



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Bestrijding van misbruik door doorstromers

*Het Unierechtelijke misbruikleerstuk en zijn invloed op belastingverdragen*

Marres, O.C.R.; de Groot, I.M.

#### Publication date

2020

#### Document Version

Final published version

#### Published in

Weekblad voor Fiscaal Recht

#### License

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication](#)

#### Citation for published version (APA):

Marres, O. C. R., & de Groot, I. M. (2020). Bestrijding van misbruik door doorstromers: Het Unierechtelijke misbruikleerstuk en zijn invloed op belastingverdragen. *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 149(7358), 1423-1437. [209].

<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D4601C&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

#### General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

#### Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

WFR 2020/209

# Bestrijding van misbruik door doorstromers

HET UNIERECHTELIJKE MISBRUIKLEERSTUK EN ZIJN INVLOED OP BELASTINGVERDRAGEN

PROF. MR. O.C.R. MARRES EN MR. I.M. DE GROOT<sup>1</sup>

## 1 Treaty shopping en directive shopping

Treaty shopping is een bekend fenomeen sinds in ieder geval de jaren '70 van de vorige eeuw.<sup>2</sup> Directive shopping is – sinds de introductie van de richtlijnen op het vlak van de directe belastingen – al even bekend. Wanneer bronheffingen niet volledig verrekenbaar zijn in het woonland van de investeerder, en er jurisdicties zijn waarvan inwoners recht hebben op een (verdere) vermindering van bronheffing dan het woonland van de investeerder, dan wordt het aantrekkelijk om de investering via zo'n andere jurisdictie te leiden. Dat is dan ook op een enorme schaal gebeurd. In het verleden is getracht om het fenomeen van treaty shopping te bestrijden door introductie van de eis van beneficial ownership in het OESO-model van 1977. Dat heeft treaty shopping echter nauwelijks kunnen keren. Inmiddels is het internationale fiscale stelsel binnen een aantal jaren verrijkt met het multilaterale instrument (MLI) en de 2017 update van het OESO-modelverdrag, met zijn principal purpose test (PPT) en nieuwe preambule, de verplichte antimisbruikbepaling in de EU-Moeder-dochterrichtlijn,<sup>3</sup> en de baanbrekende arresten van het HvJ EU in de 'Deense zaken' over het Unierechtelijke antimisbruik-

beginsel.<sup>4</sup> In dit artikel gaan wij vooral in op de gevolgen van de Europeesrechtelijke ontwikkelingen voor doorstroomvennootschappen, mede voor de toepassing van belastingverdragen.

## 2 Misbruikbestrijding: van optie tot plicht

### 2.1 Weigeren van voordelen aan doorstromers onder Unierecht

In de context van doorstroomvennootschappen zijn met name de Moeder-dochterrichtlijn, de Interest- en royaltyrichtlijn<sup>5</sup> en de vrijheid van vestiging<sup>6</sup> en van kapitaalverkeer<sup>7</sup> van belang. De genoemde richtlijnen bevatten bepalingen die de bestrijding van misbruik mogelijk maken of voorschrijven. Indien doorstroomvennootschappen een beroep doen op de verkeersvrijheden dan is er de mogelijkheid om een eventuele belemmering van die vrijheden te rechtvaardigen met een beroep op de noodzaak om misbruik c.q. belastingontwijking te bestrijden. Uiteindelijk zijn het allemaal verschijningsvormen c.q. uitdrukkingen van hetzelfde Unierechtelijke beginsel.

<sup>1</sup> Beide auteurs zijn verbonden aan Meijburg & Co. Eerstgenoemde auteur is tevens verbonden aan de Universiteit van Amsterdam, Amsterdam Centre for Tax Law (ACTL).

<sup>2</sup> Zie par. 8 en 9 van het OESO-commentaar uit 1977 op art. 1. S. van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties*, *Kluwer Law International* 1998, p. 3 en 205, noemt als vroeg voorbeeld van bestrijding van dit fenomeen een (Zwitsers) Bundesratbeschluss uit 1962.

<sup>3</sup> Art. 1 lid 2 en 3 van Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedervenootschappen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten zoals gewijzigd door Richtlijn 2015/121 van de Raad van 27 januari 2015.

<sup>4</sup> HvJ EU 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*N Luxembourg 1*, *X Denmark*, *C Danmark 1* en *Z Denmark*) en HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16 en C-117/17, (*T Danmark* en *Y Denmark*). Deze zaken noemen wij hierna ook wel, respectievelijk, het Interest- en royaltyrichtlijn-arrest en het Moeder-dochterrichtlijn-arrest.

<sup>5</sup> 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 (2003/49/EC).

<sup>6</sup> Art. 49 jo. 54 VWEU.

<sup>7</sup> Art. 63 VWEU.

## 2.2 Unierechtelijk antimisbruikbeginsel

Sinds de 'Deense zaken' is het duidelijk dat niet alleen uit het secundaire Unierecht maar ook uit het primaire Unierecht de verplichting voor staten voortvloeit om misbruik van het Unierecht te bestrijden. Hoewel deze oordelen (grotendeels) in overeenstemming zijn met eerdere btw-jurisprudentie, waren de arresten van 26 februari 2019 toch verrassend. De jurisprudentie in de sfeer van de directe belastingen wekte namelijk de indruk dat er een nationaalrechtelijke grondslag nodig was om misbruik te kunnen bestrijden. In het arrest Kofoed,<sup>8</sup> oordeelde het HvJ EU namelijk – kort gezegd – dat de Deense rechter moest onderzoeken of er een Deense bepaling of beginsel was dat kon worden uitgelegd conform de antimisbruikbepaling in de Fusierichtlijn. In de Deense zaken betoogden verweersters dan ook dat Denemarken ingevolge art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn (oud) en art. 5 Interest- en royaltyrichtlijn de richtlijnvoordelen slechts mocht weigeren wanneer in de nationale wetgeving een afzonderlijke en specifieke rechtsgrondslag daarvoor bestond. Het HvJ EU aanvaardde die redenering niet. Het acht daarvoor kennelijk redengevend dat de weigering van de vrijstelling niet de omgekeerde directe werking van de Moeder-dochterrichtlijn of de Interest- en royaltyrichtlijn inhield (hetgeen op grond van het rechtszekerheidsbeginsel is verboden), maar slechts de consequentie was van het beginsel dat in geval van fraude of misbruik geen aanspraak kan worden gemaakt op een recht dat wordt verleend door het EU-recht.<sup>9</sup> De redenering van het HvJ EU lijkt te zijn dat de voorwaarden om aanspraak te maken op het desbetreffende recht in geval van fraude of misbruik in werkelijkheid niet zijn vervuld.<sup>10</sup>

In het arrest Cussens<sup>11</sup> heeft het HvJ EU al gewezen op het **wezenlijke onderscheid** tussen enerzijds de voorwaarden voor toepassing van het beginsel van het verbod van misbruik (zoals toegepast in Cussens), en anderzijds de voorwaarden van een specifieke bepaling in een richtlijn op grond waarvan de lidstaten de in die richtlijn voorziene vrijstelling in misbruiksituaties mogen weigeren (zoals in Kofoed). Wanneer specifieke antimisbruikbepalingen in richtlijnen niet zijn omgezet in nationaal recht (en het nationaal recht ook niet richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd), kunnen deze richtlijnbevestigingen dus niet aan belastingplichtigen worden tegengeworpen. Het Unierechtelijke anti-

misbruikbeginsel kan wel worden tegengeworpen aan burgers c.q. belastingplichtigen. Het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel en het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel doen daar volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EU niet aan af. Een belastingplichtige die de voorwaarden voor verkrijging van een recht heeft geschapen door middel van misbruik of fraude, kan zich namelijk niet op goede gronden op die beginselen beroepen om zich te verzetten tegen de weigering van toekenning van het betrokken recht.<sup>12</sup>

In de arresten van 26 februari 2019 brengt het HvJ EU, in navolging op eerdere jurisprudentie in de btw,<sup>13</sup> expliciet tot uitdrukking dat het algemene Unierechtelijke rechtsbeginsel van verbod van misbruik direct aan belastingplichtigen kan worden tegengeworpen, zelfs indien de nationale wet (of een belastingverdrag) niet voorziet in een antimisbruikbepaling. Dat de inkomstenbelasting minder geharmoniseerd is doet daar niet aan af.<sup>14</sup> Dit antimisbruikbeginsel heeft volgens het HvJ EU een grondwettelijk karakter en de status van primair EU-recht.<sup>15</sup> Interessant is dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties die uit de Moeder-dochterrichtlijn en Interest- en royaltyrichtlijn voortvloeiende voordelen ingeval van misbruik niet alleen mogen, maar zelfs moeten weigeren op grond van het algemene Unierechtelijke rechtsbeginsel.<sup>16</sup> Omdat een arrest van het HvJ EU (in beginsel) geen beperking in de tijd heeft zodat het genoemde beginsel geacht wordt altijd al te hebben bestaan,<sup>17</sup> bestond deze verplichting dus ook al voordat de Moeder-dochterrichtlijn een verplichting tot misbruikbestrijding kende (zoals de verplichting dus ook bestaat niettegenstaande de afwezigheid van zo'n verplichting in de Interest- en royaltyrichtlijn). Tegelijkertijd ligt de bewijslast bij misbruikbestrijding in beginsel bij de belastingautoriteiten:<sup>18</sup> zij hebben de plicht om misbruik te bestrijden, maar mogen dat pas doen nadat zij bewezen hebben dat er sprake is van misbruik.

<sup>12</sup> Cussens, r.o. 43.

<sup>13</sup> Italmoda, r.o. 49 e.v. en Cussens, r.o. 33 en 34.

<sup>14</sup> R.o. 80 van het Moeder-dochterrichtlijn-arrest en r.o. 108 van het Interest- en royaltyrichtlijn-arrest.

<sup>15</sup> Zie HvJ EU 15 oktober 2009, C-101/08 (Audiolux), r.o. 63 en R. Szudockzy, *The Sources of EU Law and Their Relationships: Lessons for the Field of Taxation*, IBFD 2014, m.n. p. 55-74.

<sup>16</sup> M.n. r.o. 83, 92 en 95 van het Moeder-dochterrichtlijn-arrest en r.o. 111, 120 en 122 van het Interest- en royaltyrichtlijn-arrest.

<sup>17</sup> Vgl. Cussens, r.o. 41-43, waarin het HvJ EU uiteenzet dat het beginsel van het verbod van misbruik, zoals dit voortvloeit uit het arrest Halifax, ook moet worden toegepast op transacties die hebben plaatsgevonden voordat dat arrest werd gewezen.

<sup>18</sup> R.o. 117, 118 en 120 in het Moeder-dochterrichtlijn-arrest en r.o. 142, 143 en 145 in het Interest- en royaltyrichtlijn-arrest.

<sup>8</sup> C-321/05, EU:C:2007:408, r.o. 46.

<sup>9</sup> Zie met name r.o. 91 van het Moeder-dochterrichtlijn-arrest en r.o. 119 van het Interest- en royaltyrichtlijn-arrest.

<sup>10</sup> Vgl. HvJ EU 22 november 2017, C-251/16 (Cussens), r.o. 32 en HvJ EU 18 december 2014, C-131/13, C-163/13 en C-164/13 (Italmoda), r.o. 57.

<sup>11</sup> T.a.p. r.o. 38.

