MISBRUIKBESTRIJDING IN DE DIRECTE BELASTINGEN

Een onderzoek naar bestaande antimisbruikbepalingen en een poging tot het formuleren van een 'ideale' antimisbruikbepaling

A.B.J. (Angelo) Kumeling
225063
Master Fiscaal Recht
Juni 2017

Examencommissie:
Prof. mr. E.C.C.M. Kemmeren
Mr. G.C. van der Burgt

Lijst met gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
BW	Burgerlijk Wetboek
EU	Europese Unie
FED	FED Fiscale Studieserie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
Nr.	Nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NTFR-B	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht Beschouwingen
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
P.	Pagina
PPT	Principal Purpose Test
Raad	Raad van de Europese Unie
Red.	Redactie
R.o.	Rechtsoverweging
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
Vgl.	Vergelijk
V-N	Vakstudie-Nieuws
Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

Inhoud

1. Inleiding 6

1.1. Aanleiding tot het onderzoek 6
1.2. Opzet van het onderzoek 8

2. Het Unierechtelijke misbruikconcept 10

2.1. Inleiding 10
2.2. Misbruik volgens het HvJ EU 10

2.2.1. De vijf vragen 10
2.2.2. Toegestane nationale antimisbruikbepalingen 11
2.2.3. Het misbruikleerstuk uit de btw 12

2.3. Misbruik volgens de Fusierichtlijn 13

2.3.1. De Fusierichtlijn 13
2.3.2. Misbruik 13

2.4. Misbruik volgens de Raad 19

2.4.1. Elementen van misbruik 19
2.4.2. Constructie 20
2.4.3. Kunstmatigheid en hoofddoel 20
2.4.4. Ondermijnen van het toepasselijke belastingrecht 22

2.5. Conclusie 22

3. Het nationaalrechtelijke misbruikconcept 24

3.1. Inleiding 24
3.2. Misbruik bij splitsingen 24

3.2.1. Inleiding 24
3.2.2. De antimisbruikregel 24

3.3. Misbruik bij buitenlandse belastingplichtigen 27

3.3.1. De antimisbruikmaatregel 28

3.4. Fraus legis 30

3.4.1. De voorwaarden van fraus legis 31
3.4.2. Kunstmatigheid 31
3.4.3. Gevolgen 32
3.4.4. Verhouding met wettelijke misbruikbepalingen 32

3.5. ‘Verschillende wegen’-leer 33

3.5.1. De ‘verschillende wegen’-leer bij fraus legis 33
3.5.2. Het einde van de ‘verschillende wegen’-leer 34
3.5.3. De herrijzenis van de ‘verschillende wegen’-leer 34
3.5.4. De relatie met wettelijke antimisbruikbepalingen 36

3.6. Conclusie 36

4. Misbruik in belastingverdragen 39

4.1. Inleiding 39
4.2. Principal Purpose Test 39

4.2.1. Inleiding 39
4.2.2. Eén van de hoofddoelen 40

4.2.3. Aanbeveling Europese Commissie 41
4.3. Conclusie 41
5. Conclusies en aanbevelingen 42
5.1. Inleiding 42
5.2. Beantwoording eerste deel probleemstelling 42
5.2.1. Het Unierechtelijke misbruikconcept 42
5.2.2. Het nationaalrechtelijke misbruikconcept 43
5.2.3. Het belastingverdragen misbruikconcept 44
5.2.4. Schematisch overzicht 44
5.3. Beantwoording tweede deel probleemstelling 44
5.3.1. Inleiding 44
5.3.2. De goede punten van het Unierechtelijke misbruikconcept 45
5.3.3. De ideale antimisbruikmaatregel 47
5.4. Afsluiting 48
6. Literatuurlijst 49
7. Jurisprudentielijst 53
7.1. Hof van Justitie van de Europese Unie 53
7.2. Hoge Raad 54
7.3. Gerechtshoven 55
8. Kamerstukken en besluiten: 56
8.1. Kamerstukken 56
8.2. Besluiten 56

1. Inleiding

1.1. Aanleiding tot het onderzoek

Reorganisaties van ondernemingen zijn aan de orde van de dag en zullen veelal ingegeven zijn door bedrijfseconomische motieven. Bij een reorganisatie door middel van een bedrijfsfusie worden er vermogensbestanddelen overgedragen en dient er dus in beginsel afgerekend te worden over het fiscale resultaat. Bij een splitsing of juridische fusie is er civielrechtelijk geen sprake van een overdracht maar van een vermogensovergang onder algemene titel.[1] Om dit resultaat toch in de heffing te betrekken, heeft de wetgever een overdrachtsfictie ingevoerd.[2] Een bedrijfsreorganisatie leidt dus in beginsel tot belastingheffing. Aangezien er bij de meeste fusies en splitsingen geen tegenprestatie in contanten maar in aandelen wordt ontvangen, kan directe belastingheffing tot liquiditeitsproblemen leiden. Nu veel reorganisaties daarnaast economisch bezien wenselijk zijn, is fiscale facilitering haast onontkoombaar. De Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) biedt deze facilitering met een wettelijke doorschuifregeling enerzijds en een doorschuifregeling op verzoek anderzijds.[3]

Om te voorkomen dat de regeling een te grote werking krijgt en zodoende onvervalst misbruik faciliteert, zijn er antimisbruikbepalingen opgenomen. Wanneer de fusie respectievelijk splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, vindt de faciliteit geen toepassing.[4] Voorafgaand aan het schrijven van deze scriptie werd mijn aandacht direct getrokken door de antimisbruikbepaling uit de splitsingsfaciliteit. Deze is namelijk identiek aan die van de bedrijfsfusiefaciliteit, maar ruimer dan die dan van de juridische fusie. Dit komt door de toevoeging van de laatste volzin waardoor zakelijke overwegingen niet aanwezig worden geacht indien aandelen binnen drie jaar na de fusie of splitsing worden vervreemd aan een niet verbonden lichaam.[5] Hiermee onderscheidt de regel zich ook van de fiscale behandeling van reorganisaties in de Wet op de inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001), waar we de betreffende volzin eveneens niet aantreffen.[6]

De Nederlandse fiscale behandeling van splitsingen is niet uniek. Zij kent een Europeesrechtelijke basis in de Fusierichtlijn (het secundaire EU-recht).[7] Deze Fusierichtlijn verplicht lidstaten tot het opnemen van een nationale regeling voor splitsingen waarbij vennootschappen van twee of meer lidstaten betrokken zijn.[8] De vraag die lange tijd heerste in de literatuur was of de Fusierichtlijn ook van toepassing is bij zuiver Nederlandse, niet grensoverschrijdende, splitsingen. Zo waren vóór de Belastingherziening 2001 Albert en Van

---

[1] Artikel 2:309 BW voor de juridische fusie respectievelijk artikel 2:334a BW voor de splitsing.
[2] Artikel 14b, eerste lid, Wet VPB 1969 voor de juridische fusie respectievelijk artikel 14a, eerste lid, Wet VPB 1969 voor de juridische splitsing.
[3] Deze doorschuifregelingen zijn te vinden in artikel 14, eerste en tweede lid; artikel 14a, tweede en derde lid; en artikel 14b tweede en derde lid Wet VPB 1969.
[4] Deze bepaling is onder meer te vinden in artikel 14, vierde lid; artikel 14a, zesde lid; en artikel 14b, vijfde lid, Wet VPB 1969.
[5] Vergelijk artikel 14, vierde lid en artikel 14a, zesde lid met artikel 14b, vijfde lid Wet VPB 1969.
[6] Respectievelijk artikel 3.55, vierde lid, sub b, Wet IB 2001 (aandelenfusie), artikel 3.56, vierde lid, Wet IB 2001 (juridische splitsing) en artikel 3.57, vierde lid, Wet IB 2001 (juridische fusie).
[7] Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale begeleiding voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat (*PbEU* 2009, L 310).
[8] Hierbij zij opgemerkt dat Nederland pas sinds 15 juli 2008 civielrechtelijk de mogelijkheid kent om over de landsgrenzen heen juridisch te splitsen of fuseren. Zie hiervoor artikel 2:333b e.v. BW.

der Vegt van mening dat de Nederlandse wetgever een eigen regeling heeft willen ontwerpen voor splitsingen en dat de Fusierichtlijn dus geen rechtskracht heeft bij zuiver nationale splitsingen.[9] Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU)[10] gaf hier in 1997 duidelijkheid over door te stellen dat indien zuiver nationale situaties op dezelfde wijze behandeld worden als situaties waar de richtlijn op ziet (lees: grensoverschrijdende situaties), deze nationale regels richtlijnconform uitgelegd moeten worden.[11] Waar dit arrest duidelijkheid bood voor de aandelenfusies en de bedrijfsfusies, bleef de onzekerheid voor de juridische splitsingen en de juridische fusies bestaan. Pas bij de invoering van het huidige, sinds 2001 geldende, artikel 14a Wet VPB 1969 heeft de wetgever alle onzekerheid weggenomen door in de parlementaire toelichting van de Belastingherziening 2001 te laten blijken dat deze richtlijnconform dient te worden uitgelegd.[12]

Naast de antimisbruikbepalingen uit de Wet VPB 1969 en de Fusierichtlijn is er ook nog het door het HvJ EU ontwikkelde algemene leerstuk inzake misbruik van recht (het primaire EU-recht). Lang was het onduidelijk hoe het misbruikconcept uit de Fusierichtlijn zich verhield tot de rechtspraak van het HvJ EU inzake de toepassing van het misbruik-van-recht-concept als rechtvaardigingsgrond voor een beperking op de verkeersvrijheden. Zo heerste onder andere de vraag of toetsing aan het primaire EU-recht nog wel mogelijk is indien een lidstaat gebruik heeft gemaakt van de in thans artikel 15 Fusierichtlijn geboden mogelijkheid om een antimisbruikbepaling op te nemen. Een ontkennende beantwoording van deze vraag zou mogelijk impliceren dat lidstaten onder een richtlijn meer zouden mogen op gebied van misbruikbestrijding, dan dat zij op grond van nationaal recht zouden mogen.[13] Gelet op de recent aangenomen Anti-belastingontwijkingsrichtlijn[14] die het lidstaten mogelijk maakt een algemene antimisbruikbepaling op te nemen in hun nationale wetgeving had dit verregaande gevolgen kunnen hebben.

