit de omstandigheid dat niet is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van deze vrijstellingsregeling, zonder dat evenwel is vastgesteld dat er sprake is van fraude of misbruik in de zin van artikel 5 van richtlijn 2003/49 (of artikel 1, lid 2, van richtlijn 2011/96). In een dergelijk geval moet worden onderzocht of artikel 49 en artikel 63, leden 1 en 2, VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, betreffende de belasting over die rente.[29]

[28] Zie arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punt 155).

[29] Zie arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punt 156).

79. Ik wijs er meteen op dat de vraag van de verwijzende rechter ziet op de verenigbaarheid met artikel 49 en artikel 63, leden 1 en 2, VWEU van uitsluitend de artikelen 195, 200 en 200a ZKPO, waarin de nadere regels zijn opgenomen inzake respectievelijk de inhouding aan de bron en de procedure voor de herziening en de terugbetaling van de belastingen ten gunste van niet-ingezetenen.

80. Bij de analyse van die vraag mag mijns inziens evenwel niet uitsluitend worden gekeken naar de voornoemde nationaalrechtelijke bepalingen, maar dient rekening te worden gehouden met de gehele Bulgaarse belastingregeling die op niet-ingezeten ondernemingen van toepassing is.[30] Ik stel dus voor om in de navolgende analyse zowel artikel 16 ZKPO (dat nadere regels vaststelt voor het belasten van niet-ingezeten ondernemingen in het geval van schending van het zakelijkheidsbeginsel) als artikel 199 ZKPO (die de belastbare grondslag voor de over de inkomsten van niet-ingezeten ondernemingen geheven bronbelasting betreft) en artikel 202a (dat de regeling bevat voor de herberekening en de terugbetaling van de bronbelasting waarvan niet-ingezeten ondernemingen kunnen gebruikmaken) te betrekken.

81. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt immers dat het onderzoek niet mag worden beperkt tot de vrijstelling van een bepaald soort belasting op puur formeel vlak, doch rekening moet gehouden worden met de volledige context van de belastingheffing ten aanzien van niet-ingezeten ondernemingen en er dus een volledig onderzoek dient te worden uitgevoerd (op inhoudelijk vlak).[31]

1. Wat de richtlijnen 2003/49 en 2011/96 betreft

82. Wat de richtlijnen 2003/49 en 2011/96 betreft, komt het antwoord op die vraag overeen met de antwoorden die ik op de tweede en op de derde prejudiciële vraag in overweging heb gegeven en waarin ik tot de slotsom ben gekomen dat die richtlijnen niet van toepassing zijn op de feiten van het onderhavige geval.[32]

2. Wat de artikelen 49 en 63 VWEU betreft

83. Voor het antwoord op de vierde vraag van de verwijzende rechter dient allereerst te worden onderzocht of de artikelen 49 en 63 VWEU in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling volgens welke niet-ingezeten ondernemingen onder het stelsel dat rechtens op hen toepasselijk is, anders dan op ingezeten ondernemingen geen kosten in aftrek kunnen brengen in verband met de betrokken lening. Ingeval het antwoord op die vraag bevestigend is, dient te worden onderzocht of een dergelijk verschil in behandeling kan worden weggenomen door een mechanisme tot herziening en terugbetaling van belasting waarvan niet-ingezeten ondernemingen kunnen gebruikmaken, en daarnaast of het kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. In een dergelijk geval dient de toepassing van die beperking evenwel nog geschikt te zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en mag zij niet verder gaan dan daartoe noodzakelijk is.

30 Die vaststelling doet niet af aan het alleenrecht van de nationale rechter om het nationale recht uit te leggen.

31 Zie arrest van 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punten 29 e.v.).

32 Zie punten 53-73 van de onderhavige conclusie.

a) Relevante bepalingen van het VWEU

84. Aangezien de verwijzende rechter aan het Hof de vraag voorlegt of de betrokken Bulgaarse regeling verenigbaar is met de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal (artikelen 49 en 63 VWEU), rijst in de eerste plaats de vraag in het licht van welke van die Verdragsbepalingen die regeling dient te worden beoordeeld.

85. Ik wijs erop dat kwesties inzake de fiscale behandeling van tussen ondernemingen van twee lidstaten uitgekeerde rente en inkomsten uit kapitaal in beginsel kunnen vallen zowel onder het vrije verkeer van kapitaal [33] als onder de vrijheid van vestiging, met name in dat laatste geval wanneer een lening is aangegaan tussen verbonden ondernemingen waarvan de ene een deelneming in het kapitaal van de in een andere lidstaat gevestigde onderneming bezit waardoor zij een zekere invloed heeft op de besluiten van die onderneming en de activiteiten ervan kan bepalen. [34]

86. Volgens vaste rechtspraak dient met betrekking tot de vraag of een nationale wettelijke regeling onder de ene of de andere vrijheid van verkeer valt, evenwel rekening te worden gehouden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie. [35]

87. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat artikel 16, lid 2, punt 3, ZKPO van toepassing is op alle situaties waarin renteloze leningen worden toegekend en niet alleen tussen verbonden ondernemingen noch afhankelijk van de deelneming die de kredietverstrekker in het kapitaal van de kredietnemer bezit. Op het eerste gezicht vloeit daaruit voort dat de vierde prejudiciële vraag vanuit het oogpunt van het vrije verkeer van kapitaal dient te worden onderzocht.

88. Ik ben nochtans van mening dat het feitelijke kader van de onderhavige zaak maakt dat de betrokken Bulgaarse regeling dient te worden onderzocht in het licht van de vrijheid van vestiging. Naast het feit dat InterV Investment op het moment dat de litigieuze lening is aangegaan de enige aandeelhouder van verzoekster was, blijkt immers uit de kenmerken van die lening, met name de looptijd en de terugbetalingsvoorwaarden, dat zij uitsluitend had kunnen zijn aangegaan tussen verbonden ondernemingen. Het lijdt dus geen enkele twijfel dat er tussen die ondernemingen een band van onderlinge afhankelijkheid bestaat waardoor InterV Investment door haar deelneming in verzoeksters kapitaal een zekere invloed heeft op verzoeksters besluiten en tevens haar activiteiten kan bepalen.