### 2.3 Antimisbruikbepalingen in richtlijnen

In de EU-richtlijnen op het vlak van de directe belastingen werd altijd al de mogelijkheid opengehouden om misbruik te bestrijden. Art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn (oud) en art. 5 van de Interest- en royaltyrichtlijn staan toe dat lidstaten misbruik bestrijden. Art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn (oud) hield in dat de Moeder-dochterrichtlijn geen beletsel vormde voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter voorkoming van fraude en misbruiken. Art. 5 lid 1 Interest- en royaltyrichtlijn houdt hetzelfde in. Daarnaast bepaalt art. 5 lid 2 Interest- en royaltyrichtlijn dat een lidstaat de richtlijnvoordelen kan weigeren ingeval van transacties met belastingfraude, belastingontwijking of misbruik als voornaamste of een van de voornaamste beweegredenen.

Met ingang van 1 januari 2016 bevat art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn een algemene antimisbruikbepaling (de 'GAAR') op grond waarvan lidstaten de voordelen van de Moeder-dochterrichtlijn ingeval van misbruik moeten weigeren. Anders dan de Moeder-dochterrichtlijn bevat de Interest- en royaltyrichtlijn geen verplichting voor lidstaten om misbruik te bestrijden. Het richtlijnvoorstel tot wijziging van de Interest- en royaltyrichtlijn van 2011 bevatte evenmin zo'n verplichting.<sup>19</sup> In een latere compromistekst is wel een GAAR opgenomen vergelijkbaar met die in de Moeder-dochterrichtlijn,<sup>20</sup> maar het voorstel is uiteindelijk niet aangenomen.<sup>21</sup>

Vanwege de erkenning van het Unierechtelijke antimisbruikbeginsel op het terrein van de directe belastingen, en vanwege de convergentie van de Unierechtelijke misbruikbegrippen (zie onderdeel 2.4), zijn de genoemde misbruikbepalingen minder relevant. Dat is mogelijk anders voor art. 6 van de belastingontwijkingsrichtlijn (ATAD),<sup>22</sup> omdat die bepaling ook dwingt tot misbruikbe-

strijding in gevallen die overigens niet door het Unierecht worden bestreken. In afwijking van het originele commissievoorstel is de werking van art. 6 ATAD beperkt tot de vennootschapsbelasting. Tussentijds is in een compromistekst nog voorgesteld om de werking uit te breiden tot 'withholding taxes on payments from taxpayers to entities in third countries'.<sup>23</sup> Na het schrappen van deze toevoeging is aan de preambule toegevoegd 'where withholding taxes are part of the corporate taxation system of a Member State or involving a taxpayer subject to corporate taxation, the GAAR should also cover such taxes'. Ook deze toevoeging is echter weer verwijderd omdat deze meer verwarring dan helderheid zou scheppen.<sup>24</sup> Wanneer, zoals in Nederland, de dividendbelasting als voorheffing van de vennootschapsbelasting fungeert, zou desalniettemin kunnen worden betoogd dat art. 6 ATAD ook relevant is voor de heffing van de dividendbelasting.<sup>25</sup> Wat ons betreft is er onvoldoende aanleiding in de ATAD te vinden om over te gaan tot deze ruime interpretatie na het schrappen van de genoemde onderdelen. Zonder toevoeging hiervan zou de werking volgens het presidentschap juist beperkt zijn tot de vennootschapsbelasting.<sup>26</sup> Daarnaast is de opvatting dat de dividendbelasting 'part of the corporate tax system' is vooral sterk voor zover inderdaad sprake is van een voorheffing, en minder sterk voor zover deze wordt geheven van lichamen die niet aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen. In dat eerste geval kan de toepassing van de GAAR in de vennootschapsbelasting misbruik echter al effectief bestrijden.

De besproken richtlijnbevestigingen kunnen uit zichzelf – dus zonder omzettingbepaling – i.v.m. het rechtsze-

19 COM(2011) 714 definitief.

20 Zie art. 4 in de compromistekst van 9 juni 2015, 9674/15, FISC 68, 2011/0314 (CNS).

21 Sommige lidstaten stelden voorts voor om uitkeringen van rente en royalty's te belasten indien deze in de ontvangstaarief niet tegen een minimum effectief belastingtarief worden belast, waarbij in het kader van een compromistekst een minimumtarief van 10% is opgenomen. Hierover kon echter geen unanieme overeenstemming worden bereikt tussen de lidstaten zodat de compromistekst van tafel is gegaan. Zie de Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 2 november 2016, Betreft: Beantwoording van vragen van het lid Merckies (SP) over het bericht 'Nederland notoire dwarsligger in aanpak van belastingontwijking' (ingezonden 19 september 2016), kenmerk 2016-0000163149, p. 2.

22 Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

23 Room document # 4, High Level Working Party on Tax Questions, ATAD, 10 mei 2016, waarin de EU presidency opmerkt: 'Withholding taxes have been included in the scope of the GAAR, whilst taking into account the scope limitation of Article 1 (reference to 'taxpayers'); the scope of this extension has been limited to situations involving entities in third countries in order not to overlap with the PSD anti-abuse clause (and possible equivalent clauses in other directives in the future)'.

24 Zie Room document # 2 – REV1, Fiscal Attaches, ATAD, 13 mei 2016, p. 6.

25 Vgl. D.M. Weber, 'Enkele EU-aspecten van de antimisbruikbepaling van de inhoudingsvrijstelling dividendbelasting', WFR 2018/75, paragraaf 3; zie ook D.M. Weber, 'De algemene anti-misbruikregel in de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn', FED 2016/110, paragraaf 3.3.

26 6th Presidency compromise, ROOM DOCUMENT # 1 Working Party on Tax Questions – Direct Taxation Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), 4 mei 2016, p. 19, waarin wordt opgemerkt: 'as currently drafted, the GAAR does not apply to withholding taxes since the text refers to the calculation of corporate tax liability'.

kerheidsbeginsel geen verplichting aan belastingplichtigen opleggen.<sup>27</sup> Richtlijnbepalingen leggen immers alleen lidstaten op een bepaald resultaat te bereiken (art. 288 VWEU). Wel moet de nationale rechter nationale bepalingen, inclusief een algemeen beginsel, zo veel mogelijk richtlijnconform uitleggen, en zo'n richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht kan ook aan belastingplichtigen worden tegengeworpen.<sup>28</sup> Dit geldt ongeacht of deze bepalingen of beginselen zijn ingevoerd met het oog op de omzetting van een richtlijn en ongeacht of zij dateren van voor of na de inwerking-treding van de relevante richtlijnbeeping. Deze richtlijnconforme uitleg is gestoeld op het loyaliteitsbeginsel (art. 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie; VEU) op grond waarvan nationale overheden (en dus ook de rechter als onderdeel daarvan) alle maatregelen moeten nemen om de nakoming van de uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Deze interpretatie mag echter niet tot een contra-legemuitleg leiden.<sup>29</sup>

#### 2.4 Convergentie tot één antimisbruikbeginsel

Volgens het HvJ EU wordt in het oude art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn (nu: art. 1 lid 4) uitdrukking gegeven aan het algemene Unierechtelijke antimisbruikbeginsel.<sup>30</sup> Ten aanzien van art. 15 Fusierichtlijn kwam het HvJ EU tot dezelfde conclusie hoewel de tekst van dit artikel afwijkt van die van art. 1 lid 2 (oud) Moeder-dochterrichtlijn.<sup>31</sup> Dat zal niet anders zijn met betrekking tot de andere besproken richtlijnbepalingen. De nieuwe leden van art. 1 Moeder-dochterrichtlijn (lid 2 en 3) komen tekstueel in grote mate overeen met de bewoordingen van het HvJ EU in de arresten van 26 februari 2019 inzake het Unierechtelijke antimisbruikbeginsel. Met betrekking tot art. 6 ATAD kan voorts worden geconcludeerd dat de Uniewetgever uitdrukkelijk heeft bedoeld om art. 6 ATAD aan te laten sluiten bij art. 1 lid 2 (en 3) Moeder-dochterrichtlijn.<sup>32</sup> Bovendien heeft de doelstelling van misbruikbestrijding volgens het HvJ EU dezelfde draagwijdte onder deze Moeder-

dochterrichtlijn-bepalingen als wanneer deze wordt ingeroepen ter rechtvaardiging voor een belemmering van het primaire EU-recht.<sup>33</sup> Voorts kan volgens het HvJ EU geen beroep worden gedaan op de vrijheid van vestiging en die van kapitaalverkeer indien sprake is van misbruik in de zin van art. 1 lid 2 (oud) Moeder-dochterrichtlijn of art. 5 Interest- en royaltyrichtlijn c.q. het Unierechtelijke antimisbruikbeginsel.<sup>34</sup> Het HvJ EU legt antimisbruikbepalingen in richtlijnen dus uit conform zijn in het kader van primaire EU-recht geldende antimisbruikleer – zelfs als dit niet direct uit de tekst van deze bepalingen volgt.<sup>35</sup> Art. 1 lid 2 (nieuw) Moeder-dochterrichtlijn sluit tekstueel juist beter aan bij de formulering van het HvJ EU dan de tekst van art. 1 lid 2 (oud) Moeder-dochterrichtlijn en art. 15 Fusierichtlijn en het is ook de bedoeling dat deze bepaling binnen de door het HvJ EU vastgestelde grenzen blijft.<sup>36</sup> Wij gaan er dan ook vanuit dat het misbruikbegrip van deze bepaling hetzelfde is als in de context van het Unierechtelijke antimisbruikbeginsel c.q. onder de verdragsvrijheden. Kortom, er is sprake van een convergentie tot één Unierechtelijk antimisbruikbeginsel. Het is voorts niet van belang of het nationale recht een antimisbruikbeginsel kent: ook bij afwezigheid daarvan geldt de plicht om misbruik te bestrijden indien sprake is van misbruik in Unierechtelijke zin. Daartegenover staat bij afwezigheid van misbruik de Unierechtelijke voordelen moeten worden toegekend, ongeacht nationaalrechtelijke antimisbruikbepalingen of leerstukken (zie onder andere Deister & Juhler<sup>37</sup>). Er lijkt geen sprake van enige nationaalrechtelijke bevoegdheid om hiervan af te wijken.

#### 2.5 Uiteindelijk gerechtigde-toets in Interest- en royaltyrichtlijn (en Moeder-dochterrichtlijn?)

##### 2.5.1 De uiteindelijk gerechtigde-toets in de Interest- en royaltyrichtlijn

Op grond van art. 1 lid 1 Interest- en royaltyrichtlijn zijn lidstaten alleen verplicht om de inhoudingsvrijstelling voor rente en royalty's toe te passen indien de uiteindelijk gerechtigde een in een andere lidstaat gevestigde onderneming (of in een andere lidstaat gelegen

<sup>27</sup> Zie bijv. HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05 (Kofoed), r.o. 42.

<sup>28</sup> Zie onder meer HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (Marleasing SA) en Kofoed, t.a.p., r.o. 45.

<sup>29</sup> Zie o.a. HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04 (Adeneler), r.o. 110.

<sup>30</sup> HvJ EU 26 oktober 2017 C-39/16 (Argenta Spaarbank II), r.o. 60 en HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (Egiom), r.o. 26. Zie ook P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, Terra/Wattel, European Tax Law, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 15.2.