Recentelijk heeft het HvJ EU deze vraag bevestigend beantwoord in het *Euro Park Service*-arrest.[15] Het Hof geeft aan dat aangezien artikel 15 Fusierichtlijn niet tot doel heeft een uitputtende harmonisatie tot stand te brengen, toetsing aan het primaire EU-recht wel degelijk mogelijk is indien een lidstaat gebruik heeft gemaakt van de in het secundaire EU-recht geboden mogelijkheid om een antimisbruikbepaling op te nemen.[16] Voorts leert het Hof ons in dit arrest dat misbruik onder het primaire EU-recht hetzelfde is als misbruik in de zin van de richtlijn.[17] Onder het secundaire- en het primaire EU-recht bestaat dus één Unierechtelijk

---

[9] P.G.H. Albert, 'De splitsingsfaciliteit in wetsvoorstel 25 709 en in de Fusierichtlijn', *WFR* 1998/6297 en P.C. van der Vegt, 'Doorschuiving bij juridische splitsing en fusie vanuit Europees perspectief', *WFR* 2001/6447.

[10] Tot de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon sprak men over het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG). Om praktische redenen zal ik in deze thesis, hoewel formeel niet geheel juist in de periode tot 1 december 2009, het Hof enkel aanduiden als het *HvJ EU* of, simpelweg, het *Hof*.

[11] HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), *BNB* 1998/32, r.o. 34. De Hoge Raad nam dit standpunt over in HR 4 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2409, *BNB* 1998/176.

[12] Hetzelfde geldt voor artikel 14b Wet VPB 1969 (juridische fusie).

[13] Redactie Vakstudie Nieuws, 'Franse bijzondere fusieregeling volgens A-G HvJ EU in strijd met EU-recht', *V-N* 2016/57.12. Dit uiteraard alleen indien de misbruikbepaling uit de Fusierichtlijn de lidstaten meer ruimte biedt dan de misbruikbepaling het primaire EU-recht.

[14] Richtlijn 2016/1164/EU 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 (*PbEU* 2016, L 193/1).

[15] HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), *V-N* 2017/17.12.

[16] HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), *V-N* 2017/17.12, r.o. 26.

[17] HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), *V-N* 2017/17.12, r.o. 69.

misbruikconcept. Een algemene antimisbruikregel uit een richtlijn kan zodoende nooit in strijd zijn met het primaire EU-recht, de facto zijn het immers dezelfde bepalingen.[18]

Ook na het *Euro Park Service*-arrest blijven er voor de Nederlandse praktijk en wetenschap nog genoeg vragen onbeantwoord liggen. Nu we weten dat er onder het secundaire- en primaire EU-recht één Unierechtelijk misbruikconcept bestaat, rijst de vraag wat misbruik in dezen nu precies inhoudt én hoe de Nederlandse antimisbruikbepaling uit het zesde lid van artikel 14a Wet VPB 1969 zich hiertoe verhoudt. Tekstueel wijkt deze Nederlandse antimisbruikbepaling immers af van die uit de Fusierichtlijn.

Ook buiten de context van reorganisaties zien we veelvuldig antimisbruikbepalingen terugkomen. Naast de eerdergenoemde Anti-belastingontwijkingsrichtlijn kent onze nationale wet ook een aantal antimisbruikbepalingen als implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn.[19] Daarnaast hebben we ook met het door de Hoge Raad ontwikkelde, buitenwettelijke, misbruikleerstuk van fraus legis te maken. Ook in het 'Base Erosion and Profit Shifting'-project (hierna: BEPS-project) van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) zien we een antimisbruikbepaling haar intrede doen.[20] Hoewel deze bepalingen hetzelfde doel voor ogen hebben, het bestrijden van misbruik, verschillen ze (tekstueel) wel degelijk van elkaar.[21]

De antimisbruikbepaling uit de Nederlandse facilitering van splitsingen is mijn initiële trigger geweest tot het doen van dit onderzoek. Nu het HvJ EU onlangs officieel heeft bevestigd dat er sprake is van één Unierechtelijk misbruikconcept, heeft ook dit mijn aandacht getrokken. Weinig onderzoek is nodig om vast te kunnen stellen dat de verschillende misbruikbegrippen tekstueel niet identiek aan elkaar zijn. Dit is des te meer het geval als we ook andere antimisbruikmaatregelen, buiten het kader van reorganisaties, analyseren. Verdwalen in het bos dat misbruik heet, ligt dan ook op de loer. Zeker gezien het veelvoud aan verschillende antimisbruikbepalingen is een algemene definitie van misbruik immers niet eenvoudig te geven. Toch ga ik in deze thesis een poging wagen. Daarnaast tracht ik met dit onderzoek bij te kunnen dragen aan de ontwikkeling van het 'ideale' antimisbruikconcept.[22]

De probleemstelling van dit onderzoek luidt als volgt: '*Uit welke elementen bestaan de huidige antimisbruikmaatregelen en waaruit zou een antimisbruikmaatregel voor de directe belastingen idealiter moeten bestaan?'*.

1.2. Opzet van het onderzoek

In deze thesis staat het begrip misbruik centraal. Ik begin mijn thesis in hoofdstuk 2 met een onderzoek naar het Unierechtelijke misbruikconcept. Hier ga ik allereest onderzoeken wat het HvJ EU onder misbruik verstaat. Vervolgens ga ik misbruik in de zin van de Fusierichtlijn, hetgeen toch gedeeltelijk de katalysator van dit onderzoek is, nader analyseren. Ik maak het onderzoek naar het Unierechtelijke misbruikconcept compleet door, met name aan de hand van de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn, te kijken wat de Raad van de Europese Unie (hierna: de Raad) onder misbruik verstaat. De Raad is binnen de Europese Unie immers het bevoegde

[18] Redactie Vakstudie Nieuws, 'Zaak-Euro Park Service. Franse bijzondere fusieregeling in strijd met EU-recht', *V-N* 2017/17.12.

[19] Artikel 17, derde lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 en artikel 1, zevende lid, Wet DB 1965.

[20] OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report* (OECD/G20 BEPS Project), Parijs: OECD Publishing 2015.

[21] Opgemerkt dient te worden dat de door mij behandelde antimisbruikmaatregelen geen uitputtende opsomming vormen van alle bestaande antimisbruikmaatregelen. Het is slechts een selectie van de in mijn ogen meest belangrijke en fundamentele antimisbruikbepalingen.

[22] Hierbij, uiteraard, vooropstellend dat een ideale bepaling altijd een utopie is.

orgaan om richtlijnen aan te nemen.[23] In de conclusie van dit hoofdstuk beantwoord ik mijn eerste deelvraag: '*Wat is het Unierechtelijke misbruikconcept?*'.

In hoofdstuk 3 keer ik mij tot het nationale recht. Hier ga ik een onderzoek doen naar misbruik bij splitsingen als implementatie van de Fusierichtlijn en misbruik bij buitenlandse belastingplicht als implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn. Vervolgens ga ik het door de Hoge Raad ontwikkelde buitenwettelijke leerstuk van fraus legis analyseren. In het kader van fraus legis is ook de 'verschillende wegen'-leer ontstaan. In een aparte paragraaf ga ik hier nader op in, waarbij ik ook onderzoek of deze verschillende wegen-leer ook buiten de context van fraus legis werking heeft gevonden. In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: '*Wanneer is er sprake van misbruik bij (i) artikel 14a Wet VPB 1969, (ii) artikel 17 Wet VPB 1969 en (iii) fraus legis, en wat is de invloed van de verschillende wegen-leer op deze antimisbruikmaatregelen?*'.