89. Een dergelijke benadering sluit bovendien aan bij de rechtspraak van het Hof in een reeks zaken waarvan de betrokken nationale regelingen kenmerken gemeen hebben met de Bulgaarse regeling. Ik merk in dat verband op dat in de zaak SGI de Belgische regeling op grond waarvan de belastingdienst fictieve rente over een aan een niet-ingezeten dochteronderneming toegekende renteloze lening voor inkomstenbelastingdoeleinden kon opnemen in de winst van een ingezeten onderneming, door het Hof is onderzocht in het licht van de vrijheid van vestiging op grond dat, ofschoon die regeling niet alleen gold voor verbonden ondernemingen, de in die zaak aan de orde zijnde situatie op verbonden ondernemingen betrekking had. [36]

[33] Zie arrest van 3 oktober 2013, Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[34] Zie arrest van 17 september 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[35] Zie arrest van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[36] Zie arrest van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punten 25-37).

90. Ofschoon ik geneigd ben te denken dat het meer aangewezen is om de vierde vraag te onderzoeken in het licht van de vrijheid van vestiging, is het heel goed mogelijk om de betrokken nationale regeling te beoordelen vanuit het oogpunt van het vrije verkeer van kapitaal

91. Ondanks de keuze om de verenigbaarheid van de betrokken nationale maatregelen te analyseren in het licht van de vrijheid van vestiging, kunnen niettemin dezelfde conclusies als die hieronder ook worden getrokken uit een analyse van de kwestie in het licht van het vrije verkeer van kapitaal. Net zoals de vrijheid van vestiging verbiedt het vrije verkeer van kapitaal immers maatregelen die niet-ingezetenen ontmoedigen in een lidstaat investeringen te doen, of ingezetenen van die lidstaat ontmoedigen in andere staten investeringen te doen. [37]

92. Ten slotte kan erop worden gewezen dat zo de betrokken nationale regeling het vrije verkeer van kapitaal beperkt, die beperkingen een onvermijdelijk gevolg zijn van een eventuele belemmering van de vrijheid van vestiging en dan ook geen autonoom onderzoek van die regeling in het licht van artikel 63 VWEU rechtvaardigen. [38]

b) Roepen de artikelen 195 en 199 ZKPO discriminatie in het leven tussen ingezeten en niet-ingezeten ondernemingen?

93. Volgens vaste rechtspraak heeft artikel 49 VWEU tot doel te waarborgen dat ondernemingen in de lidstaat van ontvangst op dezelfde wijze worden behandeld als nationale ondernemingen en staat het eraan in de weg dat ondernemingen op enigerlei wijze worden gediscrimineerd op grond van de plaats van de zetel [39], alsook meer algemeen dat de uitoefening van die vrijheid aan enige ongerechtvaardigde beperking wordt onderworpen [40].

94. Uit de lezing van artikel 16, lid 2, punt 3, ZKPO blijkt dat die bepaling van toepassing is op elke renteloze lening, ongeacht of die uitsluitend is aangegaan door ingezeten ondernemingen of ook door niet-ingezeten ondernemingen. Voorts wordt niet betwist dat eenzelfde belastingtarief van 10 % geldt, ongeacht of de kredietverstrekker een ingezeten of niet-ingezeten onderneming is.

95. Uit de lezing van de artikelen 195 en 199 ZKPO blijkt evenwel dat niet-ingezeten ondernemingen die dat soort transacties sluiten, voor belastingdoeleinden anders worden behandeld. Terwijl fictieve rente over een door een niet-ingezeten onderneming toegekende lening wordt onderworpen aan een bronbelasting die een onmiddellijke en definitieve belasting vormt zonder dat de aan de toekenning van die lening verbonden kosten in aftrek kunnen worden gebracht, hangt de vennootschapsbelasting die wordt geheven over fictieve rente met betrekking tot een door een ingezeten onderneming toegekende lening af van het positieve of negatieve resultaat dat overblijft na aftrek van eventuele aan de toekenning van die lening verbonden kosten.

96. Ik wijs er in dit stadium van mijn analyse op dat de rechtspraak van het Hof veel arresten bevat waarin die problematiek is behandeld zowel vanuit het oogpunt van het vrije verkeer van kapitaal als vanuit dat van de vrijheid van vestiging. Het Hof heeft in een reeks zaken waarvan de feiten gelijkenis vertonen met die van het hoofdgeding, meer bepaald geoordeeld dat een nationale regeling volgens welke de door een ingezeten onderneming aan een niet-ingezeten onderneming uitgekeerde rente wordt belast door inhouding aan de bron door die ingezeten onderneming

[37] Zie arrest van 30 april 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[38] Zie beschikking van 10 mei 2007, Lasertec (C-492/04, EU:C:2007:273, punt 25).

[39] Zie arrest van 3 maart 2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[40] Zie arrest van 20 januari 2021, Lexel (C-484/19, EU:C:2021:34, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

zonder dat de rechtstreeks met de betrokken kredietverstrekking verband houdende kosten, zoals de rentekosten, in aftrek kunnen worden gebracht, terwijl een dergelijke aftrekmogelijkheid wel wordt toegekend aan ingezeten ondernemingen die rente ontvangen van een andere ingezeten onderneming, een beperking inhoudt van de vrijheid van vestiging.[41] Dezelfde conclusie is getrokken met betrekking tot het vrije verkeer van kapitaal.[42]

97. In het licht van het voorgaande ben ik van mening dat een dergelijk onderscheid aangaande de wijze van berekening van de belasting een beperking kan inhouden die valt onder artikel 49 VWEU.

98. De onderhavige zaak verschilt evenwel van die zaken doordat het Bulgaarse recht in artikel 202a ZKPO klaarblijkelijk een procedure heeft opgenomen op grond waarvan niet-ingezeten ondernemingen voor belastingdoeleinden op voet van gelijkheid kunnen worden behandeld met ingezeten ondernemingen. Alvorens te onderzoeken of de door de artikelen 195 en 199 ZKPO ingevoerde discriminerende maatregel eventueel kan worden gerechtvaardigd, dient derhalve te worden onderzocht of het hierboven vastgestelde verschil in behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten ondernemingen kan worden weggenomen door artikel 202a van die wet.

c) Kunnen de discriminerende kenmerken van de op grond van de artikelen 195 en 199 ZKPO voor niet-ingezeten ondernemingen geldende belastingregeling worden weggenomen door artikel 202a van die wet?

1) Werkingssfeer van artikel 202a ZKPO

99. Uit de schriftelijke opmerkingen van de belastingdienst en de Bulgaarse regering blijkt dat artikel 202a ZKPO een mechanisme inhoudt op grond waarvan niet-ingezeten ondernemingen kunnen kiezen voor de belastingregeling die geldt voor ingezeten ondernemingen. Via die procedure kunnen zij de rechtstreeks met de betrokken kredietverstrekking verband houdende kosten, zoals rentekosten, in aftrek brengen en daarnaast, in geval van een verliessituatie, terugbetaling of vrijstelling van de bronbelasting verkrijgen.