<sup>31</sup> HvJ EU 10 november 2011, C-126/10 (Foggia). Destijds was dit art. 11 lid 1 onderdeel a Fusierichtlijn.

<sup>32</sup> ROOM DOCUMENT # 1 Working Party on Tax Questions – Direct Taxation Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) 15 April 2016, p. 20.

<sup>33</sup> Egiom, r.o. 64 en HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16 (Deister Holding en Juhler Holding), r.o. 97 t.a.v. de Moeder-dochterrichtlijn en HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (Euro park service), r.o. 69 t.a.v. de Fusierichtlijn.

<sup>34</sup> Moeder-dochterrichtlijn-arrest, r.o. 121-123; Interest- en royaltyrichtlijn-arrest, r.o. 155.

<sup>35</sup> Vgl. P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, European Tax Law, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 267, p. 274 en 657 e.v.

<sup>36</sup> Zie het EC voorstel van 25 november 2013, COM(2013) 814 final, 16918/13, 2013/0400 (CNS), p. 3 en 6-7.

<sup>37</sup> HvJ EU 20 december 2017, C-504/16.

vaste inrichting daarvan) is. Volgens art. 1 lid 4 Interest- en royaltyrichtlijn wordt een onderneming van een lidstaat alleen als uiteindelijk gerechtigde behandeld indien deze de uitkeringen te eigen gunste ontvangt en niet als bemiddelende instantie, bijvoorbeeld als tussenpersoon, trustee of gemachtigde van een derde.<sup>38</sup>

In het arrest over de Interest- en royaltyrichtlijn van 26 februari 2019 ('Interest- en royaltyrichtlijn-arrest') oordeelt het HvJ EU ten eerste dat het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' niet kan verwijzen naar uiteenlopende nationale definities (r.o. 84). Het is dus een autonoom begrip. Mede in het licht van doel en strekking van de Moeder-dochterrichtlijn (r.o. 85) en art. 1 lid 4 is de uiteindelijk gerechtigde de entiteit die *daadwerkelijk c.q. economisch* het genot heeft van de aan haar uitgekeerde interest (of royalty's; r.o. 88 en 89). De uiteindelijk gerechtigde moet derhalve vrij kunnen beslissen over het gebruik van de ontvangen interest of royalty's.

Voorts acht het HvJ EU het in het OESO-modelverdrag opgenomen begrip 'uiteindelijk gerechtigde' en de commentaren daarbij *relevant* – maar dus niet per se doorslaggevend – voor de uitleg van het gelijknamige begrip in de Interest- en royaltyrichtlijn (r.o. 90). Dit baseert het HvJ EU op het in 1998 ingediende voorstel voor de invoering van de Interest- en royaltyrichtlijn:<sup>39</sup> daaruit zou blijken dat de Interest- en royaltyrichtlijn voortbouwt op art. 11 OESO-modelverdrag en dat deze bepaling hetzelfde doel van het voorkomen van internationale dubbele belasting nastreeft. Volgens het HvJ EU volgt uit de evolutie van de OESO-commentaren dat het begrip niet in enge zin moet worden opgevat, maar zodanig dat dubbele belasting kan worden voorkomen en fraude en ontduiking kunnen worden tegengegaan (r.o. 92). Daarbij verwijst het HvJ EU alleen naar de commentaren tot en met de versie van 2003 (vermeld in r.o. 4 tot en met 6). Mogelijk achtte het HvJ EU een verwijzing naar het 2014-commentaar hier onnodig.<sup>40</sup> Ook mogelijk is dat de verwijzing ontbreekt omdat het HvJ EU een statische interpretatie van het OESO-commentaar voorstaat en het 2014-commentaar richtlijn-

posterieur is,<sup>41</sup> of omdat de onderhavige zaken zich vóór 2014 afspeelen.<sup>42</sup> Een andere verklaring zou kunnen zijn dat de interpretatie van het 'uiteindelijk gerechtigde' begrip door het HvJ EU niet volledig aansluit bij de interpretatie in het 2014-commentaar (dat een meer juridische benadering lijkt voor te staan<sup>43</sup>).<sup>44</sup>

Tot slot maakt het HvJ EU duidelijk dat de vrijstelling uit de Interest- en royaltyrichtlijn ook van toepassing is indien de directe ontvanger van de interest of royalty's niet de uiteindelijk gerechtigde is, maar de werkelijke uiteindelijk gerechtigde ook voldoet aan de voorwaarden uit de Interest- en royaltyrichtlijn (r.o. 94). Dat zou het geval kunnen zijn indien de werkelijke uiteindelijk gerechtigde een 'verbonden onderneming' is in de zin van art. 3 onderdeel b Interest- en royaltyrichtlijn. Indien de werkelijke uiteindelijk gerechtigde in een derde staat gevestigd is, lijkt deze recht te hebben op een vrijstelling of een verlaagd tarief van bronbelasting op grond van een met de bronstaat gesloten belastingverdrag, mits aan de overige (verdrags)voorwaarden is voldaan.<sup>45</sup> Althans dat geldt in ieder geval indien het een sinds 2014 gesloten OESO-conform verdrag betreft. Mogelijk zou dit kunnen leiden tot partiële toekenning van de inhoudingsvrijstelling als er verschillende uiteindelijk gerechtigden zijn waarvan een deel voldoet aan de voorwaarden.

### 2.5.2 Verhouding tot antimisbruikleerstuk

Het HvJ EU lijkt de eis van uiteindelijk gerechtigdheid niet (alleen) als een zelfstandige voorwaarde toe te passen, maar (ook) als onderdeel van de misbruiktoets. In het kader van misbruik hanteert het HvJ EU de term 'doorstroomvennootschap'. De vraag komt op hoe de termen 'uiteindelijk gerechtigde' (in art. 1 lid 1 Interest-

38 Wij laten de vaste-inrichting-problematiek waar 1 lid 5 Interest- en royaltyrichtlijn op ziet buiten beschouwing.

39 COM (1998) 67 def.

40 In r.o. 7 wordt gememoreerd dat de begrippen 'uiteindelijk gerechtigde' en 'doorstroomvennootschap' in 2014 zijn gepreciseerd, en dat in punt 10.3 van de 2014-versie van de commentaren wordt opgemerkt dat er veel manieren zijn om de problematiek van de doorstroomvennootschappen en treaty shopping aan te pakken, maar er wordt niet uitgeweid over de definitie van misbruik. Een verwijzing in r.o. 92 naar r.o. 7 zou zo beschouwd geen relevante toegevoegde waarde hebben.

41 Vgl. O.C.R. Marres, 'Panta rhei: de doorstroomarresten', *NTRF-B* 2019/13, par. 3.1.

42 Vgl. L. de Broe en S. Gommers, 'Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases: A New Chapter in the History of Tax Abuse', *EC Tax Review*, Vol. 28 (2019) Issue 6, par. 5.4.2.

43 Zie par. 10.2 van het Commentaar op art. 11: 'Where the recipient of the interest does have the right to use and enjoy the interest unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person, the recipient is the 'beneficial owner' of that interest.'

44 Vgl. CFE ECJ Task Force, 'Opinion Statement ECJ-TF 2/2019 on the ECJ Decisions of 26 February 2019 in *N Luxembourg et al.* (Joined Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16), and *T Danmark et al.* (Joined Cases C-116/16 and C-117/17), Concerning the 'Beneficial Ownership' Requirement and the Anti-Abuse Principle in the Company Tax Directives', *European Taxation*, Vol. 59 (2019), No. 10, par. 5.3.

45 Zie paragraaf 11 van het OESO-commentaar op art. 11.

en royaltyrichtlijn) en 'doorstroomvennootschap' zich tot elkaar verhouden. In r.o. 142 wordt vermeld dat de inspecteur misbruik aan de hand van alle relevante gegevens aannemelijk moet maken, *met name* dat de directe ontvanger niet de uiteindelijk gerechtigde is. In vervolg daarop overweegt het HvJ EU in r.o. 143 dat de belastingautoriteit aannemelijk moet maken dat de zogenaamde uiteindelijk gerechtigde slechts een doorstroomvennootschap is waarmee rechtsmisbruik is gepleegd. Het HvJ EU lijkt derhalve het niet zijn van de uiteindelijk gerechtigde relevant te achten in het kader van misbruik, maar niet op één lijn te stellen met het zijn van een doorstroomvennootschap. Ook andere relevante feiten en omstandigheden dan het zijn van de uiteindelijk gerechtigde lijken in het kader van misbruik relevant. De economische uitleg van het 'uiteindelijk gerechtigde begrip' lijkt in overeenstemming met de overwegingen van het HvJ EU in het kader van misbruik. Daaruit blijkt immers dat relevant is of de ontvanger 'vanuit economisch oogpunt vrij over de ontvangen dividenden kan beschikken' en of de ontvanger 'in wezen het recht heeft op het gebruik en genot van de dividenden, ongeacht het bestaan van een contractuele of wettelijke doorbetalingsverplichting' (r.o. 132).

De uiteindelijk gerechtigde eis is niet gebaseerd op het Unierechtelijke antimisbruikbeginsel, zodat de nationale of bilaterale wetgeving wel een uiteindelijk gerechtigde begrip moet bevatten dat richtlijnconform kan worden uitgelegd. Alleen dan kan deze eis direct aan belastingplichtigen worden tegengeworpen.

### 2.5.3 Is er een impliciete uiteindelijk gerechtigde-toets in de Moeder-dochterrichtlijn?

Anders dan de Interest- en royaltyrichtlijn bevat de Moeder-dochterrichtlijn niet de eis dat de moedervernootschap de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden is. Het is denkbaar – en logisch – dat het HvJ EU het al dan niet zijn van de uiteindelijk gerechtigde (slechts) beschouwt als een element van de antimisbruiktoets (zie bijvoorbeeld r.o. 117). Er zijn echter verschillende aanwijzingen die erop lijken te wijzen dat het HvJ EU – los van de antimisbruiktoets – van mening is dat een zelfstandige uiteindelijk gerechtigde-eis in de Moeder-dochterrichtlijn moet worden toegepast. Die aanwijzingen kunnen met name worden gevonden in de overwegingen 111 en 113.<sup>46</sup> Deze overwegingen zijn opgenomen bij de beantwoording van vragen van de verwijzende rechter die volgens het Hof van Justitie in wezen neerkomen op de vraag wat de bestanddelen van

rechtsmisbruik zijn (zie r.o. 96). In dit verband gaat het HvJ EU in op situaties waarin de uiteindelijk gerechtigde een vennootschap is die is gevestigd in een derde staat, en op basis van een belastingverdrag geen belasting zou worden geheven wanneer de dividenden rechtstreeks zouden zijn uitgekeerd (zie r.o. 107). In zo'n geval kan het volgens het HvJ EU niet worden uitgesloten dat sprake is van rechtsmisbruik (r.o. 108), maar kan evenmin worden uitgesloten dat de structuur niet is gericht op enig rechtsmisbruik (r.o. 110). Vervolgens wordt in r.o. 111 vastgesteld dat wanneer de uiteindelijk gerechtigde zijn woonplaats in een derde staat heeft, de weigering van de vrijstelling van art. 5 Moeder-dochterrichtlijn niet afhankelijk is van de vaststelling dat sprake is van fraude of misbruik. Met deze overweging wordt gesuggereerd dat wanneer de genietter van het dividend niet de uiteindelijk gerechtigde is, en (kennelijk daarom) niet aan de richtlijnvoorwaarden voldoet, de richtlijnvoordelen kunnen worden geweigerd, ook wanneer geen sprake is van misbruik.<sup>47</sup> Daarna wordt in r.o. 113 opgemerkt dat de mechanismen van de Moeder-dochterrichtlijn, en met name art. 5 ervan, niet van toepassing zijn wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden een vennootschap is die haar fiscale vestigingsplaats buiten de Unie heeft. Ook deze overweging lijkt te bevestigen dat uiteindelijk gerechtigdheid een voorwaarde voor toepassing van de richtlijn is.<sup>48</sup>

Het HvJ EU baseert zich hierbij met name op doel en strekking van de Moeder-dochterrichtlijn: het creëren van een level playing field tussen in één lidstaat en in meerdere lidstaten *kwalificerende* opererende concerns. Het HvJ EU lijkt, steunend op doel en strekking van de Moeder-dochterrichtlijn, een uiteindelijk gerechtigde voorwaarde 'in te lezen' in art. 1 Moeder-dochterrichtlijn. Dit is waarschijnlijk onder het motto dat er niet 'werkelijk' een winstuitkering tussen kwalificerende moeder- en dochtervennootschappen is. Dat zou betekenen dat er alleen een verplichting zou bestaan om de richtlijnvoordelen toe te kennen aan belastingplichtigen die tevens de uiteindelijk gerechtigde zijn.