In het vierde hoofdstuk van deze thesis ga ik de misbruikbestrijding in belastingverdragen analyseren aan de hand van de antimisbruikmaatregel zoals die door de OESO is voorgesteld in het kader van het BEPS-project. De deelvraag die ik hier tracht te beantwoorden luidt: '*Wat is het door de OESO voorgestelde misbruikconcept bij de belastingverdragen?*'.

In hoofdstuk 6 ten slotte, presenteer ik al mijn bevindingen en conclusies. Daarnaast zal ik hier de probleemstelling beantwoorden en eindig ik mijn thesis met enkele aanbevelingen teneinde een poging te wagen om een ideaal, dan wel idealer, antimisbruikconcept te formuleren.

[23] Artikel 289 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

2. Het Unierechtelijke misbruikconcept

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk staat het Unierechtelijke misbruikconcept centraal. Uit het *Euro Park Service*-arrest is gebleken dat er sprake is van één Unierechtelijk misbruikconcept. Om erachter te komen wat dit concept precies behelst, ga ik allereerst een onderzoek doen naar het algemene misbruikleerstuk van het HvJ EU. Ik ga dit doen door enerzijds te kijken welke eisen het Hof stelt aan antimisbruikbepalingen van de lidstaten en anderzijds door te kijken naar het misbruikleerstuk dat het zelf heeft ontwikkeld op het gebied van de indirecte belastingen (§ 2.2). Vervolgens ga ik het huidige artikel 15 van de Fusierichtlijn analyseren op basis van enkele richtinggevende arresten van het HvJ EU (§ 2.3). De Raad is binnen de Europese Unie het bevoegde orgaan om richtlijnen aan te nemen. Om die reden ga ik in § 2.4 onderzoeken wat zij onder misbruik verstaat.[24] Hierbij zal ik mij met name toespitsen op de algemene antimisbruikbepaling uit de vorig jaar aangenomen Anti-belastingontwijkingsrichtlijn.[25] Na deze analyse van het Europese recht kan ik in § 2.5 de bij dit hoofdstuk behorende deelvraag '*Wat is het Unierechtelijk misbruikconcept?*' beantwoorden.

2.2. Misbruik volgens het HvJ EU

2.2.1. De vijf vragen

Wanneer het HvJ EU een vraag krijgt voorgelegd over de verenigbaarheid van een nationaalrechtelijke bepaling met het EU-recht, toetst het aan de hand van vijf vragen:

1. Is er toegang tot het EU-recht?
2. Is er sprake van discriminatie of een belemmering ten opzichte van binnenlandse situaties?
3. Is er een geldige grond die deze belemmering rechtvaardigt?
4. Is de nationale maatregel geschikt?
5. Is de nationale maatregel proportioneel?

Het leerstuk van misbruik van recht lijkt met name te zien op de vragen één en drie. Allereerst moet namelijk gekeken worden of belastingplichtige überhaupt wel toegang heeft tot het Europese recht als hij dit enkel wil gebruiken om beperkende nationale maatregelen te ontwijken. Een discussie hieromtrent is voor het eerst op gang gekomen naar aanleiding van het *TV10*-arrest.[26] Hier werd middels een zogenaamde U-bochtconstructie[27] een situatie gecreëerd waardoor een beroep op het EU-recht mogelijk werd. In het *Centros*-arrest speelde een vergelijkbare situatie.[28] Ook hier werd een buitenlandse vennootschap opgericht om zo bepaalde eisen uit de nationale wet te omzeilen. In beide arresten oordeelde het HvJ EU dat de weigering dergelijke constructies toe te staan een belemmering van het EU-recht vormde.[29] Dat het HvJ EU deze vraag beantwoordde, impliceert dat er aan de eerste vraag, of er toegang is tot het EU-recht, is voldaan. Ik ben het dan ook eens met *Korving* die stelt dat de misbruiktoets feitelijk pas aan de orde komt bij de behandeling van de derde vraag, de

[24] Uiteraard is de Fusierichtlijn ook een product van de Raad. In dit onderzoek ga ik echter kijken naar andere, meer recente, richtlijnen om de actuele visie van de Raad te kunnen analyseren.
[25] Richtlijn 2016/1164/EU 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 (*PbEU* 2016, L 193/1).
[26] HvJ EG 5 oktober 1994, C-23/93 (*TV10*).
[27] Een U-bochtconstructie werd gebruikt door commerciële omroepen om vanuit het buitenland radio- en/of televisieprogramma's in Nederland uit te zenden in de tijd dat commerciële radio en televisie in Nederland zelf nog verboden was.
[28] HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97 (*Centros*).
[29] In het TV10-arrest was de belemmering gerechtvaardigd, in het Centros-arrest niet.

rechtvaardigingsgronden.[30] Ter onderbouwing van dit standpunt verwijst hij onder meer naar een arrest van de Hoge Raad waaruit afgeleid kan worden dat een beroep op het EU-recht in misbruiksituaties mogelijk is, maar dat dit beroep geen vruchten af kan werpen aangezien een belemmering in een dergelijk geval gerechtvaardigd is.[31]
Omdat ook het primaire EU-recht geen bepaling kent dat toegang tot het EU-recht ontneemt in geval van misbruik,[32] speelt het misbruikleerstuk enkel bij de vraag of er een rechtvaardigingsgrond is voor een belemmerende maatregel van een lidstaat.

2.2.2. Toegestane nationale antimisbruikbepalingen
Het leerstuk inzake misbruik van recht functioneert in de directe belastingen als een instrument om een evenwicht te vinden tussen het belang van fiscale soevereiniteit van de lidstaten (een lidstaat moet het recht hebben om belasting te heffen ter zake van economische activiteiten op zijn grondgebied) en de eisen van de interne markt (de economische handelingsvrijheid van ondernemingen).[33] Lidstaten mogen antimisbruikmaatregelen treffen teneinde onacceptabele uitholling van hun fiscale soevereiniteit te voorkomen. Dit kan echter niet zo ver gaan dat dat de kern van de vrijeverkeersbepalingen ontkend wordt.[34]

Indien een lidstaat onderscheid maakt tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties, is er in beginsel sprake van strijd met het EU-recht (de tweede vraag uit het toetsingskader van het HvJ EU). Deze strijdigheid kan gerechtvaardigd worden indien de belemmerende maatregel noodzakelijk is om misbruik te voorkomen (de derde vraag uit het toetsingskader van het HvJ EU). Lidstaten mogen echter niet gebruik maken van een algemene antimisbruikmaatregel waarmee elke grensoverschrijding an sich al kwalificeert als misbruik.[35] Misbruik moet 'van geval tot geval op basis van objectieve gegevens' worden beoordeeld.[36] In het *Leur-Bloem*-arrest oordeelde het Hof in woorden van gelijke strekking bij de uitleg van de misbruikbepaling uit de Fusierichtlijn.[37] Algemeen geformuleerde anti-misbruikregels in de nationale wetgeving van lidstaten zijn zodoende enkel toegestaan indien zij slechts in specifieke situaties worden toegepast.[38]

Een nationale anti-misbruikmaatregel die de vrijheid van vestiging beperkt, kan volgens het HvJ EU gerechtvaardigd zijn indien zij specifiek is gericht op het bestrijden van volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken.[39] Uit de *Cadbury Schweppes*-zaak volgt dat van een volstrekt kunstmatige

---

[30] J.J.A.M. Korving, 'Misbruik en primair EU-recht', *TFO* 2013/125.3, § 2. Zie in deze context ook P.J. Wattel, noot bij HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), *BNB* 2007/54, punt 4.
[31] HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AI0739, *BNB* 2004/142. Korving baseert zijn standpunt op de zinsnede 'met vrucht een beroep doen' uit r.o. 3.3.
[32] HvJ EU 29 maart 2012, C-417/10 (*3M Italia*), *V-N* 2012/18.17.2, r.o. 32.
[33] S.C.W. Douma, 'Misbruik van secundair Unierecht in de directe belastingen', *TFO* 2013/125.4, § 3.1.
[34] 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, § 4.3.1.
[35] HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*), *BNB* 2004/258, r.o. 51.
[36] HvJ EG 2 mei 1996, C-206/94 (*Paletta*), r.o. 25, bevestigd in: HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97 (*Centros*), r.o. 25.
[37] HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), *BNB* 1998/32, r.o. 41.
[38] J.J.A.M. Korving, 'Misbruik en primair EU-recht', *TFO* 2013/125.3, § 3.
[39] HvJ EG 16 juli 1998, C-264/96 (*ICI*) *BNB* 1998/420, r.o. 26; HvJ EG 12 december 2002, C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*), *BNB* 2003/170, r.o. 37; HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*), *BNB* 2004/258, r.o. 50; HvJ EG 13 december 2005, C-446/03 (*Marks & Spencer*), *BNB* 2006/72, r.o. 57; en HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), *BNB* 2007/54, r.o. 51.