100. De belastingdienst en de Bulgaarse regering voeren aan dat indien verzoekster in casu voor die regeling had gekozen, zij in Bulgarije niet in de vennootschapsbelasting zou zijn belast aangezien zij zich (naar eigen zeggen) voor de betrokken periode in een verliessituatie bevond.

101. Verzoekster van haar kant betwijfelt of de in artikel 202a ZKPO opgenomen procedure de discriminatie kan mitigeren die zelfs wanneer een niet-ingezeten onderneming voor die regeling had gekozen zou blijven bestaan omdat de terugbetalingsprocedure geen onmiddellijk effect sorteert.

102. Op basis van de nadere gegevens die verzoekster, de belastingdienst en de Bulgaarse regering ter terechtzitting hebben verstrekt, kan de herzienings- en terugbetalingsprocedure van artikel 202a ZKPO worden samengevat als volgt.

[41] Zie arresten van 12 juni 2003, Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340, punten 29 en 55); 3 oktober 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630, punt 42), en 15 februari 2007, Centro Equestre da Lezíria Grande (C-345/04, EU:C:2007:96, punt 23).

[42] Zie arresten van 17 september 2015, Miljoen e.a. (C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, punt 57), en 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punt 17).

103. De procedure van artikel 202a ZKPO is niet standaard van toepassing. Een niet-ingezeten onderneming die van die procedure wil gebruikmaken, dient de keuze voor die procedure uitdrukkelijk te maken in haar belastingaangifte. Zelfs als een onderneming die keuze maakt, zal de inhouding aan de bron worden uitgevoerd overeenkomstig de regeling van de artikelen 195 en 199 ZKPO, dat wil zeggen dat de belasting rechtstreeks aan de bron zal worden ingehouden over haar bruto-inkomsten. De niet-ingezeten onderneming zal pas in tweede instantie recht hebben op terugbetaling van de belasting als haar situatie na herziening door de belastingdienst aantoonbaar verlieslatend is.

104. Wat de duur van de in artikel 202a ZKPO opgenomen herzienings- en terugbetalingsprocedure betreft, is ter terechtzitting gebleken dat er een meningsverschil bestaat tussen enerzijds verzoekster die aanvoert dat die procedure bijzonder lang kan duren en anderzijds de belastingdienst en de Bulgaarse regering die betwisten dat die procedure onredelijk traag zou zijn.

105. Bij de uiteenzetting van de in artikel 202a ZKPO opgenomen regeling voor terugbetaling van de belasting dienen de volgende opmerkingen te worden geformuleerd.

106. In de eerste plaats blijkt uit de gecombineerde lezing van artikel 202a, leden 1 tot en met 4, ZKPO dat niet-ingezeten ondernemingen op grond van die regeling effectief een verzoek kunnen indienen om de reeds aan de bron ingehouden belasting te herzien overeenkomstig de voor ingezeten ondernemingen toepasselijke regeling. Met die bepaling lijkt te worden beoogd de belastingbehandeling van niet-ingezeten ondernemingen in overeenstemming te brengen met, of althans af te stemmen op, die van de in Bulgarije gevestigde ondernemingen.

107. Dienaangaande wijs ik erop dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat het recht op aftrek ook na de inhouding aan de bron concreet in een terugbetaling van een deel van de bronbelasting kan worden omgezet. [43]

108. Nochtans moet worden vastgesteld dat niettegenstaande die mogelijkheid voor niet-ingezeten ondernemingen het risico blijft bestaan dat ingezeten ondernemingen een belastingvoordeel kunnen genieten. Voor ingezeten ondernemingen lijkt uit die regeling immers een liquiditeitsvoordeel te kunnen voortvloeien aangezien zij, in tegenstelling tot niet-ingezeten ondernemingen, de belasting over de fictieve rente niet hoeven te betalen wanneer zij zich in een verliessituatie bevinden.

109. Dat „liquiditeitsnadeel” komt voor een niet-ingezeten verlieslatende onderneming meer bepaald overeen met het tijdsverschil tussen het moment van inhouding aan de bron en dat van de terugbetaling van de door de belastingdienst te veel ingehouden belastingen.

110. De omvang van het liquiditeitsvoordeel dat uit dat verschil in behandeling voortvloeit en mogelijk discriminerend is, hangt mijns inziens nauw samen met de nationale procedureregels en de praktijk die de belastingdienst volgt bij de uitvoering van de in artikel 202a ZKPO opgenomen procedure. Indien de redelijke termijn voor de herberekeningsprocedure en een eventuele terugbetaling wordt overschreden, zoals verzoekster ter terechtzitting heeft aangevoerd, kan het liquiditeitsvoordeel dat een ingezeten onderneming zal genieten in vergelijking met een niet-ingezeten onderneming aanzienlijk zijn en om die reden discriminatie of een belemmering voor het vrije verkeer van kapitaal inhouden. Indien die termijn daarentegen redelijk is, kan een

[43] Zie arrest van 13 juli 2016, Brisal en KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549, punt 42).

dergelijke maatregel discriminatie tussen ingezeten en niet-ingezeten ondernemingen mitigeren of verhelpen. Ik wijs erop dat het feit dat de Bulgaarse regeling voorziet in vertragingsrente die discriminatie op het gebied van kasmiddelen eventueel kan mitigeren voor zover die termijn niet aanzienlijk is.

111. In dat verband wens ik erop te wijzen dat het bestaan van een mogelijk ongunstige behandeling van de aan niet-ingezeten ondernemingen uitgekeerde rente dient te worden beoordeeld over elk belastingjaar afzonderlijk. [44]

112. In de tweede plaats dient er eveneens op te worden gewezen dat voor het onderzoek van de toepassing van artikel 202a ZKPO behalve met de kwestie van de duur van de terugbetaling, rekening dient te worden gehouden met alle elementen die kunnen leiden tot een verschil in behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten ondernemingen. Ofschoon met dat artikel een gelijke behandeling tussen die twee soorten ondernemingen wordt beoogd waardoor verschillen in behandeling (buiten het hierboven vastgestelde liquiditeitsnadeel) in beginsel uitgesloten zouden moeten zijn, dient ervoor te worden gezorgd dat de toepassing ervan geen andere discriminatievormen in het leven roept. Dat punt hangt daarom nauw samen met de manier waarop de betaling van de vennootschapsbelasting in het Bulgaarse recht wordt geregeld, waaronder de periodiciteit ervan en de mogelijkheid om de betaling van de belasting uit te stellen of andere betalingsfaciliteiten te verkrijgen waardoor het vastgestelde liquiditeitsvoordeel groter kan worden. Zo kan het liquiditeitsvoordeel van een ingezeten verlieslatende onderneming ten aanzien van een niet-ingezeten onderneming vergroten indien die onderneming op grond van het Bulgaarse recht de belastingheffing ten aanzien van haar kan wijzigen of verschuiven naar een later winstgevend belastingjaar. [45]