De Broe en Gommers gaan ervan uit dat er geen impliciete voorwaarde van uiteindelijk gerechtigdheid bestaat, en verklaren de genoemde overweging 111 door

<sup>46</sup> Een andere aanwijzing kan worden gevonden in r.o. 120 (over de bewijslast), waarin wordt gesproken over de mogelijkheid om te kunnen weigeren een onderneming te erkennen als uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden of om aan te tonen dat sprake is van rechtsmisbruik.

<sup>47</sup> Vgl. CFE ECJ Task Force, *Opinion Statement Opinion Statement ECJ-TF 2/2019 on the CJEU decisions of 26 February 2019 in Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16, N Luxembourg I et al, and Cases C-116/16 and C-117/17, T Denmark et al, concerning the 'beneficial ownership' requirement and the anti-abuse principle in the company tax directives*, June 2019, p. 12 (par. 15) en 18 (par. 25).

<sup>48</sup> Vgl. Conseil d'État 5 juni 2020, ECLI:FR:CEC:HR:2020:423809.20200605, punt 5.

de formulering van de prejudiciële vragen van de verwijzende rechter.<sup>49</sup> Naar hun mening zou het HvJ EU alleen de vraag van de Deense rechter beantwoorden en zou deze laatste refereren aan de uiteindelijk gerechtigde-eis in het belastingverdrag. Wij kunnen deze redenering moeilijk volgen. In vraag 5 van de verwijzende rechter (die het HvJ EU beantwoordt in overweging 111) gebruikt deze rechter het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' niet. In zijn samenvatting van deze vraag in r.o. 107 hanteert het HvJ EU wel de term 'uiteindelijk gerechtigde' maar is het niet logisch dat hij hier op de uiteindelijk gerechtigde-eis in het belastingverdrag doelt. Aanemelijker lijkt het dat het HvJ EU op het EU-concept van dit begrip doelt.<sup>50</sup>

In onze opvatting leest het HvJ EU een voorwaarde van uiteindelijk gerechtigdheid in de Moeder-dochterrichtlijn in, zonder dat als een extra voorwaarde te stellen. Het stellen van een extra voorwaarde aan de toekenning van de voordelen van de Moeder-dochterrichtlijn is naar onze mening in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel<sup>51</sup> en niet in lijn met andere jurisprudentie

<sup>49</sup> Zie L. de Broe en S. Gommers, 'Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases: A New Chapter in the History of Tax Abuse', *EC Tax Review*, Vol. 28 (2019) Issue 6, par. 5.4.3.

<sup>50</sup> Vervolgens borduren De Broe en Gommers voort op deze aanname. Zij lijken hieruit af te leiden dat het HvJ EU in r.o. 111 en verder ingaat op de situatie waarin er direct door de vennootschap in de bronstaat aan de uiteindelijk gerechtigde in de derde staat zou zijn uitgekeerd. Dan doet het er logischerwijze niet toe of er misbruik is, omdat de Moeder-dochterrichtlijn niet van toepassing is. De vraag van de verwijzende rechter gaat echter over de situatie waarin een uitkering aan de doorstroomvennootschap plaatsvindt, indien er bij rechtstreekse uitkering aan de uiteindelijk gerechtigde in de derde staat geen heffing zou zijn op grond van het belastingverdrag. Een andere reden waarom hun redenering ons niet overtuigend voorkomt, is dat het HvJ EU in r.o. 138 van het arrest over de Interest- en royaltyrichtlijn (die wel een uiteindelijk gerechtigde-eis kent) hetzelfde punt maakt als in r.o. 111 van het Moeder-dochterrichtlijn-arrest, maar dan zonder de uitgebreide toelichting over de doelstelling van deze richtlijn. Dat laatste heeft het HvJ EU in het kader van de Moeder-dochterrichtlijn uiteraard nodig om het 'inlezen' van een eis die niet in deze richtlijn staat te rechtvaardigen.

<sup>51</sup> In diverse uitspraken overweegt het HvJ EU bijvoorbeeld dat intenties van de Raad zoals die blijken uit de (ongepubliceerde) raadsnotulen – in verband met de werking van het rechtszekerheidsbeginsel – geen rechtskracht hebben indien deze niet in wettelijke bepalingen zijn neergelegd (Zie o.a. HvJ EG 17 oktober 1996, C-283, C-291/94 en C-292/94 (Denkavit Internationaal), r.o. 29; HvJ EG 8 juni 2000, C-375/98 (Epson Europe), r.o. 26 en HvJ EG 13 februari 1996, C-197/94 en C-252/94 (Bautiaa and Société Française Maritime), r.o. 51).

waarin het HvJ EU juist vasthoudt aan de voorwaarden in de tekst van de Moeder-dochterrichtlijn.<sup>52</sup> Het stellen van de voorwaarde van uiteindelijk gerechtigdheid kan in onze opvatting alleen worden verzoend met die jurisprudentie, wanneer de termen 'uitkeringen aan' in de zin van art. 1 Moeder-dochterrichtlijn, en 'uitgekeerd aan' in de zin van art. 5 lid 1 Moeder-dochterrichtlijn, zo worden uitgelegd dat wordt bedoeld op gevallen waarin de moedervenootschap de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is. Dat zou betekenen dat er – evenmin als in de Interest- en royaltyrichtlijn<sup>53</sup> – wordt geëist dat de directe ontvanger van de inkomsten de 'uiteindelijk gerechtigde' is, maar dat er een 'uiteindelijk gerechtigde' is die aan alle toepassingsvoorwaarden voldoet. In essentie komt het er dus voor beide richtlijnen op neer dat de vrijstelling alleen hoeft te worden toegekend aan de uiteindelijk gerechtigde, waarbij dit in de Interest- en royaltyrichtlijn voortvloeit uit de term 'uiteindelijk gerechtigde' en in de Moeder-dochterrichtlijn uit (een uitleg van) de term 'uitkeringen aan'.

Als het HvJ EU inderdaad een uiteindelijk gerechtigde-eis in de Moeder-dochterrichtlijn inleest, zou dat in onze opvatting niet betekenen dat de inhoudingsvrijstelling geweigerd moet worden als de ontvanger niet de uiteindelijk gerechtigde is, behalve als er sprake is van misbruik. Buiten misbruiksituaties staat het lidstaten immers vrij om ruimere voordelen toe te kennen dan de richtlijnen voorschrijven.

### 3 Wat is misbruik bij doorstromers?

Conform eerdere jurisprudentie, overweegt het HvJ EU in de arresten van 26 februari 2019 dat pas kan worden gesproken van misbruik wanneer voldaan is aan zowel een objectieve toets (namelijk dat het door de regeling beoogde doel niet wordt bereikt) als een subjectieve toets (kort gezegd dat het oogmerk van belastingverijdeling bestaat).<sup>54</sup> Ook de GAAR's in de Moeder-dochterrichtlijn en de ATAD bevatten deze toetsen. In aanvulling daarop bevatten zij ook expliciet een aparte kunstmatigheidseis. Dit lijkt ons echter geen relevant verschil aangezien de kunstmatigheid van een structuur volgens de jurisprudentie al van belang is in het kader

<sup>52</sup> Zie *Egiom*, r.o. 24, met nadere jurisprudentieverwijzingen en *Deister en Juhler Holding*, t.a.p., r.o. 72.

<sup>53</sup> Uit r.o. van de 94 van de Interest- en royaltyrichtlijn-zaak volgt dat het richtlijnvoordeel (de vrijstelling) ook van toepassing kan zijn wanneer de ontvanger niet de uiteindelijk gerechtigde is.

<sup>54</sup> Zie bijvoorbeeld r.o. 97 en 100 van het Moeder-dochterrichtlijn-arrest (en daar genoemde jurisprudentie), en r.o. 124 en 127 van het Interest- en royaltyrichtlijn-arrest.



van de subjectieve en objectieve toets (zie hierna). De antimisbruikbepaling in de Interest- en royaltyrichtlijn luidt weliswaar anders, maar dit lijkt niet relevant, omdat het HvJ EU deze bepaling naar verwachting zal uitleggen conform het Unierechtelijke antimisbruikbeginsel (zie onderdeel 2.4).

Op grond van de subjectieve toets is vereist dat het voornaamste of een van de voornaamste doelen het verkrijgen van een (uit de betreffende Unieregeling voortvloeiend<sup>55</sup>) belastingvoordeel is.<sup>56</sup> Het is dus niet voldoende dat de tussenschuiving van een vennootschap tot een voordeel leidt; het is immers ook mogelijk dat de verkrijging van dit voordeel geen, of slechts een bijkomstige rol heeft gespeeld.<sup>57</sup>

Bij de beoordeling van de objectieve toets moet uiteraard wel rekening worden gehouden met de context waarin deze plaatsvindt. In Cadbury Schweppes ging het om mogelijke strijdigheid met doel en strekking van de vestigingsvrijheid in het kader van de Engelse full-inclusion CFC-wetgeving. Derhalve moest daar 'slechts' worden getoetst of een gecontroleerde dochtervennootschap een fictieve vestiging is die geen daadwerkelijke economische activiteit verricht is (r.o. 68). Dit is anders in de context van (bijvoorbeeld) de Moeder-dochterrichtlijn en de Interest- en royaltyrichtlijn. De Moeder-dochterrichtlijn beoogt om economische dubbele heffing voor in meerdere lidstaten kwalificerende opererende kwalifi-

cerende concerns te voorkomen om een 'level playing field' te creëren tussen in verschillende lidstaten opererende kwalificerende concerns en in eenzelfde lidstaat opererende concerns.<sup>58</sup> De Moeder-dochterrichtlijn-voordelen zijn dus niet bedoeld voor situaties waarin er slechts formeel een binnen de EU opererend concern is.<sup>59</sup> Er is derhalve ook strijdigheid met doel en strekking van de Moeder-dochterrichtlijn indien de betrokken entiteiten als zodanig niet kunstmatig zijn, maar de aandelen niet in handen zijn van de kwalificerende moedermaatschappij op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.<sup>60</sup> Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de Interest- en royaltyrichtlijn, die juridische dubbele heffing beoogt te voorkomen. Gezien doel en strekking van de Moeder-dochterrichtlijn/Interest- en royaltyrichtlijn, moet worden beoordeeld of de houdster- of financierings- of licentiëringsactiviteit op zichzelf een daadwerkelijke economische activiteit is. Zo is bijvoorbeeld personeel in deze context alleen relevant (ter indicatie van de afwezigheid van kunstmatigheid) indien het beschikt over in het kader van de houdsterwerkzaamheid (Moeder-dochterrichtlijn), financierings- of licentiëringsactiviteit (Interest- en royaltyrichtlijn) relevante functies, en is een kantoor alleen relevant indien in dit kantoor in het kader van deze werkzaamheid relevante werkzaamheden worden uitgeoefend.