constructie bijvoorbeeld sprake is wanneer een buitenlandse vestiging geen enkele daadwerkelijke economische activiteit verricht in de lidstaat van vestiging. Hierbij valt onder meer te denken aan brievenbusmaatschappijen en schijnvennootschappen. Of er sprake is van daadwerkelijke economische activiteit moet beoordeeld worden aan de hand van objectieve en door derden controleerbare elementen, zoals de aanwezigheid van lokalen, personeel en uitrusting. Belastingplichtige mag van het HvJ EU best fiscale beweegredenen hebben voor het opzetten van een constructie, zolang hij daadwerkelijk in de desbetreffende lidstaat gevestigd is en hier daadwerkelijk economische activiteiten uitoefent is er geen sprake van misbruik.[40]

Een nationale antimisbruikmaatregel mag van het HvJ EU geen algemeen vermoeden van belastingfraude of -ontwijking behelzen.[41] Daarnaast blijkt uit rechtspraak van het HvJ EU dat belastingplichtige in staat moet zijn om zonder buitensporige administratieve moeite bewijs aan te dragen waaruit de eventuele commerciële redenen van het plaatsvinden van de betreffende transactie blijkt.[42] Een antimisbruikregeling die belastingplichtige verplicht om systematisch de zakelijkheid van een prestatie en de daarop betrekking hebbende beloning aan te tonen, zonder dat de belastingdienst ook maar een begin van bewijs van belastingfraude of -ontwijking hoeft te verschaffen, is niet toegestaan.[43]

2.2.3. Het misbruikleerstuk uit de btw

Naast het stellen van regels waaraan nationale antimisbruikbepalingen moeten voldoen heeft het HvJ EU ook zelf een misbruikleerstuk ontwikkeld in een aantal *btw*-arresten. In *Emsland-Stärke* oordeelde het HvJ EU voor het eerst dat sprake is van misbruik van Europees recht indien een belastingplichtige de bedoeling had een voordeel te verkrijgen door kunstmatig voorwaarden te creëren waarmee dat voordeel verkregen kan worden, op een dusdanige manier dat het doel van de betreffende regeling niet wordt bereikt.[44] Misbruik in deze zin kent dus een objectief element, zijnde strijdigheid met de doelstelling van de regeling, en een subjectief element, de bedoeling om kunstmatig een voordeel te verkrijgen.[45]

Nadere invulling aan het misbruikbegrip heeft het HvJ EU gegeven in het *Halifax*-arrest. Hier oordeelde het dat er sprake is van misbruik indien (i) de gepleegde handelingen ertoe leiden dat in strijd met het doel van de wettelijke regelingen een belastingvoordeel wordt toegekend en (ii) uit een geheel van objectieve factoren blijkt dat het wezenlijke doel van de betrokken transactie erin bestaat een belastingvoordeel te verkrijgen. In dat geval moet er belasting worden geheven alsof de transacties niet hebben plaatsgevonden.[46]
Bij de beoordeling van de tweede eis kan het louter kunstmatige karakter van de handelingen een aanwijzing zijn dat het wezenlijke doel van de transactie het verkrijgen van een belastingvoordeel is. Juridische, economische en/of persoonlijke banden tussen de betrokken ondernemingen spelen hierbij ook een rol. Door het in aanmerking nemen van deze omstandigheden kan blijken dat het verkrijgen van een belastingvoordeel het wezenlijke doel

---

[40] HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), *BNB* 2007/54, r.o. 67, 68 en 75.
[41] HvJ EG 9 november 2006, C-433/04 (*Commissie/België*), *V-N* 2006/60.15, r.o. 35.
[42] HvJ EG 13 maart 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), *V-N* 2007/15.9, r.o. 82, bevestigd in: HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10 (*SIAT*), *V-N* 2012/35.21.2, r.o. 50 en HvJ EU 3 oktober 2013, C-282/12 (*Itelcar*), *V-N* 2013/49.18.3, r.o. 37.
[43] HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10 (*SIAT*), *V-N* 2012/35.21.2, r.o. 55. Zie ook Conclusie A-G Kokott 19 januari 2017, C-6/16 (*Eqiom*), r.o. 27-31.
[44] HvJ EG 12 december 2000, C-110/99 (*Emsland-Stärke*), *BNB* 2003/169, r.o. 59.
[45] L.A. de Blieck e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2015, p. 429-430.
[46] HvJ EG 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*), *BNB* 2006/170. In gelijke zin HvJ EG 21 februari 2008, C-425/06 (*Part Service Srl*), *BNB* 2009/1.

van de transactie is, ondanks dat er ook economische doelen een rol hebben gespeeld.[47] Indien er in dat geval ook nog sprake is van een belastingvoordeel dat wordt behaald in strijd met de wettelijke regeling, is er sprake van misbruik in de zin van het Europeesrecht. In elk geval in de sfeer van de indirecte belastingen kan hier rechtstreeks een beroep op worden gedaan, ook bij het ontbreken van een nationale antimisbruikmaatregel van de lidstaat.[48]

2.3. Misbruik volgens de Fusierichtlijn

2.3.1. De Fusierichtlijn

Voor een goede werking van de interne markt is het cruciaal dat ondernemingen zonder fiscale belemmeringen grensoverschrijdende activiteiten kunnen ontplooien. Dit geldt des te meer op het gebied van reorganisaties, aangezien dergelijke activiteiten over het algemeen als economisch wenselijk worden beschouwd. Om die reden kennen de meeste lidstaten fiscale faciliteiten voor fusies en splitsingen. Bedrijven die in Europa grensoverschrijdend wensen te reorganiseren vinden de bron van hun fiscale facilitering sinds 1990 in de Fusierichtlijn.[49]

De Fusierichtlijn verplicht lidstaten tot het implementeren van wetgeving om fusies en splitsingen fiscaal geruisloos te kunnen doen plaatsvinden.[50] Burgers en bedrijven kunnen zich echter in beginsel niet direct op de Richtlijn beroepen. Een richtlijn heeft immers geen rechtstreekse werking maar is in essentie een opdracht aan de lidstaten tot het aanpassen van hun wetgeving. Indien de lidstaat deze opdracht niet, of niet tijdig uitvoert en de betreffende richtlijnbepaling duidelijk en onvoorwaardelijk is, dan is volgens het HvJ EU een rechtstreeks beroep op de Richtlijn wel mogelijk.[51]

De Fusierichtlijn is van toepassing op juridische fusies, juridische splitsingen, aandelenfusies en bedrijfsfusies.[52] Indien aan een aantal voorwaarden wordt voldaan schrijft de Richtlijn voor dat er geen fiscale afrekening plaats hoeft te vinden ter zake van de fusie of de splitsing.[53] Lidstaten hoeven deze faciliteiten echter niet te verlenen indien er sprake is van misbruik. In deze paragraaf staat dit misbruikconcept centraal.

2.3.2. Misbruik

Artikel 15, eerste lid, onderdeel a, Fusierichtlijn (voorheen artikel 11) biedt lidstaten de mogelijkheid om de door de Richtlijn voorgeschreven faciliteiten (gedeeltelijk) te weigeren indien blijkt dat met de betreffende rechtshandeling(en) misbruik is beoogd. Blijkens de tekst van artikel 15 Fusierichtlijn is er sprake van misbruik indien de rechtshandeling als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft. Hierbij geldt het vermoeden dat als een rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen,

---

[47] HvJ EG 21 februari 2008, C-425/06 (*Part Service Srl*), *BNB* 2009/1, r.o. 62.
[48] L.A. de Blieck e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2015, p. 431.
[49] De oorspronkelijke Fusierichtlijn van 23 juli 1990 (Richtlijn 90/434/EEG) is per 17 februari 2005 inhoudelijk gewijzigd en aangevuld (Richtlijn 2005/19/EG). In 2006 hebben er enkele tekstuele wijzigingen plaatsgevonden (Richtlijn 2006/98/EG) waarna de Richtlijn in 2009 voor het laatst vernieuwd en vernummerd is (Richtlijn 2009/133/EG). Waar in deze thesis over de Fusierichtlijn wordt gesproken wordt, tenzij anders aangegeven, gedoeld op de Richtlijn zoals deze sedert 2009 luidt.
[50] Voor een overzicht van de tekortkomingen van de Richtlijn verwijs ik naar: G.F. Boulogne, 'Shortcomings in the European Union Merger Directive: Lessons for Future Harmonization', *Intertax* (vol. 44, nr. 11) 2016 en het proefschrift van dezelfde auteur: G.F. Boulogne, *Shortcomings in the EU Merger Directive* (Series on International Taxation, nr. 57), Kluwer 2016.
[51] Dit is inmiddels vaste jurisprudentie van het Hof. Ik verwijs hiervoor onder meer naar HvJ EG 5 april 1979, C-148/78 (*Ratti*) en HvJ EG 19 januari 1982, C-8/81 (*Becker*).
[52] Artikel 1 Fusierichtlijn. Ik ga niet in op de verplaatsing van de statutaire zetel van een Europese vennootschap (SE) en Europese coöperatieve vennootschap (SCE).
[53] Zie voor meer informatie over deze voorwaarden: J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2016, § 8.2.1.

aangenomen mag worden dat minstens een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking is. De Fusierichtlijn noemt vervolgens als voorbeeld van zakelijke overwegingen een herstructurering of een rationalisering van de activiteiten van de bij de fusie of splitsing betrokken vennootschappen.