113. In de derde en de laatste plaats zal de mate waarin die bepaling deze discriminatie in de praktijk kan mitigeren mijns inziens ook afhangen van de mogelijkheid voor de niet-ingezeten onderneming om de door haar geclaimde aftrekbare kosten te bewijzen en van de mogelijkheid voor de belastingdienst van de lidstaat waar de kredietnemer is gevestigd, in casu Bulgarije, om dat daadwerkelijk te controleren. Dienaangaande wijs ik erop dat noch de verwijzende rechter noch de andere partijen in het hoofdgeding zich hebben beroepen op het bestaan van een tussen het Groothertogdom Luxemburg en de Republiek Bulgarije gesloten bilaterale overeenkomst met betrekking tot dat soort situatie.

114. Een proces dat ervoor kan zorgen dat niet-ingezeten ondernemingen niet worden gediscrimineerd en tegelijkertijd waarborgt dat belastingdiensten kunnen controleren of de gemaakte kosten recht geven op terugbetaling, kan evenwel enkel berusten op samenwerking en uitwisseling van informatie tussen de belastingdiensten van de betrokken lidstaten (of derden). Ik wijs er overigens op dat een dergelijke samenwerking behalve in de tussen de lidstaten gesloten

[44] Zie arresten van 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punt 41), en 22 november 2018, Sofina e.a. (C-575/17, EU:C:2018:943, punten 30 en 52).

[45] Zie arrest van 22 november 2018, Sofina e.a. (C-575/17, EU:C:2018:943, punt 34).

bilaterale overeenkomsten ook is opgenomen in richtlijn 2011/16/EU [46], die onder meer dubbele belastingheffing en niet-heffing die uit fraude- of misbruiksituaties kan voortvloeien, beoogt te voorkomen. [47]

115. Het staat dus in beginsel aan de verwijzende rechter om in het licht van de hierboven verstrekte nadere gegevens en rekening houdend met de procedureregels en de nationale belastingpraktijk te onderzoeken of het verschil in behandeling tussen ingezeten ondernemingen en niet-ingezeten ondernemingen die gebruikmaken van artikel 202a ZKPO een liquiditeitsvoordeel kan opleveren.

2) Objectieve vergelijkbaarheid van de belastingsituatie van ingezeten en niet-ingezeten ondernemingen

116. Volgens vaste rechtspraak kan slechts sprake zijn van discriminatie wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties. [48]

117. Wat allereerst artikel 16 ZKPO betreft, bestaat er weinig twijfel over dat die bepaling op dezelfde manier wordt toegepast op ingezeten ondernemingen als op niet-ingezeten ondernemingen.

118. Zoals hierboven omschreven, zijn ingezeten en niet-ingezeten ondernemingen weliswaar aan een bronbelasting onderworpen, maar verschilt de wijze waarop de belasting voor die twee soorten ondernemingen wordt berekend. De Bulgaarse belastingregeling maakt aldus een onderscheid in behandeling tussen niet-ingezeten ondernemingen die overeenkomstig de regeling van de artikelen 195 en 199 ZKPO (die overigens de automatisch toepasselijke regeling vormt) aan de bron worden belast over hun bruto-inkomsten, en ingezeten ondernemingen die aan de bron worden belast over hun netto-inkomsten.

119. Ofschoon het Hof bij arrest Truck Center heeft geoordeeld dat het verschil in behandeling in de vorm van de toepassing van verschillende heffingstechnieken naargelang de lidstaat van vestiging van de belastingplichtige situaties betreft die niet objectief vergelijkbaar zijn [49], dient erop te worden gewezen dat, anders dan in voornoemde zaak waarin de betrokken roerende voorheffing enkel werd toegepast op rente die was uitgekeerd aan niet-ingezeten ondernemingen, de toepasselijke regeling in het hoofdgeding zowel ingezeten belastingplichtigen als niet-ingezeten belastingplichtigen onderwerpt aan dezelfde wijze van heffing van dividendbelasting, te weten een bronheffing [50].

[46] Richtlijn van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van richtlijn 77/799/EEG (PB 2011, L 64, blz. 1).

[47] Aldus kan, zoals uit de internationale belastingpraktijk blijkt, aan de hand van een dergelijk mechanisme worden voorkomen dat aftrekbare kosten tweemaal in rekening worden gebracht aangezien de ene lidstaat bij de toepassing van het mechanisme kan nagaan welke beroepskosten in rekening zijn gebracht voor de berekening van de in de andere lidstaat betaalde belastingen. Het is ook algemeen aanvaard dat de belastingdiensten van een lidstaat de lidstaat van vestiging van de beperkt belastingplichtige in het kader van een dergelijk mechanisme in kennis kunnen stellen van het door laatstgenoemde belastingplichtige ingediende terugbetalingsverzoek.

[48] Zie arrest van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punt 30).

[49] Zie arrest van 22 december 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, punt 41).

[50] Zie arrest van 17 september 2015, Miljoen e.a. (C-10/14, C-14/14 en C-17/14, EU:C:2015:608, punt 72).

120. Zodra een lidstaat niet alleen ingezeten ondernemingen maar ook niet-ingezeten ondernemingen aan dezelfde belasting onderwerpt voor de rente die zij van een ingezeten onderneming ontvangen, benaderen de respectieve situaties van die twee categorieën belastingplichtigen elkaar dus en dienen ze voor belastingdoeleinden dan ook op dezelfde manier te worden behandeld. [51]

121. Vastgesteld moet worden dat uit de lezing van de artikelen 195 en 199 ZKPO blijkt dat het aan ingezeten ondernemingen verstrekte liquiditeitsvoordeel zich niet uitstrekt tot niet-ingezeten ondernemingen. Onder voorbehoud van de vaststellingen in de punten 109 tot en met 115 van de onderhavige conclusie, kan dat doel nochtans mogelijk worden bereikt door de in artikel 202a ZKPO geboden keuzemogelijkheid.

3) Facultatief karakter van artikel 202a ZKPO

122. Volgens vaste rechtspraak kan een nationale regeling die de vrijheden van verkeer beperkt, ook al is de toepassing ervan facultatief, nog steeds in strijd zijn met het Unierecht aangezien een keuzerecht waardoor een situatie eventueel verenigbaar wordt met het Unierecht op zich de onrechtmatigheid niet wegneemt van een regeling die een heffingsmethode kent die niet met dat recht te rijmen valt. [52]

123. De vraag rijst dus of de regeling van artikel 202a ZKPO als facultatief moet worden beschouwd, in welk geval de discriminerende gevolgen van de in de artikelen 195 en 199 ZKPO opgenomen regeling er niet door kunnen worden weggenomen.