Het HvJ EU geeft de volgende richtlijnen c.q. aanwijzingen aan de hand waarvan de verwijzende rechter moet vaststellen of zich in de concrete casus misbruik voor doet (vgl. r.o. 99 in Moeder-dochterrichtlijn-arrest en 126 in Interest- en royaltyrichtlijn-arrest).

Het HvJ EU oordeelt ten eerste dat *met name* sprake is van misbruik wanneer de belastingheffing over dividend of rente wordt vermeden doordat aan de concernstructuur een 'doorstroomvennootschap' wordt toegevoegd tussen de vennootschap die de dividenden of interest uitkeert en de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden of interest (r.o. 100 in het Moeder-dochterrichtlijn-

<sup>55</sup> Dat het hoofddoel of een van de hoofddoelen moet zijn het verkrijgen van een uit de betreffende Unieregeling voortvloeiend voordeel volgt ons inziens uit de zaak *Zwijnenburg* (HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08). In dit arrest was de structuur gericht op het voorkomen van overdrachtsbelasting. Volgens het HvJ EU was de structuur niet gericht op het voorkomen van belastingontwijking- of fraude in de zin van de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn, omdat de reorganisatiefaciliteiten uit deze richtlijn niet zien op de overdrachtsbelasting (zie m.n. r.o. 50 e.v.).

<sup>56</sup> Zie het Moeder-dochterrichtlijn-arrest, r.o. 100 en het Interest- en royaltyrichtlijn-arrest, r.o. 127. Dezelfde (of vergelijkbare termen, afhankelijk van de taalversie) worden gehanteerd in art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn en 6 ATAD.

<sup>57</sup> Deze subjectieve voorwaarde moet dan ook worden onderscheiden van de (aan de wetgeschiedenis ontleende) mechanische toets die de Hoge Raad in HR 10 januari 2020, BNB 2020/80, r.o. 2.6.2, aanlegt. Uit r.o. 2.6.3 t/m 2.6.7 blijkt overigens dat de Hoge Raad deze toets zo uitlegt en toepast dat strijd met het Unierecht wordt voorkomen. Terzijde merken wij nog op dat de door de Hoge Raad in hetzelfde arrest (in r.o. 2.5.2) omschreven objectieve voorwaarde een andere is dan de objectieve toets die het HvJ EU aanlegt; het gaat hier om de voorwaarde in art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 (tekst 2012) dat het aanmerkelijk belang niet behoort tot het ondernemingsvermogen.

<sup>58</sup> Preambule 2011 onderdeel 3-6 (zie ook preambule 2014 onderdeel 2 over dubbele niet-heffing).

<sup>59</sup> Zie de preambule, punten 4 t/m 6. Vgl. het Rapport van de Commissie Misbruik van Recht, 'Misbruik van recht. Een nationaal, internationaal en Unierechtelijk perspectief', Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap (nr. 256), 2016, p. 67.

<sup>60</sup> Vgl. het voorbeeld in de preambule 2015, onderdeel 8 dat wordt gegeven inzake de 'voor zover benadering'. In het kader van de Interest- en royaltyrichtlijn lijkt het te gaan om situaties waarin schuldvorderingen of IP gezien de economische realiteit niet daadwerkelijk aan een in een lidstaat gevestigde belastingplichtige toe te rekenen zijn (zie onderdeel 8 in de preambule van de compromistekst van 9 juni 2015, t.a.p.).

arrest; 127 in het Interest- en royaltyrichtlijn-arrest). In feite lijkt het HvJ EU op deze manier een uiteindelijk gerechtigde-toets toe te passen in de Moeder-dochterrichtlijn en de Interest- en royaltyrichtlijn in de context van het antimisbruikleerstuk. Het woord 'met name' is onzes inziens gebruikt in de betekenis van 'onder andere' of 'vooral', mede gelet op diverse andere taalversies.<sup>61</sup> Het gebruik van een doorstroomvennootschap is een voorbeeld van misbruik, maar het misbruikbegrip beperkt zich dus niet tot dergelijke situaties.

Gelet op r.o. 104 (Moeder-dochterrichtlijn-arrest) en 131 (Interest- en royaltyrichtlijn-arrest) is volgens het HvJ EU sprake van een doorstroomvennootschap indien een onderneming zich uitsluitend bezighoudt met het ontvangen van de dividenden of interest en de overdracht ervan aan de uiteindelijk gerechtigde of andere doorstroomvennootschappen. Het ontbreken van een daadwerkelijke economische activiteit moet volgens het HvJ EU worden afgeleid uit alle relevante gegevens betreffende met name het beheer van de onderneming, haar boekhoudkundige balans, haar kostenstructuur en de werkelijk gemaakte kosten, haar werknemers, alsook haar kantoren en uitrusting. Dit moet echter wel worden beoordeeld in het licht van de specifieke kenmerken van de economische activiteit in kwestie. Daarbij lijken aan een houdsteractiviteit of financieringsactiviteit naar onze mening niet al te hoge substance-eisen kunnen worden gesteld. Wel lijkt in beginsel vereist dat het personeel de werkelijke beschikkingsmacht heeft over het dividend, de interest of de royalty's (zie ook hierna).

Gelet op de verwijzing naar de boekhoudkundige balans en de kostenstructuur lijkt bijvoorbeeld relevant of de dividenden, interest of royalty's (voor een meer dan bijkomstig deel) voor andere doeleinden (bijv. voor het aankopen van nieuwe deelnemingen of andere investeringen of werkzaamheden) dan voor het doorsluizen worden gebruikt. Als dat zo is, is dat immers een objectieve aanwijzing dat de moedervennootschap zelf beslist over het gebruik van de dividend, of interest of royalty's. Daarnaast geeft het HvJ EU nog een aantal andere aanwijzingen voor de aanwezigheid van misbruik. Al met al is de aanwezigheid van 'substance' in de vorm van onder meer personeel en kantoren dus een van de aanwijzingen om te bepalen of sprake is van misbruik, maar biedt de aanwezigheid ervan geen garantie.

Andere aanwijzingen die het HvJ EU noemt zijn de volgende<sup>62</sup>:

- De ontvangende vennootschap sluit de dividenden of interest zeer snel na de ontvangst (nagenoeg) volledig door naar entiteiten die niet aan de Moeder-dochterrichtlijn- of Interest- en royaltyrichtlijn-voorwaarden, bijvoorbeeld omdat deze buitende EU gevestigd zijn. Zo stootte de op Cyprus gevestigde moedervennootschap (Y Cyprus) de van Y Denmark ontvangen dividenden bijvoorbeeld binnen een dag door aan de op Bermuda gevestigde vennootschap Y Bermuda. Alhoewel dit in de onderhavige casus niet aan de orde is, kunnen entiteiten uiteraard ook om andere redenen niet voldoen aan de Moeder-dochterrichtlijn- of Interest- en royaltyrichtlijn-voorwaarden, bijvoorbeeld vanwege de rechtsvormen (beide) en de onderworpenheid (alleen Moeder-dochterrichtlijn). Het HvJ EU vereist niet dat dit snelle doorsluizen berust op een contractuele of wettelijke verplichting. Indien de werkelijke uiteindelijk gerechtigde ook voldoet aan de Moeder-dochterrichtlijn- of Interest- en royaltyrichtlijn-voorwaarden zal geen sprake zijn van misbruik, omdat de structuur dan niet is opgezet om in strijd met doel en strekking van de Moeder-dochterrichtlijn of Interest- en royaltyrichtlijn de daaruit voortvloeiende voordelen te verkrijgen.
- De ontvangende vennootschap moet de dividenden of interest doorbetalen aan een derde vennootschap die niet voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van de Moeder-dochterrichtlijn met als gevolg dat zij slechts een onbeduidende belastbare winst behaalt. Zo behaalde Y Cyprus in Y Denmark geen positief belastbaar inkomen.
- Ook volgens r.o. 105 (Moeder-dochterrichtlijn-arrest) en 132 (Interest- en royaltyrichtlijn-arrest) is niet alleen een contractuele of wettelijke doorbetalingsverplichting een misbruikaanwijzing, maar ook het feit dat de ontvanger 'in wezen' niet het recht heeft op gebruik en genot van de dividenden of interest. In dit verband zijn onder meer van belang: de verschillende overeenkomsten, die zijn gesloten door de bij de financiële transacties betrokken vennootschappen en die geldstromen binnen de groep doen ontstaan. Daarnaast zijn relevant: de wijze waarop deze transacties worden gefinancierd, de waardering (bedoeld lijkt: waarde<sup>63</sup>) van het eigen vermogen van de tussengeschakelde vennootschappen en het gebrek aan bevoegdheid van de doorstroomvennootschappen om vanuit economisch oogpunt vrij over de te ontvangen

<sup>62</sup> R.o. 101-103 en 105-106 in Moeder-dochterrichtlijn-arrest; r.o. 132-133 in Interest- en royaltyrichtlijn-arrest. Deze aanwijzingen zullen *mutatis mutandis* gelden voor royalty's.

<sup>63</sup> Deze aanwijzing van het HvJ EU lijkt terug te slaan op vraag 1 e) van de Deense rechter in het Interest- en royaltyrichtlijn-arrest, te weten in hoeverre het van belang is of er eigen vermogen voor de lening is gebruikt.

<sup>61</sup> Zo is in het Engels de term 'inter alia' gebruikt, in het Frans 'notamment', in het Duits 'insbesondere', in het Italiaans 'in particolare' en in het Roemeens 'în special'.

dividenden te beschikken. Het HvJ EU lijkt hiermee bijvoorbeeld te doelen op de schuld die is ontstaan bij de verkoop van Y Denmark door Y Bermuda aan Y Cyprus. Deze schuld loste Y Cyprus een aantal maanden later gedeeltelijk af uit door Y Denmark uitgekeerde dividenden, welke aflossing bovendien geschiedde binnen een dag na ontvangst van het dividend.

Deze genoemde aanwijzingen kunnen volgens het HvJ EU worden versterkt doordat deze financiële transacties en intragroepsleningen samenvallen met of ongeveer in dezelfde periode vallen als de inwerkingtreding van belangrijke nieuwe belastingwetgeving, zoals de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde belastingwetgeving die de holdings trachten te ontwijken (bedoeld lijkt de bronbelasting op rente en dividend) of de in r.o. 51 beschreven Amerikaanse belastingwetgeving (r.o. 106 in het Moeder-dochterrichtlijn-arrest; r.o. 133 in het Interest- en royaltyrichtlijn-arrest). In Y Denmark is Y Cyprus bijvoorbeeld tussengeplaatst vlak na de inwerkingtreding van de Amerikaanse belastingwetgeving op grond waarvan het tijdelijk fiscaal gunstig was om dividend naar de VS te halen.