Het niet aanwezig zijn van zakelijke overwegingen is enkel een bewijsvermoeden. Het wel aanwezig zijn van zakelijke overwegingen betekent niet automatisch dat er geen sprake is van misbruik in de zin van de Fusierichtlijn. De hoofdtoets blijft immers of het hoofddoel of een der hoofddoelen van de rechtshandeling belastingfraude of belastingontwijking is.

Aangezien het HvJ EU belast is met de uitlegging van Europees recht en dus ook met de uitlegging van de Fusierichtlijn is het goed om enkele richtinggevende arresten op dit gebied, in chronologische volgorde, nader te beschouwen. Ik richt mij hier enkel op de overwegingen omtrent de uitleg van de antimisbruikbepaling.

2.3.2.1. Leur-Bloem

Een rechterlijke uitlegging van het Fusierichtlijnmisbruikconcept heeft voor het eerst plaatsgevonden met het *Leur-Bloem*-arrest.[54] In dit arrest ging het om een Nederlandse natuurlijk persoon die middels een aandelenfusie haar aandelen in twee vennootschappen inbracht in een houdstervennootschap, die als zodanig geen materiële onderneming dreef. Het Hof bepaalde in dezen dat de bevoegde nationale autoriteiten een rechtshandeling in elk concreet geval in haar geheel moeten onderzoeken om vast te kunnen stellen of er sprake is van misbruik. Vooraf vastgestelde algemene criteria zijn niet afdoende.[55] De nationale autoriteiten kunnen volgens het Hof onder meer kijken naar de vraag of:

- de overnemende houdster een onderneming drijft;
- er zowel voor als na de herstructurering sprake is van eenzelfde uiteindelijke aandeelhouder;
- er sprake is van uitsluitend een juridische herstructurering omdat reeds voor de fusie sprake was van een eenheid in financieel en economisch opzicht; en
- de fusie plaatsvindt voor een beperkte periode.

Bovengenoemde elementen kunnen echter niet op zichzelf als doorslaggevend worden geacht omdat zij ook aan de orde kunnen zijn bij fusies en splitsingen die op zakelijke overwegingen zijn gebaseerd. In dat geval mag, mits belastingfraude of -ontwijking niet het hoofddoel of een van de hoofddoelen van de rechtshandeling is, het verlenen van de richtlijnfaciliteit niet geweigerd worden. Het louter nastreven van een fiscaal voordeel is, zo heeft het Hof uitdrukkelijk bepaald, geen zakelijke overweging. Het nastreven van horizontale fiscale verliescompensatie is hier een voorbeeld van.[56]

2.3.2.2. Kofoed

In het *Kofoed*-arrest[57] was het, kort gezegd, de vraag of een beroep op de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn wel mogelijk is, nu de betreffende lidstaat, in casu Denemarken, deze bepaling niet in haar nationale wet heeft geïmplementeerd. Het Hof merkt allereerst op dat de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn het algemene beginsel inzake misbruik van recht weerspiegelt. Zij beschrijft misbruik hier, onder verwijzing naar onder meer de arresten

[54] HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), *BNB* 1998/32.
[55] Dit is bevestigd in HvJ EG 11 december 2008, C-285/07 (*A-T*), *V-N* 2009/5.14.
[56] HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), *BNB* 1998/32, r.o. 41,42, 47 en 48. Overigens zij opgemerkt dat Hof Amsterdam vervolgens besliste dat streven naar horizontale verliescompensatie niet als belastingontwijking kwalificeert. Zie Hof Amsterdam 24 juli 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AV2611, *BNB* 1998/398, r.o. 5.3.
[57] HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), *V-N* 2007/34.12.

Centros, *Halifax*, en *Cadbury Schweppes*, als transacties die niet zijn verricht in het kader van normale handelstransacties, maar uitsluitend met het doel om de door het gemeenschapsrecht toegekende voordelen op onrechtmatige wijze te verkrijgen.[58] Het HvJ EU kiest in dit arrest voor een strengere uitleg van het misbruikbegrip dan dat de tekst van de Fusierichtlijn lijkt te impliceren. Waar in de Richtlijn gesproken wordt over *hoofddoel of een van de hoofddoelen* beperkt het Hof zich tot de eis *uitsluitend*. Ook is het interessant om te zien dat het Hof uitdrukkelijk verwijst naar het *Halifax*-arrest, bij het formuleren van de term het *uitsluitende doel*. Zoals in § 2.2.3 gezien, spreekt het Hof in het *Halifax*-arrest nog van het *wezenlijke doel*.[59] In *Part Service Srl* geeft het HvJ EU aan dat het *wezenlijke doel* inhoudt dat ondanks de aanwezigheid van economische doelen, er alsnog sprake kan zijn van misbruik.[60] In het *Kofoed*-arrest lijkt het Hof nu een strengere uitleg van het misbruikconcept te voorstaan. Samenvattend bevestigd het Hof dat het misbruikconcept uit de Fusierichtlijn niets meer of minder is dan een reflectie van 's Hofs algemene leerstuk inzake misbruik van recht, waarbij het gaat om het *uitsluitende doel* van de transactie.[61]

Pancham is in de Cursus Belastingrecht van mening dat dit impliceert dat het huidige artikel 15 Fusierichtlijn overbodig is. Transacties die onder de Fusierichtlijn vallen kunnen immers, zo beargumenteert hij, rechtstreeks aan de antimisbruikbepaling uit het primaire EU-recht getoetst worden.[62] *A-G Kokott* is in haar conclusie bij dit arrest echter een andere mening toegedaan. Zij geeft aan dat rechtstreekse toetsing aan het uit het primaire EU-recht voortvloeiende antimisbruikverbod ongeoorloofd is indien het secundaire EU-recht, in casu de Fusierichtlijn, een eigen antimisbruikbepaling kent. Voor gevallen die onder de werkingssfeer van de Richtlijn vallen heeft het algemene misbruikleerstuk namelijk zijn specifieke uitdrukking en concretisering gevonden in de antimisbruikbepaling van de Richtlijn. Een andere gedachte zou de beoogde harmonisatie ondermijnen en de rechtszekerheid in gevaar brengen.[63] In haar conclusie bij het hierna te bespreken *Zwijnenburg*-arrest betoogt zij gelijkluidend.[64] Recentelijk is dit discussiepunt beantwoord in het *Euro Park Service*-arrest. Ik verwijs hiervoor naar § 2.3.2.5 van deze thesis.

Voorts geeft het HvJ EU aan dat implementatie van de antimisbruikregel in de nationale wetgeving niet strikt noodzakelijk is, mits de lidstaten een nationaalrechtelijke basis hebben om misbruik te bestrijden.[65] Een ongeschreven leerstuk als fraus legis volstaat hier ook voor.[66] Het nationale recht dient zoveel mogelijk richtlijnconform te worden uitgelegd. Dit kan echter niet zover gaan dat een richtlijn uit zichzelf verplichtingen oplegt aan particulieren. Een nationale basis is dus altijd vereist.[67] *Pancham* is echter van mening dat deze nationale basis niet noodzakelijk is omdat een rechtstreeks beroep op het uit het primaire EU-recht

[58] HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), *V-N* 2007/34.12, r.o. 38.
[59] HvJ EG 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*), *BNB* 2006/170.
[60] HvJ EG 21 februari 2008, C-425/06 (*Part Service Srl*), *BNB* 2009/1, r.o. 62.
[61] Het Hof nuanceert deze *uitsluitende doel*-eis echter in het latere *Foggia*-arrest. Zie § 2.3.2.4 van deze thesis.
[62] S.R. Pancham, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 7.2.8 (online, laatst bijgewerkt op 14 april 2016). Wattel en Douma zijn dezelfde mening toegedaan, zie S.C.W. Douma, 'Misbruik van secundair Unierecht in de directe belastingen', *TFO* 2013/125.4, § 4.1.
[63] Conclusie A-G Kokott 8 februari 2007 bij HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*).
[64] Conclusie A-G Kokott 16 juli 2009 bij HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*). Zie voor een kritische beschouwing hiervan: F. van Horzen, commentaar bij Conclusie A-G Kokott 16 juli 2009 bij HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), *NTFR* 2009/1662.
[65] HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), *V-N* 2007/34.12, r.o. 44.
[66] 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, § 4.4.2.
[67] HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), *V-N* 2007/34.12, r.o. 45.

voortvloeiende algemene beginsel inzake misbruik van recht, ook mogelijk is.[68] Bij deze mening zijn echter wel kanttekeningen te plaatsen. Misbruik in de zin van het primaire EU-recht geldt namelijk als een rechtvaardigingsgrond voor een belemmerende maatregel van een lidstaat. In wezen gaat het hier om 'negatieve harmonisatie'. Bij zuiver nationale fusies dan wel splitsingen biedt dit voor de lidstaat echter geen uitkomst indien er voor gekozen is om, net als in Nederland, dergelijke gevallen richtlijnconform te behandelen. Zonder implementatie van de antimisbruikmaatregel uit Fusierichtlijn en zonder nationale basis om misbruik te bestrijden is misbruikbestrijding in dezen onmogelijk. Het primaire EU-recht is in een dergelijke, louter nationale, situatie namelijk onbereikbaar.