124. Benadrukt moet worden dat de Commissie ter terechtzitting heeft aangevoerd dat de regeling van artikel 202a ZKPO in het licht van de rechtspraak van het Hof, en met name de arresten Gielen [53] en Autoridade Tributária e Aduaneira (belasting over vermogenswinst op onroerend goed) [54], niet als facultatief kan worden beschouwd, maar veeleer als een regeling voor terugbetaling van de belasting.

125. Ik wijs erop dat die twee zaken met name op twee niveaus van het hoofdgeding verschillen. Allereerst is het juist dat de keuze die in die twee zaken door de belastingplichtigen was gemaakt, anders dan de aan de orde zijnde Bulgaarse regeling, rechtstreeks van invloed was op de belasting die hun was aangerekend. Overeenkomstig de betrokken Bulgaarse regeling wordt een niet-ingezeten onderneming evenwel aan de bron belast op haar bruto-inkomsten, ongeacht of zij voor de ene of voor de andere van de twee mogelijke regelingen kiest. Pas in tweede instantie zal haar belastingsituatie, voor zover zij voor de in artikel 202a ZKPO opgenomen regeling heeft gekozen, worden herzien en zal de belasting eventueel kunnen worden terugbetaald. Eveneens dient te worden benadrukt dat de hierboven aangehaalde zaken anders dan de onderhavige zaak niet speelden in de context van mogelijk misbruik of belastingfraude.

126. Het facultatieve karakter van artikel 202a ZKPO kan mijns inziens evenwel niet ter discussie worden gesteld.

[51] Zie arrest van 8 november 2007, Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655, punten 38 en 39), en beschikking van 12 juli 2012, Tate & Lyle Investments (C-384/11, niet gepubliceerd, EU:C:2012:463, punten 31 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[52] Zie arrest van 8 juin 2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[53] Zie arrest van 18 maart 2010 (C-440/08, EU:C:2010:148, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[54] Zie arrest van 18 maart 2021 (C-388/19, EU:C:2021:212, punt 45).

127. Aldus wijst alleen al het feit dat de belastingplichtige tussen twee verschillende regelingen kan kiezen, ongeacht de manier waarop hij uit hoofde van die regelingen voor belastingdoeleinden wordt behandeld, op het facultatieve karakter ervan. Dat geldt a fortiori wanneer het met het Unierecht onverenigbare mechanisme, zoals blijkbaar in casu, rechtens wordt toegepast wanneer de belastingplichtige geen keuze heeft gemaakt.

128. Ik ben ook van mening dat het feit dat het door artikel 202a ZKPO vastgestelde mechanisme meer weg heeft van een mechanisme voor terugbetaling in het kader van aan de bron ingehouden belasting, niet kan afdoen aan het facultatieve karakter ervan voor de belastingplichtige.

d) Rechtvaardigingsgronden

129. Als laatste rijst de vraag of de verschillende behandeling van niet-ingezeten ondernemingen kan worden gerechtvaardigd. Hiervoor dient te worden onderzocht a) of de Bulgaarse regeling een legitiem doel nastreeft dat verenigbaar is met het Verdrag en wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, b) of zij geschikt is om de verwezenlijking van het doel in kwestie te waarborgen en c) of zij niet verder gaat dan daartoe noodzakelijk is.

130. In dit verband voeren de belastingdienst en de Bulgaarse regering aan dat met de betrokken wettelijke regeling weloverwogen legitieme beleidsdoelstellingen worden nagestreefd die met name naar voren komen uit de handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten (1) en de voorkoming van fraude en belastingontwijking (2).

1) Rechtvaardigingsgrond ontleend aan de handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten

131. Het Hof heeft geoordeeld dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten als rechtvaardigingsgrond voor een beperking van de fundamentele vrijheden met name kan worden aanvaard wanneer de betrokken regeling beoogt gedragingen te vermijden die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden. [55]

132. Ik herinner eraan dat dit doel voortvloeit uit de fiscale soevereiniteit van de lidstaten, die inhoudt dat een lidstaat het recht heeft om zijn belastingontvangsten te beschermen, in het bijzonder met betrekking tot op zijn grondgebied behaalde winsten (territorialiteitsbeginsel), en om zijn belastingstelsel autonoom in te richten (autonomiebeginsel). [56]

133. Bij gebreke van harmonisatie zijn de lidstaten in de huidige stand van het Unierecht bevoegd om directe belastingen te heffen. Het staat eveneens aan de lidstaten om via dubbelbelastingverdragen of unilaterale maatregelen de criteria vast te stellen voor de onderlinge verdeling van hun heffingsbevoegdheid. [57]

[55] Zie arrest van 5 juli 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, punt 45).

[56] Zie conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Allianzgi-Fonds Aevn (C-545/19, EU:C:2021:372).

[57] Zie arrest van 5 juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, punten 50 en 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

134. Zoals advocaat-generaal Kokott in de zaak N Luxembourg 1 e.a. heeft opgemerkt [58], is in situaties die het buitenland betreffen niet altijd gewaarborgd dat de ontvanger zijn inkomsten naar behoren opgeeft voor de belasting. In de regel komt de staat waar de ontvanger van de rente is gevestigd, namelijk zelden iets te weten over diens buitenlandse inkomsten, tenzij er functionerende systemen voor gegevensuitwisseling tussen de belastingautoriteiten bestaan. De heffing van bronbelasting in de staat waar de schuldenaar van de rente is gevestigd, vormt in dat geval dus een bijzondere wijze van belastingheffing, die in wezen tot doel heeft een (minimale) heffing van belasting ten laste van de ontvanger van de rente te verzekeren.

135. Het is niettemin vaste rechtspraak dat een nationale belastingregeling, zoals de artikelen 195 en 199 ZKPO, op grond waarvan bij het belasten van niet-ingezetenen de bruto-inkomsten zonder aftrek van beroepskosten in aanmerking worden genomen, terwijl ingezetenen op hun netto-inkomsten na aftrek van die kosten worden belast, niet kan worden gerechtvaardigd door de doelstelling om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. [59] Dat geldt eveneens wanneer de toepassing van artikel 202a ZKPO, ondanks het facultatieve karakter ervan, discriminatie inhoudt in de vorm van een liquiditeitsvoordeel dat aan ingezeten ondernemingen wordt verschaft. [60]

136. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof [61] dient de op niet-ingezeten ondernemingen toepasselijke Bulgaarse belastingregeling mijns inziens dus in haar geheel, en ook rekening houdend met artikel 16 ZKPO, te worden geanalyseerd, zodat in het licht van de door die bepaling nagestreefde doelstellingen nu de rechtvaardigingsgrond dient te worden onderzocht die berust op de bestrijding van fraude en misbruiken.