Ook als de uiteindelijk gerechtigde tot de door de doorstroomvennootschap doorgesluisde dividenden bij rechtstreekse uitkering recht zou hebben gehad op een inhoudingsvrijstelling op grond van een belastingverdrag met de bronstaat, kan volgens het HvJ EU sprake zijn van misbruik, maar dit hoeft niet (r.o. 108-110). In de casus van Y Denmark werd het belang door de Amerikaanse uiteindelijk aandeelhouder in Y Cyprus (die Y Denmark hield) bijvoorbeeld gehouden door Y Bermuda. Wanneer de dividenden 'slechts' doorstromen tot Bermuda, en niet verder, gaat de vergelijking met het rechtstreeks houden van de aandelen door de Amerikaanse uiteindelijk aandeelhouder niet op.<sup>64</sup> Maar ook afgezien daarvan, is het – wanneer de Amerikaanse uiteindelijk aandeelhouder recht zou hebben gehad op een vrijstelling van Deense dividendbelasting – nog steeds mogelijk dat Y Cyprus alleen is tussengeschoven om de Deense dividendbelasting te ontgaan, en dat de gekozen structuur volstrekt kunstmatig is. Het is immers mogelijk dat Y Bermuda is opgericht om bijvoorbeeld Amerikaanse belastingheffing te ontwijken c.q. uit te stellen, en dat Y Cyprus op haar beurt als enige functie heeft om Deense belasting te ontgaan. In dat geval is het niet vanzelfsprekend om als vergelijkingsmaatstaf een direct aandelenbezit in Y Denmark door de Amerikaanse vennootschap te nemen. Van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld wat de vergelijkingsmaatstaf

<sup>64</sup> Vgl. ook r.o. 109 waarin het HvJ EU overweegt dat uit het bestaan van het belastingverdrag als zodanig niet kan worden afgeleid dat een betaling wordt verricht aan begunstigden die ingezetenen zijn van de derde staat waarmee dit verdrag is gesloten.

is (met andere woorden welke vennootschappen moeten worden weggedacht) en wat de reden en functie van de gekozen structuur is.<sup>65</sup> Als het verkrijgen van uit de Moeder-dochterrichtlijn voortvloeiende voordelen niet een van de hoofddoelen is, is ons inziens echter niet aan de subjectieve toets voldaan.

De arresten in de Deense zaken verhouden zich wat moeizaam tot het arrest in de zaken Deister Holding en Juhler Holding. Uit het laatstgenoemde arrest kan worden afgeleid dat het ontbreken van economische of andere relevante redenen die de tussenplaatsing van de buitenlandse vennootschap rechtvaardigen, geen misbruik impliceert.<sup>66</sup> Die opvatting is lastig te rijmen met

<sup>65</sup> De aan de nationale wetsgeschiedenis ontleende benadering van de Hoge Raad in HR 10 januari 2020, BNB 2020/80, r.o. 2.6.2, komt ons dan ook niet juist voor. De Hoge Raad overweegt dat '[i]n gevallen waarin het aanmerkelijk belang in de Nederlandse vennootschap middellijk, via de belastingplichtige, wordt gehouden door een andere (buitenlandse) (tussen)houdstervenootschap bij wie dat middellijke belang wel behoort tot een ondernemingsvermogen, [...] bij de toetsing aan de subjectieve voorwaarde [dient] te worden beoordeeld of die andere (tussen)houdstervenootschap meer Nederlandse dividendbelasting verschuldigd zou zijn indien zij het aanmerkelijk belang rechtstreeks zou houden.' Ook wanneer het aanmerkelijk belang in de Nederlandse vennootschap middellijk, via de belastingplichtige, wordt gehouden door een andere (buitenlandse) (tussen)houdstervenootschap bij wie dat middellijke belang niet behoort tot een ondernemingsvermogen, moet uiteraard worden getoetst aan de subjectieve voorwaarde. De vraag is dan wat de vergelijkingsmaatstaf is. Voor zover de overweging van de Hoge Raad zou inhouden dat steeds alle vennootschappen, en alleen die vennootschappen, moeten worden weggedacht waarbij het aandelenbezit geen ondernemingsvermogen vormt, achten wij die opvatting onjuist. In het in de hoofdtekst genoemde voorbeeld moet alleen Y Cyprus worden weggedacht, en niet Y Bermuda.

<sup>66</sup> In deze zaken ging het om antimisbruikbepaling die het recht op vrijstelling aan een niet-ingezetene vennootschap ontzegde indien, haar aandeelhouder(s) geen recht op vrijstelling zouden hebben bij rechtstreekse ontvangst van de dividenden ('aandeelhouderstoets') én voldaan is aan een van de volgende voorwaarden ('substance eisen'):

1. er zijn geen economische of andere relevante redenen die de tussenplaatsing van de buitenlandse vennootschap rechtvaardigen;
2. de buitenlandse vennootschap niet meer dan 10% van haar totale bruto-inkomsten in het betreffende boekjaar uit haar eigen economische activiteit verwerft;
3. de buitenlandse vennootschap niet met een voor haar bedrijfsdoelstelling passend ingerichte bedrijfsvoering aan het algemene economische verkeer deelneemt.

Volgens het HvJ EU kunnen die voorwaarden, ongeacht of zij afzonderlijk dan wel samen worden beschouwd, op zich niet impliceren dat sprake is van fraude of misbruik (r.o.71).

de aanwijzingen voor misbruik in de arresten in de Deense zaken. Daarbij moet echter voor ogen worden gehouden dat het slechts gaat om aanwijzingen, dus om – zoals Douma het uitdrukt – een ‘niet-limitatieve catalogus van omstandigheden’.<sup>67</sup> Het gaat dus niet per se om een ‘implicatie’<sup>68</sup> van misbruik. Deister Holding en Juhler Holding spitste zich vooral toe op de vraag hoeveel ‘substance’ c.q. activiteiten de houdstervenootschap moet hebben c.q. verrichten, wil deze recht hebben op de toepassing van de Moeder-dochterrichtlijn/vestigingsvrijheid. Anders dan in T Danmark en Y Danmark kwam het doorstoten van dividenden naar achterliggende vennootschappen – en dus de vraag of de houdstervenootschappen de uiteindelijk gerechtigden zijn – in de procedure voor het HvJ EU niet aan de orde. Hoewel deze arresten met wat goede wil met elkaar in overeenstemming kunnen worden gebracht, wordt in ieder geval de suggestie gewekt dat het HvJ EU thans een strengere koers vaart, door bestrijding van misbruik te verplichten, en door de aandacht te richten op positieve indicaties van misbruik. De belangrijkste conclusie uit de Deense zaken en zaken Deister Holding en Juhler Holding is dat van geval tot geval moet worden beoordeeld of sprake is van misbruik. Algemene misbruikvermoedens en safe harbours zijn niet acceptabel.

#### 4 Welke voordelen moeten worden geweigerd?

Het Unierechtelijke antimisbruikbeginsel kan gelet op de jurisprudentie worden toegepast ingeval van misbruik van door het Unierecht verleende rechten en voordelen of ‘daaruit voortvloeiende voordelen’ (het HvJ EU gebruikt deze termen door elkaar). Het maakt daarbij niet uit of deze hun grondslag vinden in de EU-verdragen, in een verordening of in een richtlijn.<sup>69</sup> Uit de Moeder-dochterrichtlijn en Interest- en royaltyrichtlijn voortvloeiende voordelen in geval van misbruik moeten dus worden geweigerd op grond van het Unierechtelijke antimisbruikbeginsel en (voor wat betreft de Moeder-dochterrichtlijn-voordelen) op grond van art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn. In dergelijke gevallen kan ook geen beroep worden gedaan op de fundamentele vrijheden.

Het HvJ EU geeft niet aan in welke gevallen sprake is van uit het Unierecht voortvloeiende voordelen. Richtsnoeren zouden ontleend kunnen worden aan de juris-

prudentie over art. 51 van het Handvest van de Grondrechten. Volgens die bepaling kunnen burgers zich alleen op het Handvest beroepen als het gaat om een handeling van een lidstaat die EU-recht implementeert. Uit de jurisprudentie over deze bepaling kan worden afgeleid dat er ‘een zekere mate van verband [moet] bestaan tussen de nationale maatregel en het Unierecht’, en dat dat verband verder moet gaan dan ‘het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere’.<sup>70</sup> Daarom moet worden nagegaan ‘of de nationale maatregel en het toepasselijke Unierecht qua oogmerk, doelstellingen en aard overeenkomen’.<sup>71</sup> Dat is onder meer het geval wanneer lidstaten (meestal secundair, maar soms ook primair) EU-recht implementeren c.q. uitvoeren. Uit de jurisprudentie kan voorts worden afgeleid dat het HvJ EU de volgende drie vragen stelt ter bepaling of een nationale regeling dient ter uitvoering van het Unierecht: ‘1. Beoogt de regeling de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling?; 2. Wat is de aard van de regeling en streeft zij niet andere doelstellingen na dan die waarop het Unierecht ziet, ook wanneer die regeling dit recht indirect kan beïnvloeden?; en 3. Bestaat er een Unierechtelijke regeling die specifiek ziet op deze materie of deze kan beïnvloeden?’<sup>72</sup>

In casu is met name relevant welke voordelen kunnen worden beschouwd als implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn. De arresten van 26 februari 2019 bieden daarvoor niet veel aanknopingspunten. In de arresten van 26 februari 2019 ging het om Deense regels die inhielden dat een buitenlandse moedermaatschappij niet belastingplichtig was ter zake van dividenden en rente indien van belastingheffing werd afgezien krachtens de Moeder-dochterrichtlijn of Interest- en royaltyrichtlijn.<sup>73</sup> Het geschil ging dus over de rechtstreekse toepassing van de Moeder-dochterrichtlijn en Interest- en royaltyrichtlijn. De vraag komt dus op hoe groot de reikwijdte van dit arrest is, met andere woorden wanneer sprake is van uit het Unierecht voortvloeiende voordelen in de zin van dit arrest. Wij achten het evident dat art. 4 lid 2 Wet DB als implementatie kan dienen. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat deze bepaling mede beoogt om uitvoering te geven aan art. 5 Moeder-dochterrichtlijn. Uit onder andere Italmoda (r.o. 7 en 54 t/m 59), Breitsohl (r.o. 38) en

<sup>67</sup> Onderdeel 9 van de noot in BNB 2020/9.

<sup>68</sup> De Nederlandse term is ‘impliceren’ en de Duitse term ‘bedeutet’, maar de Engels term is hier overigens ‘indicate’.

<sup>69</sup> R.o. 30 van Cussens, t.a.p.. Dit wordt herhaald in r.o. 101 van het Interest- en royaltyrichtlijn-arrest en in r.o. 75 van het Moeder-dochterrichtlijn-arrest.

<sup>70</sup> Dit ontleent hij aan HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (Siragusa), r.o. 24.

<sup>71</sup> Idem, r.o. 25.

<sup>72</sup> J. Morijn, A. Pahladsingh en H. Palm, ‘Vijf jaar bindend Handvest van de Grondrechten: wat heeft het de Rechtzoekende opgeleverd?’, NtER juni 2015, nr. 4, p. 123-132, op p. 125.