2.3.2.3. Zwijnenburg

In het *Zwijnenburg*-arrest[69] diende het HvJ EU te bepalen of de faciliteiten uit de Fusierichtlijn wel geweigerd kunnen worden indien een samenstel van rechtshandelingen erop is gericht om heffing van een andere belasting (in casu overdrachtsbelasting) dan die waarop de faciliteiten van de Richtlijn betrekking hebben, te voorkomen. Het HvJ EU gaf hier aan dat de antimisbruikbepaling van thans artikel 15 Fusierichtlijn eng moet worden uitgelegd waarbij rekening gehouden moet worden met de bewoordingen en de doelstelling ervan en met de context waarin het moet worden geplaatst. Deze bepaling ziet volgens het Hof enkel op belastingen waarop de Richtlijn uitdrukkelijk betrekking heeft. Dit zijn belastingen die heffen over meerwaarden. De Nederlandse vennootschapsbelasting is zo'n belasting, de overdrachtsbelasting uitdrukkelijk niet.[70]

Van der Burgt en De Vries betogen dat de Fusierichtlijn, toegespitst op Nederland, uitsluitend uitdrukkelijk betrekking heeft op de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting.[71] Over de vraag of de faciliteiten van de Fusierichtlijn geweigerd kunnen worden ingeval het hoofddoel of een van de hoofddoelen van de rechtshandeling het ontwijken van dividendbelasting is, bestaat onenigheid in de literatuur. *Van Horzen*[72] en *Boulogne*[73] zijn met *Van der Burgt en De Vries* van mening dat de dividendbelasting niet onder de Fusierichtlijn valt. Indien een rechtshandeling als hoofddoel of een der hoofddoelen het voorkomen van dividendbelasting heeft, is er geen sprake van misbruik in de zin van de Fusierichtlijn. Michielse lijkt echter een andere mening toegedaan door te stellen dat de dividendbelasting naadloos aansluit bij de in de Fusierichtlijn bedoelde belastingen.[74] Daar ik zijn betoog minder overtuigend vind dan dat van eerdergenoemde auteurs ben ik evenwel van mening dat de Fusierichtlijn geen betrekking heeft op de dividendbelasting.[75] Het ontwijken van dividendbelasting is dus geen misbruik in de zin van de Fusierichtlijn.

Een ander interessant punt aangestipt door *A-G Kokott* en (helaas) niet door het HvJ EU behandeld, is de 'omweg-discussie'. In de zaak voorafgaand aan dit arrest, *BNB* 2008/245, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een kunstmatige omweg wel degelijk reden kan zijn om de faciliteiten van de Fusierichtlijn te weigeren met een beroep op misbruik, ook al is het einddoel zakelijk.[76] Hieruit volgt dat niet alleen het einddoel zakelijk moet zijn maar de ook de

---

[68] S.R. Pancham, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 7.2.8 (online, laatst bijgewerkt op 14 april 2016).
[69] HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), *BNB* 2010/257.
[70] HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), *BNB* 2010/257, r.o. 46-56.
[71] G.C. van der Burgt & R.J. de Vries, 'De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten', *WFR* 2012/1693, § 6.1.
[72] F. van Horzen, noot bij HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), *NTFR* 2010/1562.
[73] G.F. Boulogne, noot bij HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), *FED* 2010/105.
[74] G.M.M. Michielse, 'De Fusierichtlijn – Belastingontwijking', *NTFR-B* 2010/30, § 4.
[75] Zie hiervoor ook: R.J. de Vries, noot bij HR 29 juni 2012, *BNB* 2012/261, § 14.
[76] HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:AZ8524, *BNB* 2008/245.

weg hiernaartoe.[77] De Hoge Raad lijkt hiermee de met *BNB* 2005/169, ter ziele gegane 'verschillende wegen'-leer van fraus legis, nieuw leven ingeblazen te hebben via het leerstuk van fusies en splitsingen.[78] *A-G Kokott* gaat hierop in door te stellen dat zij het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen doel en middel buitensporig vindt. Belastingplichtigen hebben immers de vrijheid om de fiscaal voordeligste weg te kiezen. De keuze voor de fiscaal voordeligste weg levert 'in se' nog geen grond op voor misbruik in de zin van de Richtlijn.[79] Voor een uitgebreide beschouwing van deze 'verschillende wegen'-leer verwijs ik naar § 3.5 van deze thesis.

2.3.2.4. Foggia

In het *Foggia*-arrest[80] stond de uitleg van het begrip 'zakelijke overwegingen' centraal. Het ging in dit arrest om een fusie tussen twee tot dezelfde groep behorende Portugese vennootschappen. De fusie zou een positief effect hebben op de structurele kosten van de groep, hoewel de overgenomen vennootschap geen activiteit uitoefent, geen financiële participaties aanhoudt en slechts grote verliezen van onbestemde oorsprong aan de overnemende vennootschap overdraagt. Het HvJ EU geeft hierbij aan dat geen van deze factoren op zichzelf als doorslaggevend beschouwd kunnen worden om misbruik vast te stellen. Dat de verliezen, zonder duidelijke herkomst, erg groot zijn, kan echter wel een aanwijzing zijn voor belastingfraude of -ontwijking.[81]

Voorts bevestigt het Hof zijn overweging uit het *Leur-Bloem*-arrest dat het begrip 'zakelijke overwegingen' ruimer is dan het louter nastreven van een zuiver fiscaal voordeel. Aan een fusie kunnen, zo betoogt het Hof, verschillende doelstellingen, waaronder eventueel ook fiscale overwegingen, ten grondslag liggen. Een dergelijke fusie kan dan alsnog op grond van zakelijke overwegingen plaatsvinden, op voorwaarde dat de fiscale overwegingen niet doorslaggevend zijn. Een vermindering van de administratieve en beheerskosten kan hierbij niet zonder meer als zakelijke overweging worden beschouwd daar dit inherent is aan herstructureringen. Een andersluidend antwoord zou immers impliceren dat de antimisbruikbepaling van artikel 15 Fusierichtlijn zinledig wordt.[82]

Het HvJ EU laat het vervolgens aan de verwijzende rechter om te beoordelen of, gelet op alle omstandigheden van het geding, er al dan niet zakelijke overwegingen aan de fusie ten grondslag liggen. De verwijzende rechter zal hier dus moeten beoordelen of de omvang van de kostenbesparing substantieel is of niet. Indien dit slechts marginaal is ten opzichte van het fiscale voordeel (de verrekening van de verliezen), kan de fiscale facilitering van de fusie geweigerd worden door het ontbreken van zakelijke overwegingen.[83] Het HvJ EU geeft hiermee zodoende een nuancering van het begrip *uitsluitende doel* uit het *Kofoed*-arrest. Indien de zakelijke overwegingen slechts marginaal zijn vergeleken met de fiscale overwegingen, is er alsnog aan de *uitsluitende doel*-eis voldaan. *Uitsluitende doel* is hiermee veranderd in *doorslaggevende doel*.

---

[77] HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:AZ8524, *BNB* 2008/245, r.o. 4.3.3.
[78] Redactie Vakstudie Nieuws, 'Mag bedrijfsfusiefaciliteit worden geweigerd bij ontgaan heffing overdrachtsbelasting?', *V-N* 2008/34.13.
[79] Conclusie A-G Kokott 16 juli 2009 bij HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), punt 43-47.
[80] HvJ EU 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*), *BNB* 2012/5.
[81] HvJ EU 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*), *BNB* 2012/5, r.o. 38-42.
[82] HvJ EU 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*), *BNB* 2012/5, r.o. 34, 35, 48 en 49.
[83] HvJ EU 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*), *BNB* 2012/5, r.o. 47 en 52.

2.3.2.5. Euro Park Service

Vóór het recente *Euro Park Service*-arrest[84] was het lange tijd onduidelijk hoe de antimisbruikbepaling uit artikel 15 Fusierichtlijn zich verhoudt tot het algemene misbruikleerstuk zoals volgt uit de arresten van het HvJ EU. Zo gaf *A-G Kokott* in haar conclusies bij het *Kofoed*-arrest en bij het *Zwijnenburg*-arrest aan dat zij van mening is dat rechtstreekse toetsing aan het uit het primaire EU-recht voortvloeiende antimisbruikverbod ongeoorloofd is indien het secundaire EU-recht een eigen antimisbruikbepaling kent, hetgeen bij de Fusierichtlijn het geval is.[85] Zoals in § 2.3.2.2 al uiteengezet geeft *Pancham* in Cursus Belastingrecht aan dat hij van mening is dat transacties die onder de Fusierichtlijn vallen rechtstreeks aan de antimisbruikbepaling uit het primaire EU-recht getoetst kunnen worden.[86] De behandeling van dit discussiepunt was initieel ook onderdeel van deze thesis. Op 8 maart van dit jaar heeft het HvJ EU echter een einde gemaakt aan deze discussie door het wijzen van dit arrest.