2) Rechtvaardigingsgrond die berust op de bestrijding van fraude en misbruiken

137. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat de bestrijding van belastingfraude en belastingontwijking een dwingende reden van algemeen belang vormt die een beperking van de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden van verkeer kan rechtvaardigen. [62]

138. Of sprake is van misbruik, hangt af van een algemene beoordeling van alle omstandigheden van het concrete geval, die door de bevoegde nationale autoriteiten moeten worden vastgesteld op een wijze die vatbaar is voor rechterlijke toetsing. [63] Ofschoon het ongetwijfeld aan de verwijzende rechter staat om die algemene beoordeling uit te voeren [64], kan het Hof hem niettemin nuttige aanwijzingen geven voor de beoordeling of de betreffende verrichtingen in het kader van normale handelstransacties plaatsvinden dan wel enkel tot doel hebben door het Unierecht toegekende voordelen te verkrijgen op een wijze die misbruik oplevert [65].

139. Het Hof heeft erop gewezen dat de enkele omstandigheid dat een ingezeten onderneming een lening krijgt van een in een andere lidstaat gevestigde gelieerde onderneming niet volstaat om uit te gaan van een algemeen vermoeden van misbruik en geen rechtvaardigingsgrond kan zijn voor een maatregel die afbreuk doet aan de uitoefening van een bij het VWEU beschermde

58 Zie conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak N Luxembourg 1, (C-115/16, EU:C:2018:143).

59 Zie de in punt 96 van de onderhavige conclusie aangehaalde rechtspraak.

60 Zie arrest van 22 november 2018, Sofina e.a. (C-575/17, EU:C:2018:943, punt 34).

61 Zie arrest van 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punten 29 e.v.).

62 Zie arrest van 8 maart 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, punt 65).

63 Zie arrest van 17 juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, punt 41).

64 Zie arrest van 22 november 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

65 Zie arrest van 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

fundamentele vrijheid.[66] Nochtans dient in herinnering te worden gebracht dat een 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.[67]

140. In dat verband wijs ik erop dat artikel 16 ZKPO tot doel heeft belastingontwijking te bestrijden door het „zakelijkheidsbeginsel", dat zowel door de internationale belastingpraktijk als de rechtspraak van het Hof is erkend als een passend middel om kunstmatige manipulaties van grensoverschrijdende transacties te voorkomen, om te zetten in het Bulgaarse recht.[68]

141. Aldus ben ik van mening dat de in de betrokken regeling en met name in artikel 16 ZKPO opgenomen belastingbehandeling op basis van een algemene beoordeling van de belastingcontext van de onderhavige zaak wordt gerechtvaardigd door een risico van niet-heffing dat ten eerste voortvloeit uit het feit dat de rente-inkomsten in de lidstaat die daaruit voordeel had moeten halen (te weten het Groothertogdom Luxemburg) niet aan belasting zijn onderworpen vanwege de kenmerken van de litigieuze lening (en met name het ontbreken van een uiteindelijk gerechtigde tot de rente vanwege het renteloze karakter van de lening), en ten tweede uit het feit dat de litigieuze lening tot aan het moment van de naheffingsaanslag, en dus de periode waarop het onderhavige geding betrekking heeft, door verzoekster niet was omgezet in kapitaal (en daardoor in Bulgarije niet kon worden belast als inbreng van kapitaal)[69]. Met artikel 16 ZKPO als antimisbruikbepaling kan er mijns inziens dus voor worden gezorgd dat de belastingen daadwerkelijk worden geïnd.

142. Indien de verwijzende rechter door de toepassing van de nationaalrechtelijke beginselen overeenkomstig het Unierecht tot de conclusie komt dat sprake is van een frauduleuze constructie, is een bronbelasting als degene die in de onderhavige zaak in het geding is dus denkbaar. In het onderhavige geval moet die vraag dan nochtans niet langer worden gesteld, daar die belasting het gevolg is van het misbruik en justitiabelen volgens vaste rechtspraak van het Hof zich in geval van fraude of misbruik niet op het Unierecht kunnen beroepen.[70]

143. Zoals omschreven in de punten 41 tot en met 44 van de onderhavige conclusie, strookt een dergelijke benadering zowel met de internationale belastingpraktijk als met het Unierecht en de rechtspraak van het Hof inzake misbruik en fraude.

144. Ik wijs er ten slotte op dat de redenering hierboven niet alleen kan worden gevolgd wanneer afzonderlijk rekening wordt gehouden met het legitieme doel om fraude en misbruiken te voorkomen, maar ook wanneer dat doel wordt onderzocht tezamen met het doel om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven.

145. Dienaangaande wens ik te benadrukken dat het Hof heeft geoordeeld dat het garanderen van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en het vermijden van belastingontwijking met elkaar samenhangende doelstellingen zijn. Het Hof heeft namelijk aangenomen dat gedragingen die erin bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten

66 Zie arrest van 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punt 73 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

67 Zie arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punt 109 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

68 Zie punt 46 van de onderhavige conclusie.

69 In dat verband herinner ik eraan dat de lening is omgezet na de door de belastingdienst opgelegde naheffingsaanslag.

70 Zie arresten van 21 februari 2006, Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2006:121, punt 68), en 22 november 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881, punt 27).

die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaliter verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied, een aantasting kunnen opleveren van het recht van de lidstaten om hun belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot die activiteiten, en zo de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar brengen. [71]

146. Evenwel dient erop te worden gewezen dat het Hof in heel specifieke situaties heeft aanvaard dat die rechtvaardigingsgronden gezamenlijk in aanmerking worden genomen, namelijk wanneer de bestrijding van belastingontwijking een specifiek aspect vormt van het algemeen belang dat is gerelateerd aan de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te verzekeren. Op die grondslag heeft het Hof, hoofdzakelijk gelet op de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te verzekeren, kunnen aannemen dat de maatregelen in kwestie, ondanks dat zij niet specifiek gericht waren op volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaliter verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied, niettemin konden worden gerechtvaardigd. [72]

147. In het licht van die twee doelstellingen, die in hoofdzaak de voorkoming van belastingontwijking betreffen, maar in bijkomende orde ook de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven (samen met de eerste aangehaalde doelstelling), ben ik van mening dat een regeling als degene die in het hoofdgeding aan de orde is, legitieme doelstellingen nastreeft die in overeenstemming zijn met het VWEU en vallen onder dwingende redenen van algemeen belang, en dat die regeling geschikt is om de verwezenlijking van die doelstellingen te waarborgen.