<sup>73</sup> Het Moeder-dochterrichtlijn-arrest, r.o. 58-61 en het Interest- en royaltyrichtlijn-arrest, r.o. 20 en 27-28.

Cussens (r.o. 33 en 34) volgt dat voordelen op grond van nationale implementatiewetgeving als uit het Unierecht voortvloeiende voordelen kunnen worden aangemerkt, die moeten worden geweigerd in geval van misbruik. De voormalige Nederlandse staatssecretaris van Financiën Snel (hierna: Staatssecretaris Snel) komt (impliciet) tot dezelfde conclusie aangezien hij bevestigt dat de arresten van 26 februari 2019 relevant zijn voor de uitleg van de algemene antimisbruikbepaling in art. 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965.<sup>74</sup> Minder duidelijk is het of voordelen uit hoofde van belastingverdragen onder omstandigheden als uit het Unierecht voortvloeiende voordelen kunnen worden aangemerkt (zie onderdeel 5).

Wij gaan nog kort in op een andere vraag, namelijk of ook de voordelen van de deelnemingsvrijstelling (voortvloeiend uit art. 4 Moeder-dochterrichtlijn) in misbruik-situaties moeten worden geweigerd. Dit lijkt echter niet direct uit de arresten van 26 februari 2019 te kunnen worden afgeleid, omdat deze zijn geweest in de context van de inhoudingsvrijstelling. Daarom achtte de toenmalige Staatssecretaris Snel nadere bestudering van de gevolgen van de arresten voor de Nederlandse deelnemingsvrijstelling noodzakelijk.<sup>75</sup> In onze opvatting is het denkbaar dat de deelnemingsvrijstelling moet worden geweigerd, maar alleen in gevallen waarin het bereik van de deelnemingsvrijstelling wordt opgerekt door gekunstelde tussenschuiving van een in een EU-lidstaat gevestigde houdstervenootschap onder de belastingplichtige. Het gaat dan niet om toepassing van de deelnemingsvrijstelling op het niveau van de kunstmatig tussengeschoven vennootschap,<sup>76</sup> maar om toepassing

van de deelnemingsvrijstelling op dividenden die zijn uitgedeeld door de kunstmatig tussengeschoven vennootschap (dus om EU-inbound structuren).<sup>77</sup> Bij outbound structuren (zoals in de februari-arresten) moet de inhoudingsvrijstelling worden geweigerd door de vennootschap die het dividend uitdeelt aan de kunstmatig tussengeschoven vennootschap. Het is echter disproportioneel om dan ook de deelnemingsvrijstelling te weigeren op het niveau van die tussengeschoven vennootschap (de structuur is er immers niet op gericht om de belasting in die lidstaat te vrijdelen).

## 5 Invloed Unierecht op belastingverdragen

### 5.1 Misbruik van verdragsbepalingen door doorstromers

De belastingverdragen geven doorgaans maar een beperkt heffingsrecht aan het bronland ter zake van dividend, rente en royalty's. Het OESO-modelverdrag beperkt de belasting tot een percentage van de bruto-bedragen van dividend en rente (5% voor deelnemingsdividend, 15% voor portfoliodividend, 10% voor rente), en kent ter zake van royalty's een exclusief heffingsrecht aan de woonstaat van de ontvanger toe. Wanneer de investeerder inwoner is van een staat waarmee het bronland geen (gunstig) verdrag had afgesloten is het daarom aantrekkelijk om te investeren via een doorstroomlichaam in een staat die een verdrag met een laag (c.q. lager) bronlandtarief met de bronstaat heeft gesloten. Dit fenomeen van treaty shopping staat al langer op de radar van de OESO. Vanaf het model van 1977 geldt de eis van beneficial ownership. Dat heeft treaty shopping echter nauwelijks kunnen keren. In het kader van het BEPS project zijn in het eindrapport van Actiepunt 6 minimumstandaarden overeengekomen waarmee treaty shopping moet worden bestreden: verdragsluitende staten moeten in ieder geval een preambule opnemen waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat fraude en belastingontwijking, waaronder treaty shopping, moeten worden bestreden, alsmede een PPT en een LOB, of alleen een PPT, of een LOB met een anti-conduit bepaling.<sup>78</sup> De preambule, LOB en PPT zijn inmiddels opgenomen in het multilaterale instrument<sup>79</sup> en

<sup>74</sup> Brief van 14 juni 2019, betreffende Beantwoording Kamervragen van de leden Van Raan en Snels over de gevolgen van de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 26 februari 2019, kenmerk 2019-0000095322 (hierna: de brief van 14 juni 2019), antwoord op vraag 17 (p. 11); voorts volgt het uit het feit dat hij een aanpassing van de rol van de Nederlandse substance-eisen noodzakelijk acht (antwoord op vraag 3, p. 1-3. Zie verder ook het antwoord op vraag 2 op p. 5.

<sup>75</sup> Zie de brief van 14 juni 2019, antwoord op vraag 20 (p. 12).

<sup>76</sup> Wij denken dan ook dat het kabinet c.q. de Staatssecretaris van Financiën op het verkeerde spoor zit waar hij onderzoek doet naar misbruik van de deelnemingsvrijstelling door Nederlandse 'substanceloze' houdstervenootschappen (zie 'Bijlage 2 – bevindingen onderzoek deelnemingsvrijstelling', kenmerk 2020-0000169545, bij de Kabinetsreactie naar aanleiding van het rapport 'Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting' van de Adviescommissie belastingheffing van multinationals, 15 september 2020, met hetzelfde kenmerk), maar de voorgestelde oplossing (informatie-uitwisseling naar het bronland) is dan weer wel de juiste. Vgl. A.W. Ravelli, 'Aanpassing deelnemingsvrijstelling niet nodig naar aanleiding van de Deense arresten', WFR 2020/150, par. 4.

<sup>77</sup> Vgl. P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, *Terra/Wattel, European Tax Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 266/267. Anders: Ravelli, t.a.p., par. 3.

<sup>78</sup> OECD (2015), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Parijs, paragrafen 22-23.

<sup>79</sup> *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*; zie art. 6 en 7.

in de 2017 update van het OESO-modelverdrag.<sup>80</sup> Op de LOB gaan wij verder niet in.

## 5.2 Kunnen voordelen van een belastingverdrag uit het Unierecht voortvloeiende voordelen zijn?

Vanuit Unierechtelijk perspectief is er in beginsel geen wezenlijk verschil tussen belastingverdragen en nationale wetten. Er staat dan ook niets aan in de weg om richtlijnen om te zetten via belastingverdragen (ook verdragsvoordelen kunnen voldoende bepaald en duidelijk zijn), en om beperkingen van de verdragsvrijheden weg te nemen door belastingverdragen. Verdragsvoordelen kunnen in beginsel dus ook uit het Unierecht voortvloeiende voordelen zijn.<sup>81</sup> De vraag of voordelen uit hoofde van belastingverdragen als uit het Unierecht voortvloeiende voordelen kunnen worden aangemerkt, wordt relevant in misbruiksituaties. In die gevallen bestaat immers de plicht om het misbruik te bestrijden op grond van het Unierechtelijke antimisbruikbeginsel (en op de voet van art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn<sup>82</sup>). Indien in zulke gevallen de ter omzetting van de richtlijnvoordelen geschreven bepalingen worden geweigerd, terwijl equivalente voordelen uit een belastingverdrag wel worden toegekend, is het de vraag of deze verplichting wel wordt nageleefd.

Waar de richtlijn al is omgezet in nationaal recht zou kunnen worden verdedigd dat equivalente voordelen uit hoofde van een verdrag niet fungeren ter implementatie van die richtlijn en in zoverre niet worden gesproken van uit het Unierecht voortvloeiende voordelen. Dit lijkt ook de mening van voormalig staatssecretaris Snel te zijn. Naar zijn mening hebben de arresten van 26 februari 2016 immers geen gevolgen voor een beroep op belastingverdragen door belastingplichtigen.<sup>83</sup> Ook Douma betoogt dat de Deense zaken geen grondslag bieden om bepalingen uit belastingverdragen buiten toepassing te laten, omdat dit in strijd zou komen met het Unierechtelijke legaliteitsbeginsel, dat vereist dat de toepassing

van het materiële recht voorzienbaar is.<sup>84</sup> Wel ziet hij grond voor invloed op de interpretatie van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' in verdragen tussen EU-lidstaten; zie hierna in onderdeel 5.3.

In onze opvatting is goed verdedigbaar dat de arresten van 26 februari 2016 wel gevolgen hebben voor een beroep op belastingverdragen door belastingplichtigen in gevallen die door de Moeder-dochterrichtlijn of Interest- en royaltyrichtlijn worden betrekken. Vanuit 'implementatieperspectief' bestaat er geen relevant verschil tussen nationale en bilaterale bepalingen. Voorts geldt het volgende als we de tweede van de drie vragen uit onderdeel 4, ter bepaling of een nationale regeling dient ter uitvoering van het Unierecht, in ogenschouw nemen. De aard van de bepalingen in belastingverdragen over de toewijzing van heffingsrecht over dividenden, rente van royalty's, is vergelijkbaar met die van de Moeder-dochterrichtlijn respectievelijk de Interest- en royaltyrichtlijn en die bepalingen streven vergelijkbare doelstellingen na. Zowel de belastingverdragen als de Moeder-dochterrichtlijn en de Interest- en royaltyrichtlijn beogen immers om dubbele belasting over andere dividenden te voorkomen,<sup>85</sup> en het achterliggende beleidsdoel is ook vergelijkbaar, namelijk het stimuleren van het verkeer van onder andere kapitaal en personen.<sup>86</sup> In richtlijngevallen kan dan ook verdedigd worden dat de op grond van de verdragsbepalingen toegekende voordelen uit het Unierecht voortvloeien. Deze verdragsvoordelen zouden dan in misbruiksituaties moeten worden geweigerd op grond van het Unierechtelijke antimisbruikbeginsel.<sup>87</sup> Anders dan Douma menen wij dat weigering van de verdragsvoordelen (of van een nationaalrechtelijke vrijstelling) in misbruiksituaties niet in strijd komt met het legaliteitsbeginsel en evenmin met het rechtszekerheidsbeginsel. Misbruikers kunnen, zoals eerder vermeld, geen beroep doen op deze beginselen. De omzeiling van de Unierechtelijke verplichting om misbruik te bestrijden door langs andere weg equivalente voordelen toe te kennen, zou het Unierecht juist frustreren en zou in strijd komen met

<sup>80</sup> Zie art. 29.

<sup>81</sup> Zie nader O. Marres en I. de Groot, 'The General Anti-Abuse Clause in the EU Parent-Subsidiary Directive' in: D. Weber (ed.), *EU Law and the Building of Global Supranational Tax Law: EU BEPS and State Aid, IBFD, Amsterdam 2017*, par. 10.5.3 en P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, *Terra/Wattel, European Tax Law, Deventer: Wolters Kluwer 2018*, p. 267.

<sup>82</sup> Zij het dat deze richtlijnbevestiging, anders dan het beginsel van primair Unierecht, niet aan de belastingplichtige kan worden tegengeworpen (zie par. 2.2).

<sup>83</sup> Zie de brief van 14 juni 2019, antwoord op vraag 11, 12 en 13 (p. 8-9).

<sup>84</sup> Zie onderdelen 3 t/m 5 van zijn noot in BNB 2020/9.