De Franse fusieregeling onderwerpt de inbreng in niet-ingezeten rechtspersonen aan een procedure van voorafgaande goedkeuring. Het Franse Conseil d'État heeft hierop het HvJ EU de prejudiciële vraag gesteld of deze, uit de Fusierichtlijn voorvloeiende bepaling, getoetst kan worden aan het primaire EU-recht en of deze Franse beperking voor niet-ingezeten rechtspersonen geoorloofd is, gelet op dit primaire EU-recht. *Redactie Vakstudie Nieuws* gaf destijds al aan dat, bij een negatieve beantwoording van de eerste vraag, lidstaten onder een richtlijn meer zouden mogen op het gebied van misbruikbestrijding dan dat zij op grond van nationaalrecht zouden mogen.[87] Mede gelet op de vorig jaar aangenomen Anti-belastingontwijkingsrichtlijn was dit een bijzonder relevante vraag.

Het HvJ EU geeft aan dat toetsing aan het primaire EU-recht alleen mogelijk is indien een regeling niet uitputtend is geharmoniseerd. Aangezien artikel 15 Fusierichtlijn geen uitputtende harmonisatie tot stand brengt mag deze regeling getoetst worden aan het primaire EU-recht.[88] Voorts geeft het Hof voor het eerste met zoveel woorden aan dat misbruik in de zin van de Fusierichtlijn hetzelfde is als misbruik in de zin van het primaire EU-recht.[89] Aangezien beide misbruikconcepten hetzelfde zijn en er dus sprake is van één Unierechtelijk misbruikconcept, is strijdigheid tussen beide vormen van recht uitgesloten.[90] *Egelie* vat dit samen door te stellen dat de in de Fusierichtlijn gebruikte terminologie van 'hoofddoel of een der hoofddoelen' in wezen op hetzelfde neerkomt als de grammaticaal sterk afwijkende definitie uit *Cadbury Schweppes*, zijnde een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit en die is gericht op de verkrijging van een belastingvoordeel.[91] Waar het Hof in *Kofoed* heeft bevestigd dat de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn een reflectie is van 's Hofs leerstuk inzake misbruik van recht, geeft het in *Euro Park Service* aan dat beide misbruikconcepten identiek zijn.

---

[84] HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), *V-N* 2017/17.12.

[85] Conclusie A-G Kokott 8 februari 2007 bij HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*) en Conclusie A-G Kokott 16 juli 2009 bij HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*).

[86] S.R. Pancham, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 7.2.8 (online, laatst bijgewerkt op 14 april 2016). In puur nationale situaties hebben lidstaten hier overigens geen baat bij.

[87] Redactie Vakstudie Nieuws, 'Franse bijzondere fusieregeling volgens A-G HvJ EU in strijd met EU-recht', *V-N* 2016/57.12.

[88] HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), *V-N* 2017/17.12, r.o. 19-26.

[89] HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), *V-N* 2017/17.12, r.o. 69.

[90] Redactie Vakstudie Nieuws, 'Zaak-Euro Park Service. Franse bijzondere fusieregeling in strijd met EU-recht', *V-N* 2017/17.12.

[91] W.F.E.M. Egelie, noot bij HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), *NTFR* 2017/805, § 5.

2.4. Misbruik volgens de Raad

Afgelopen zomer heeft de Raad de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn definitief aangenomen. Deze richtlijn bevat een aantal minimummaatregelen tegen belastingontwijking waaronder een algemene antimisbruikmaatregel in artikel 6.[92] Omdat dit de meest recente, door de Raad aangenomen, richtlijn op dit gebied is, geeft zij een goed beeld van wat misbruik volgens de Raad op dit moment inhoudt. In deze paragraaf ga ik dit artikel nader analyseren.

De Richtlijn verplicht lidstaten tot het opnemen van een algemene antimisbruikmaatregel om zo het misbruik aan te kunnen pakken dat nog niet door bestaande specifieke misbruikregels wordt bestreden.[93] Het doel hiervan is om mazen in de wet te dichten zonder de toepasselijkheid van de specifieke misbruikregels te doorkruisen.[94] In beginsel hebben de specifieke misbruikregels voorrang maar indien zij niet van toepassing zijn, respectievelijk indien zij wel van toepassing zijn maar door hun beperkte reikwijdte het misbruik niet kunnen bestrijden, dan kan de algemene antimisbruikregel toegepast worden.[95]

2.4.1. Elementen van misbruik

Centraal in deze paragraaf staat de vraag wat er onder misbruik moet worden verstaan volgens de Richtlijn. Wanneer we kijken naar de tekst van de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn dan bestaat misbruik uit de volgende elementen:[96]

- *De constructie is kunstmatig;*
- *Het hoofddoel of een van de hoofddoelen van de constructie is een belastingvoordeel te verkrijgen;*
- *De constructie ondermijnt het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht.*

De constructie wordt voorts geacht kunstmatig te zijn indien zij niet is opgezet op grond van zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.[97]

Zoals *Egelie* ook opmerkt, lijkt deze antimisbruikbepaling een mix te bevatten van artikel 15 Fusierichtlijn en de *Cadbury Schweppes*-doctrine.[98] De algemene antimisbruikmaatregel is hiermee identiek aan de antimisbruikbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn[99] en nagenoeg identiek aan de antimisbruikbepaling uit het CCTB-voorstel van eind 2016[100]. Aangezien twee

---

[92] Voor een beschouwing van de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn in haar geheel verwijs ik naar O.C.R. Marres, 'De anti-ontgaansrichtlijn', *NTFR-B* 2017/18.

[93] Voor een beschouwing van de effectiviteit van algemene antimisbruikmaatregelen (GAARs) vergeleken met specifieke antimisbruikmaatregelen (SAARs), zie V. Kolosov, 'Guidance on the Application of the Principal Purpose Test in Tax Treaties', *Bulletin for International Taxation* (vol. 71, nr. 3) 2017, § 2.

[94] Considerans, overweging 11, Richtlijn 2016/1164/EU (*PbEU* 2016, L 193/1).

[95] D.M. Weber, 'De algemene antimisbruikregel in de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn', *FED* 2016/110.

[96] Artikel 6, eerste lid, Richtlijn 2016/1164/EU (*PbEU* 2016, L 193/1).

[97] Artikel 6, tweede lid, Richtlijn 2016/1164/EU (*PbEU* 2016, L 193/1).

[98] W.F.E.M. Egelie, noot bij HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), *NTFR* 2017/805, § 6.

[99] Artikel 1, tweede en derde lid, Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (*PbEU* 2011, L 345/8) gewijzigd bij artikel 1 Richtlijn 2015/121/EU van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (*PbEU* 2015, L 21/1).

[100] Artikel 58, Voorstel voor een Richtlijn van de Raad van 25 oktober 2016 betreffende een gemeenschappelijke heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting, COM(2016) 685 final. Waar de antimisbruikmaatregel uit de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn en de Moeder-dochterrichtlijn spreekt

relatief recente Richtlijnen, alsmede een richtlijnvoorstel, misbruik op dezelfde wijze formuleren kan er gesteld worden dat dit de definitie van misbruik is zoals de Raad dat momenteel voor ogen heeft. Het is daarom goed om de verschillende elementen nader te analyseren. Ik neem hierbij de antimisbruikmaatregel uit de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn om doelmatigheidsredenen als uitgangspunt.[101]

2.4.2. Constructie

Het eerste element dat we in de Richtlijn terug zien komen is *constructie*. Dit begrip is in de Richtlijn zelf niet nader gedefinieerd. Bij de vergelijkbare antimisbruikregel uit de Moeder-dochterrichtlijn is opgemerkt dat het begrip constructie uitgelegd dient te worden in overeenstemming met het begrip *regeling* zoals gedefinieerd in de Aanbeveling van de Europese Commissie over agressieve fiscale planning.[102] Onder regeling wordt hier verstaan: iedere transactie, constructie[103], actie, handeling, overeenkomst, lening, afspraak, belofte, verbintenis of gebeurtenis.[104] Regeling, en zodoende ook constructie, is dus een ruim begrip dat, naar ik verwacht, weinig stof voor discussie op gaat leveren. Wat echter wel interessant is, is dat een constructie uit verscheidene stappen of onderdelen kan bestaan.[105] Wanneer we dit bezien in combinatie met de 'voor zover'-benadering uit het tweede lid van artikel 6 van de Richtlijn volgt de conclusie dat ook slechts een bepaald onderdeel van een constructie misbruik kan betekenen. Hiermee is de bepaling volledig in lijn met de door het HvJ EU uitgezette leer in de zaken Thin Cap GLO[106], Halifax[107] en Weald Leasing[108].[109]

Dat een constructie uit verscheidene stappen kan bestaan is ook interessant gelet op de 'verschillende wegen'-leer zoals in § 2.3.2.3 al reeds kort is behandeld. Een constructie kan immers uit verschillende stappen of onderdelen bestaan, waardoor elk onderdeel op zichzelf getoetst kan worden aan misbruik. Een onzakelijke omweg naar een zakelijk einddoel gaat dus niet per definitie 'goed' voor de misbruiktoets.[110]

2.4.3. Kunstmatigheid en hoofddoel

Eveneens interessant in dezen is de kunstmatigheidseis. De algemene antimisbruikregel moet toegepast worden op kunstmatige constructies.[111] Uit het tweede lid van de antimisbruikregel

---

van 'hoofddoel of een van de hoofddoelen', spreekt de antimisbruikbepaling uit het CCTB-voorstel van 'hoofddoel'. Verder zijn de bepalingen identiek aan elkaar.