3) Evenredigheidstoetsing

148. Ten slotte rijst de vraag of de heffingsprocedure die in het kader van de vaststelling van misbruik of belastingfraude is opgenomen in het Bulgaarse recht, in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.

149. Dienaangaande wijs ik erop dat volgens de rechtspraak van het Hof de bevoegde nationale autoriteiten bij het onderzoek of met een transactie fraude en misbruik wordt nagestreefd, niet ermee kunnen volstaan vooraf vastgestelde algemene criteria toe te passen, maar in elk concreet geval de betreffende transactie in haar geheel moeten onderzoeken. [73]

150. In die context heeft het Hof geoordeeld dat een nationale wettelijke regeling die zich voor de vraag of een transactie een volkomen kunstmatige constructie is die alleen voor belastingdoeleinden is opgezet, baseert op een onderzoek van objectieve en verifieerbare elementen, niet verder gaat dan hetgeen nodig is om misbruik te voorkomen, wanneer in de eerste plaats de belastingplichtige in elk geval waarin het bestaan van een dergelijke constructie

[71] Zie arrest van 18 juli 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punt 62).

[72] Zie arresten van 18 juli 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punten 58, 59 en 63), en 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punten 66 en 67).

[73] Zie arrest van 20 december 2017, Deister Holding en Juhler Holding (C-504/16 en C-613/16, EU:C:2017:1009, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

niet kan worden uitgesloten, in staat wordt gesteld om zonder buitensporige administratieve moeite bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen waarom hij een dergelijke transactie heeft kunnen sluiten. [74]

151. Wil een dergelijke wettelijke regeling in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel blijven, dan is het in de tweede plaats van belang dat, wanneer onderzoek van dat bewijs tot de conclusie leidt dat de betrokken transactie een louter kunstmatige constructie is waaraan geen echte commerciële redenen ten grondslag liggen, slechts dat deel van de betaalde rente als winstuitkering wordt geherkwalificeerd dat boven het bedrag ligt dat bij gebreke van een bijzondere relatie tussen de partijen of tussen de partijen en een derde zou zijn overeengekomen. [75]

152. In dat verband dient erop te worden gewezen dat de omstandigheid dat een ingezeten onderneming van een niet-ingezeten onderneming een lening heeft gekregen onder voorwaarden die niet overeenstemmen met hetgeen de betrokken ondernemingen onder normale omstandigheden zouden zijn overeengekomen, voor de lidstaat van vestiging van de kredietnemer een objectief en door derden verifieerbaar element vormt om te bepalen of de betrokken transactie geheel of ten dele een louter kunstmatige constructie vormt, die voornamelijk is bedoeld om aan de belastingwetgeving van die lidstaat te ontsnappen. [76]

153. Voorts wijs ik erop dat artikel 16 ZKPO klaarblijkelijk ook voldoet aan het in de rechtspraak van het Hof vermelde tweede criterium, in die zin dat de in die bepaling opgenomen corrigerende belastingmaatregel ertoe strekt, door de toe te passen rentevoet aan te passen en ervoor te zorgen dat de rentevoet voor de berekening van de niet-betaalde rente overeenkomt met de marktrentevoet, te waarborgen dat leningen tussen verbonden ondernemingen worden aangegaan onder „zakelijke” omstandigheden.

154. Wat ten slotte de praktijk van de Bulgaarse belastingdienst betreft, wijs ik erop dat verzoeksters standpunt volgens hetwelk die belasting „op grond van een onweerlegbaar vermoeden van belastingontwijking” is verschuldigd zonder dat de partijen die de verrichting aangaan economische redenen ter rechtvaardiging ervan kunnen inroepen, niet wordt bevestigd door artikel 16 ZKPO, die elk naheffingsaanslag afhankelijk stelt van een globale beoordeling van de bewijselementen die door de belastingplichtige worden verstrekt en door de belastingdienst worden verzameld.

155. Onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter met betrekking tot de voorgaande punten te verrichten verificaties, ben ik daarom van mening dat de in artikel 16 ZKPO opgenomen naheffingsprocedure voldoet aan de door de rechtspraak van het Hof vastgestelde evenredigheidsvoorwaarden en niet verder gaat dan noodzakelijk is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken.

156. Gelet op het voorgaande geef ik in overweging om op de vierde vraag te antwoorden dat artikel 49 en artikel 63, leden 1 en 2, VWEU aldus dienen te worden uitgelegd dat zij in beginsel niet in de weg staan aan een nationale regeling volgens welke uit hoofde van het „zakelijkheidsbeginsel” en met het oog op de bestrijding van belastingontwijking, een bronbelasting wordt geheven over de fictieve rente die onder marktomstandigheden door een ingezeten dochteronderneming zou moeten worden betaald aan haar niet-ingezeten

[74] Zie arrest van 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punt 82), en beschikking van 23 april 2008, Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation (C-201/05, EU:C:2008:239, punt 84).

[75] Zie arrest van 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punt 83).

[76] Zie arrest van 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punt 81).

moedermaatschappij die haar een renteloze lening heeft toegekend, op voorwaarde dat de in die regeling opgenomen naheffingsaanslag berust op een individuele beoordeling van de betrokken transactie en de belastingplichtige de mogelijkheid krijgt om te bewijzen dat hij de betrokken transactie heeft kunnen sluiten uit economische overwegingen.

F. Vijfde prejudiciële vraag

157. Met de vijfde vraag wordt beoogd vast te stellen of artikel 3, onder h) tot en met j), artikel 5, lid 1, onder a) en b), artikel 7, lid 1, en artikel 8 van richtlijn 2008/7 in de weg staan aan een nationale regeling zoals die vervat in artikel 16, lid 1, lid 2, punt 3, en artikel 195, lid 1, ZKPO, die ziet op het heffen van bronbelasting over fictieve rente-inkomsten uit de litigieuze lening.

158. Wat om te beginnen richtlijn 2008/7 betreft, herinner ik eraan dat die richtlijn de gevallen waarin lidstaten indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal kunnen heffen, volledig heeft geharmoniseerd[77], teneinde in het belang van de interne markt factoren die de mededingingsvoorwaarden kunnen verstoren of het vrije kapitaalverkeer hinderen zoveel mogelijk weg te nemen[78].