<sup>85</sup> Waarbij erkend moet worden dat de Moeder-dochterrichtlijn niet alleen juridische maar ook economische dubbele belasting beoogt te voorkomen.

<sup>86</sup> Vgl. de preambule uit 2001 van de Moeder-dochterrichtlijn, punt 2 van de preambule van de Interest- en royaltyrichtlijn, en paragraaf 54 van het OESO-Commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag.

<sup>87</sup> Althans vanuit het perspectief van het Unierecht; vgl. F.A. Engelen, J. Vleggeert en T.M. Vergouwen, 'Belastingverdragen en voorrang van richtlijnen op het gebied van directe belastingen', *WFR 2019/257*, par. 2.1.

het Unierechtelijke loyaliteitsbeginsel (art. 4 lid 3 VEU).<sup>88</sup>

In andere situaties dan die binnen de reikwijdte van de Moeder-dochterrichtlijn en de Interest- en royaltyrichtlijn vallen, lijken verdragsvoordelen in beginsel niet te kunnen worden aangemerkt als uit het Unierecht voortvloeiende voordelen. Verdragsvoordelen worden – uitzonderingen daargelaten<sup>89</sup> – immers niet verleend om strijdigheid met de fundamentele vrijheden te voorkomen, al kunnen ze in de praktijk die functie wel vervullen. In dat laatste geval speelt weer de vraag of het HvJ EU vanwege die functie zou willen spreken van uit het Unierecht voortvloeiende voordelen.

In de praktijk zal het lastig zijn om aan te geven waar de grens ligt tussen uit het Unierecht voortvloeiende voordelen (waarbij misbruik moet worden bestreden) en additionele voordelen die voortvloeien uit beleidsmatige overwegingen van een lidstaat (waarbij er in beginsel geen verplichting bestaat om misbruik te bestrijden). Op het vlak van de directe belastingen is er slechts beperkte harmonisatie. Daarbuiten hebben de lidstaten hun soevereiniteit behouden en staat het hen vrij om – binnen de kaders van de fundamentele vrijheden en staatsteun – fiscale voordelen te verstrekken, ook aan belastingplichtigen met belastingverijdelende motieven.<sup>90</sup> Gelet op het Unierechtelijke antimisbruikbeginsel hebben zij niet de vrijheid om in misbruikgevallen alsnog Unierechtelijke voordelen toe te kennen, maar zoals hierboven uiteengezet is daar geen duidelijke definitie van.

<sup>88</sup> Zie ook I.M. de Groot in NLF 2019/0597 (noot bij het Moeder-dochterrichtlijn-arrest), L.C. van Hulst en J.J.A.M. Korving, 'Svig og misbrug: de Deense antimisbruikzaken', WFR 2019/129, par. 4.2, en Susi Baerentzen, 'Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity', World Tax Journal, 2020 (Vol. 12), No.1, par. 4. Vgl. Voorts P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, Terra/Wattel, European Tax Law, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 267.

<sup>89</sup> Men denke bijvoorbeeld aan de uitbreiding van voordelen vanwege de vrijheid van vestiging volgens de in het Saint-Gobain door het HvJ EU gehanteerde overweging.

<sup>90</sup> Vgl. CFE ECJ Task Force, Opinion Statement ECJ-TF 2/2019 on the CJEU decisions of 26 February 2019 in Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16, N Luxembourg I et al, and Cases C-116/16 and C-117/17, T Danmark et al, concerning the 'beneficial ownership' requirement and the anti-abuse principle in the company tax directives, June 2019, p. 15/16 (par. 20).

### 5.3 Kan er een plicht zijn tot richtlijnconforme interpretatie van verdragsbepalingen?

Volgens vaste jurisprudentie van het HvJ moet de rechter nationale wetgeving die als omzetting van richtlijn-bepalingen geldt, zo veel mogelijk richtlijnconform uitleggen.<sup>91</sup> Zoals aangegeven in onderdeel 2.3 geldt die plicht ongeacht of deze bepalingen zijn ingevoerd met het oog op de omzetting van een richtlijn en ongeacht of zij dateren van voor of na de inwerkingtreding van de relevant richtlijn-bepaling. Die plicht strekt echter niet zover dat zij als grondslag voor een uitlegging contra legem kan dienen.<sup>92</sup>

Als het gaat om de bestrijding van misbruik door doormoeders, dan is met name van belang of de term 'uiteindelijk gerechtigde' en de PPT in bepaalde gevallen richtlijnconform moeten worden uitgelegd. Deze vragen hangen samen met de vraag of de beperkingen voor de bronstaat om te kunnen heffen over de dividenden, rente en royalty's kunnen worden beschouwd als een implementatie van de richtlijnvoordelen (art. 1 Interest- en royaltyrichtlijn en art. 5 Moeder-dochterrichtlijn), althans in gevallen die worden bestreken door de richtlijnen. In onze opvatting kan worden verdedigd dat er in deze gevallen sprake is van bepalingen die dienen 'ter uitvoering' van de verplichtingen op grond van de richtlijnen (vgl. onderdeel 5.2). Daarvan uitgaande zou de eis van de uiteindelijk gerechtigdheid in bepalingen conform art. 11 en 12 OESO-modelverdrag, alsmede de PPT, in richtlijngevallen inderdaad zo mogelijk richtlijnconform moeten worden uitgelegd. In onze opvatting lenen die bepalingen zich er ook voor om richtlijnconform te worden uitgelegd.<sup>93</sup> In andere situaties dan die binnen de reikwijdte van de Interest- en royaltyrichtlijn en Moeder-dochterrichtlijn vallen, lijken verdragsvoordelen in beginsel echter niet te kunnen worden aangemerkt als uit het Unierecht voortvloeiende voordelen.

Voorts is de Dzodzi/Leur-Bloem-jurisprudentie van belang voor situaties die niet binnen de reikwijdte van de Moeder-dochterrichtlijn en Interest- en royaltyrichtlijn

<sup>91</sup> HvJ 13 november 1990, C-106/89 (Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA), Jurispr. 1990, p. I-4135, r.o. 8.

<sup>92</sup> HvJ 4 juli 2004, C-212/04 (Konstantinos Adeneler en anderen v. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)), Jurispr. 2006, p. I-6057, r.o. 110.

<sup>93</sup> Zie voor de uitleg van de PPT in overeenstemming met art 1, tweede lid, Moeder-dochterrichtlijn ook P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, Terra/Wattel, European Tax Law, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 268. Zie met betrekking tot de uitleg van de term 'uiteindelijk gerechtigde' Douma in onderdeel 5 van zijn noot in BNB 2020/9.

vallen. In de zaak *Leur-Bloem* achtte het HvJ zich bevoegd om het Unierecht uit te leggen in een niet-richtlijnsituatie (want een zuiver interne situatie). Dit geschiedde ‘teneinde ... eventuele distorsies van de mededinging te voorkomen’, vanwege het Uniebelang ‘dat ter vermindering van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst de overgenomen bepalingen of begrippen van het [Unierecht] op eenvormige wijze worden uitgelegd, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moeten vinden.’<sup>94</sup> Wanneer wordt aanvaard dat verdragsbepalingen als richtlijnimplementatie kunnen worden beschouwd lijkt dat Uniebelang ook aanwezig bij de uitleg van de term uiteindelijk gerechtigde en de PPT (in verdragen tussen lidstaten) buiten richtlijngevallen. Diezelfde redenering geldt ook voor de PPT in het MLI, omdat die bepaling ook van toepassing is in richtlijngevallen (nl. voor zover verdragen tussen lidstaten covered agreements zijn). Daarbij moet worden aangetekend dat het aan de nationale rechter – niet het HvJ EU – is, om te bepalen of ervoor is gekozen om het desbetreffende begrip in niet-richtlijngevallen hetzelfde uit te leggen als richtlijngevallen. Het is namelijk een zaak van nationaal recht in hoeverre buiten de werkingssfeer van het Unierecht naar het Unierecht wordt verwezen.<sup>95</sup>

## 6 Slotbeschouwing

In de jurisprudentie is een convergentie opgetreden van de misbruikbegrippen uit het primaire Unierecht (zowel in de context van het door het HvJ EU ontwikkelde algemene antimisbruikbeginsel als in de context van misbruikbestrijding als rechtvaardiging van een beperking van de verdragsvrijheden) en het secundaire Unierecht (de antimisbruikbepalingen in richtlijnen). Geleidelijk, met name door de Deense zaken, kunnen steeds meer richtsnoeren worden ontleend aan de jurisprudentie om te beoordelen of sprake is van misbruik in doorstroomsituaties. Die richtsnoeren zullen waarschijnlijk ook van belang zijn bij de toepassing van belastingverdragen. Allereerst hebben lidstaten onzes inziens de verplichting om misbruik van verdragsvoordelen te bestrijden indien de verdragsvoordelen kunnen worden aange-

merkt als uit het Unierecht voortvloeiende voordelen. In onze opvatting is goed verdedigbaar dat dit zo is in door de Moeder-dochterrichtlijn of de Interest- en royaltyrichtlijn bestreken gevallen. Ten tweede zijn er goede argumenten voor de stelling dat lidstaten de verplichting hebben om, in richtlijngevallen, de principal purpose test zoveel mogelijk uit te leggen in overeenstemming met het Unierechtelijke antimisbruikbegrip. Als dat zo is, zou dat mogelijk ook gelden voor gevallen die niet onder de richtlijn vallen (bijvoorbeeld omdat niet aan de rechtsvormeis wordt voldaan), indien de verdragsluitende landen ervoor hebben gekozen om dezelfde principal purpose test in richtlijn- en niet-richtlijngevallen toe te passen. De principal purpose test zorgt dus voor een proliferatie van de misbruikleer van het HvJ. Ten derde zou betoogd kunnen worden dat art. 6 ATAD ook relevant is voor de heffing van bronbelastingen. Wij zijn echter van opvatting dat ATAD binnen Nederland alleen van belang is voor de heffing van vennootschapsbelasting.

Zelfs wanneer in de rechtspraak niet zal worden erkend dat het Europeesrechtelijke misbruikbegrip relevant is voor de toepassing van belastingverdragen, dan zal die jurisprudentie waarschijnlijk effectief invloed uitoefenen op de toepassing van belastingverdragen (vanwege de belangen van consistente rechtspraak, rechtszekerheid en eenheid van het recht). Hoe dan ook valt te verwachten dat er een zekere convergentie zal optreden tussen de EU-misbruiktoetsen en de PPT, en dat dit dus ook relevant zal worden voor nieuwe verdragen met derde landen.

Ten slotte kan deze jurisprudentie ook invloed hebben op rechters in derde landen, afhankelijk van het gezag dat buitenlandse jurisprudentie heeft in de desbetreffende landen.<sup>96</sup> De conclusie is dat door de combinatie van de EU-ontwikkelingen, het MLI en de OESO 2017 update niet alleen directive shopping maar ook treaty shopping steeds meer obsoleet zal worden, en de jurisprudentie van het HvJ EU daarbij een belangrijke rol zal spelen.

<sup>94</sup> HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), r.o. 32.

<sup>95</sup> HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), r.o. 33.

<sup>96</sup> Zie hierover David A. Ward, *Chapter 7: Use of foreign court decisions in interpreting tax treaties*, in Guglielmo Maisto (ed.), *Courts and Tax Treaty Law, EC and International Tax Law Series* (vol. 3), Amsterdam: IBFD 2007.