159. Artikel 5, lid 1, onder a), van die richtlijn verbiedt lidstaten in dat verband bij kapitaalvennootschappen enige „indirecte belasting", in welke vorm ook, te heffen ter zake van de „inbreng van kapitaal".

160. Voor het antwoord op de voorgelegde vraag dient eerst te worden vastgesteld of een renteloze lening als degene die in het onderhavige geval is toegekend door de enige aandeelhouder van de ontvangende onderneming, een „inbreng van kapitaal" vormt in de zin van artikel 3, onder h), van richtlijn 2008/7.

161. Het antwoord op die vraag kan zowel worden afgeleid uit de inhoud van voornoemde bepaling als uit de rechtspraak van het Hof.

162. Aldus wordt in artikel 3, onder h), van richtlijn 2008/7 een „inbreng van kapitaal" omschreven als „een vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen van een kapitaalvennootschap door prestaties van een vennoot, die geen vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal met zich brengt, maar […] de waarde van de aandelen kan verhogen".

163. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt eveneens dat de „vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen" in beginsel elke vorm van vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen van een kapitaalvennootschap omvat.[79] Zo heeft het Hof erop gewezen dat de verstrekking van een renteloze lening een „inbreng van kapitaal" kan vormen.[80]

164. Ten slotte vormen de kenmerken van de litigieuze lening, en met name de converteerbaarheid en de lange looptijd ervan, mijns inziens extra aanwijzingen voor het feit dat die lening als een „inbreng van kapitaal" kan worden beschouwd.

[77] Zie arrest van 19 oktober 2017, Air Berlin (C-573/16, EU:C:2017:772, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[78] Zie arrest van 22 april 2015, Drukarnia Multipress (C-357/13, EU:C:2015:253, punt 31).

[79] Zie arrest van 12 januari 2006, Senior Engineering Investments (C-494/03, EU:C:2006:17, punt 34).

[80] Zie arrest van 17 september 2002, Norddeutsche Gesellschaft zur Beratung und Durchführung von Entsorgungsaufgaben bei Kernkraftwerken (C-392/00, EU:C:2002:500, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

165. Wat het tweede onderdeel van de vraag betreft, met name of de uit hoofde van de artikelen 16 en 195 ZKPO geheven belasting valt binnen de werkingssfeer van richtlijn 2008/7 en meer bepaald artikel 5, lid 1, onder a), dient erop te worden gewezen dat de lidstaten op grond van die bepaling bij kapitaalvennootschappen geen enkele indirecte belasting, in welke vorm ook, mogen heffen ter zake van de inbreng van kapitaal.

166. De lidstaten hoeven op grond van richtlijn 2008/7 evenwel niet af te zien van elke vorm van directe belastingheffing ter zake van de inbreng van kapitaal.

167. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, heeft die richtlijn geen betrekking op directe belastingen, die, zoals de vennootschapsbelasting, in overeenstemming met het Unierecht in beginsel onder de bevoegdheid vallen van de lidstaten. [81]

168. Het lijdt geen enkele twijfel dat de bronbelasting die in het hoofdgeding aan de orde is, een directe inkomstenbelasting is en een uiting vormt van de vennootschapsbelasting.

169. Gelet op het voorgaande geef ik in overweging om op de vijfde prejudiciële vraag te antwoorden dat richtlijn 2008/7 aldus dient te worden uitgelegd dat zij niet in de weg staat aan een bronbelasting als die welke in de onderhavige zaak aan de orde is.

G. Zesde prejudiciële vraag

170. Met zijn zesde en laatste vraag laat de verwijzende rechter weten dat artikel 200, lid 2, en artikel 200a, lid 1, en lid 5, punt 4, ZKPO, in de versies die van toepassing waren op 1 januari 2011, het tarief van de bronbelasting hadden vastgesteld op 10 %, terwijl het in het kader van de toegestane overgangsperiode toepasselijke maximumtarief 5 % bedroeg. De verwijzende rechter wenst te vernemen of een dergelijk verschil in strijd is met tegen het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel.

171. Uit de analyse van de tweede vraag, die in de punten 54 tot en met 63 van de onderhavige conclusie is uiteengezet, blijkt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde renteloze lening onder meer onder de uitzondering valt van artikel 4, lid 1, onder d), van richtlijn 2003/49 en dat die richtlijn niet op de feiten van de onderhavige zaak kan worden toegepast.

172. Gelet op het voorgaande is de zesde vraag in het kader van het aanhangige geding mijns inziens zonder voorwerp.

V. Conclusie

173. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging om op de prejudiciële vragen van de Varhoven administrativen sad als volgt te antwoorden:

„1) Artikel 5, lid 4, en artikel 12, onder b), VEU en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dienen aldus te worden uitgelegd dat zij niet van toepassing zijn op de uitlegging van artikel 16, lid 2, punt 3, van de zakon za korporativnoto podohodno oblagane (wet op de vennootschapsbelasting), aangezien laatstgenoemde bepaling geen uitvoering van het Unierecht vormt.

[81] Zie arrest van 18 januari 2001, P. P. Handelsgesellschaft (C-113/99, EU:C:2001:32, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

2) Artikel 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 dient aldus te worden uitgelegd dat het niet vereist dat uitkeringen van interest als bedoeld in artikel 4, lid 1, onder d), van die richtlijn worden aangemerkt als winstuitkeringen waarop artikel 5 van richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten van toepassing is.

3) Richtlijn 2011/96 dient aldus te worden uitgelegd dat zij niet van toepassing is op een bronbelasting die wordt geheven over fictieve rente-inkomsten uit een renteloze lening die door de moedermaatschappij aan haar dochteronderneming is toegekend.

4) Artikel 49 en artikel 63, leden 1 en 2, VWEU dienen aldus te worden uitgelegd dat zij in beginsel niet in de weg staan aan een nationale regeling volgens welke uit hoofde van het ‚zakelijkheidsbeginsel' en met het oog op de bestrijding van belastingontwijking, een bronbelasting wordt geheven over fictieve rente die onder marktomstandigheden door een ingezeten dochteronderneming zou moeten worden betaald aan haar niet-ingezeten moedermaatschappij die haar een renteloze lening heeft toegekend, op voorwaarde dat de in die regeling opgenomen naheffingsaanslag berust op een individuele beoordeling van de betrokken transactie en de belastingplichtige de mogelijkheid krijgt om te bewijzen dat hij de betrokken transactie heeft kunnen sluiten uit economische overwegingen.

5) Richtlijn 2008/7/EG van de Raad van 12 februari 2008 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal dient aldus te worden uitgelegd dat zij niet in de weg staat aan een bronbelasting als die welke in de onderhavige zaak aan de orde is.”