[101] Voor een specifieke behandeling van de antimisbruikbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn zie ook: O.C.R. Marres & I.M. de Groot, 'De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 1)', *WFR* 2015/886 en O.C.R. Marres & I.M. de Groot, 'De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 2)', *WFR* 2015/910.

[102] Room document # 1, Working party on Tax Questions – Direct Taxation, PSD – Anti-abuse rule, 24 juli 2014, p.2. Geciteerd door: D.M. Weber, 'De algemene antimisbruikregel in de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn', *FED* 2016/110.

[103] Constructie wordt hier gebruikt als vertaling van het Engelstalige woord 'scheme' en is dus niet per definitie hetzelfde als constructie in de zin van de Richtlijn.

[104] Aanbeveling 2012/772/EU van de Commissie van 6 december 2012 over agressieve fiscale planning, (*PbEU* 2012, L 338/41), § 4.3.

[105] Artikel 6, eerste lid, Richtlijn 2016/1164/EU (*PbEU* 2016, L 193/1).

[106] HvJ EG 13 maart 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), *V-N* 2007/15.9, r.o. 83.

[107] HvJ EG 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*), *BNB* 2006/170, r.o. 94. Voor de volledigheid wijs ik erop dat dit een btw-zaak betreft.

[108] HvJ EU 22 december 2010, C-103/09 (*Weald Leasing*), *BNB* 2011/203. Voor de volledigheid wijs ik erop dat dit een btw-zaak betreft.

[109] D.M. Weber, 'De algemene antimisbruikregel in de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn', *FED* 2016/110.

[110] Zie verder § 3.5 van deze thesis.

[111] Considerans, overweging 11, Richtlijn 2016/1164/EU (*PbEU* 2016, L 193/1).

blijkt dat van kunstmatigheid sprake is voor zover de constructie niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.[112] Een voorbeeld hiervan is een brievenbusmaatschappij of een schijnvennootschap.[113] Volgens *Weber* moet deze bepaling gelezen worden als een escapeclausule.[114] Het nastreven van een belastingvoordeel betekent dan ook niet onmiddellijk dat een constructie kunstmatig is. Indien de constructie is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen, is de antimisbruikregel in zijn geheel niet van toepassing, waardoor het gebruikmaken van een belastingvoordeel niet gezien wordt als kunstmatig.[115] Een dergelijke redenatie lijkt in lijn te zijn met de considerans van de Richtlijn waarin is bevestigd dat de belastingplichtige het recht moet hebben om zijn handelsactiviteiten in de fiscaal efficiëntste vorm te gieten.[116] Ook is dit in overeenstemming met de rechtspraak van het HvJ EU in onder andere *Cadbury Schweppes*[117] en *Barbier*[118]. Uit het *Leur-Bloem* arrest blijkt echter wel dat het begrip 'zakelijke overwegingen' ruimer is dan het louter nastreven van een zuiver fiscaal voordeel.[119] Hierop gebaseerd is een constructie dus kunstmatig indien zij enkel en alleen ziet op het behalen van een fiscaal voordeel. Wanneer er ook zakelijke overwegingen aan de constructie ten grondslag liggen is er geen sprake van kunstmatigheid en dus ook niet van misbruik. Indien er dus, om met de woorden van *De Vries* te spreken, behoudens de fiscaliteit geen materiële betekenis toekomt aan een constructie, is deze kunstmatig.[120] Hiervoor kan gekeken worden naar, bijvoorbeeld, de feitelijke beslissingsbevoegdheid van de vennootschappen, de beschikbaarheid van eigen financiële middelen of het bestaan van een bedrijfsrisico.[121]

Het nastreven van een belastingvoordeel betekent dus niet onmiddellijk dat een constructie kunstmatig is. Dit is ook logisch aangezien belastingplichtige, blijkens de considerans van de Richtlijn, het recht heeft om de fiscaal voordeligste weg te kiezen. Toch is het opmerkelijk dat er in de uiteindelijke tekst van de Richtlijn gesproken wordt van 'kunstmatige constructies' en 'hoofdddoel of een van de hoofddoelen'[122], terwijl in de conceptversie van deze Anti-belastingontwijkingsrichtlijn nog de woorden '*volstrekt* kunstmatige constructies' en 'wezenlijk doel' gebruikt werden.[123] Hiermee lijkt de Raad bewust voor een ruimere bewoording te kiezen. Indien er naast een zakelijke reden ook een fiscale reden aan de constructie ten grondslag ligt, kan er dus alsnog sprake zijn van misbruik. Wanneer we de leer uit het *Foggia*-arrest hiernaartoe doortrekken, dient er een weging van de verschillende redenen plaats te vinden om te bepalen wat doorslaggevend is.

---

[112] Artikel 6, tweede lid, Richtlijn 2016/1164/EU (*PbEU* 2016, L 193/1).
[113] HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), *BNB* 2007/54, r.o. 67-68.
[114] D.M. Weber, 'The new Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect', *Intertax* (vol. 44, nr. 2) 2016, § 6.4.1.
[115] D.M. Weber, 'De algemene antimisbruikregel in de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn', *FED* 2016/110.
[116] Considerans, overweging 11, Richtlijn 2016/1164/EU (*PbEU* 2016, L 193/1).
[117] HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), *BNB* 2007/54, r.o. 34-38.
[118] HvJ EG 11 december 2003, C-364/01 (*Barbier*), *BNB* 2004/178, r.o. 71.
[119] HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), *BNB* 1998/32, r.o. 47.
[120] R.J. de Vries, 'Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving', *WFR* 2010/114.
[121] Conclusie A-G Kokott 19 januari 2017, C-6/16 (*Eqiom*), r.o. 57.
[122] Zie voor een beschouwing van de uitwerking van de (vergelijkbare) hoofdoeltoets bij de implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn: M.E. Lukkien, 'Beschouwingen inzake de Nederlandse implementatie van de verplichte algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn', *MBB* 2016/2, § 2.3.2.
[123] D.M. Weber, 'De algemene antimisbruikregel in de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn', *FED* 2016/110, § 4.

De kunstmatigheidstoets lijkt meer een objectief criterium te herbergen: is de constructie al dan niet zakelijk. De hoofddoeltoets ziet daarentegen meer op het motief van de betreffende rechtshandeling. Hiermee wordt de bedoeling van de belastingplichtige getoetst, hetgeen de toets veelmeer een subjectief karakter geeft. Bij zijn analyse van misbruik in de zin van het primaire EU-recht geeft *Weber* in Cursus Belastingrecht aan dat bij zowel de objectieve als de subjectieve toets, gekeken moet worden naar objectieve omstandigheden. Belastingplichtige komt er veelal immers niet openlijk voor uit dat het hoofddoel van de transactie het ontgaan van belastingheffing is. De werkelijke intentie van belastingplichtige dient in dat geval uit de objectieve omstandigheden afgeleid te worden. Het HvJ EU probeert hierbij de kunstmatigheid van een transactie te herleiden tot een subjectieve misbruikintentie.[124] Naar ik verwacht dient deze lijn, mede gelet op het voor de Fusierichtlijn gewezen *Euro Park Service*-arrest, ook doorgetrokken te worden naar de algemene antimisbruikmaatregel uit de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn. Het lijkt er dus op dat de hoofddoeltoets enkel gelding heeft als afzonderlijke toets indien de subjectieve wens van belastingplichtige vastgesteld kan worden aan de hand van, bijvoorbeeld, verklaringen en correspondentie.[125] Is dit niet het geval, dan dient de objectieve toets (kunstmatige constructie) gebruikt te worden om de subjectieve toets (hoofddoel) uit te leggen. Andersom beredenerend zou ook gesteld kunnen worden dat indien de kunstmatigheid van een constructie vastgesteld is, er nog geen sprake is van misbruik in het geval waarin aan de hand van verklaringen of correspondentie vastgesteld kan worden dat het hoofddoel van belastingplichtige er niet in is gelegen om een belastingvoordeel te verkrijgen.[126] Daarnaast dient de constructie ook het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht te ondermijnen (de derde eis) voordat er sprake is van misbruik. De misbruikcriteria zijn cumulatief[127] maar lopen dus deels in elkaar over.

2.4.4. Ondermijnen van het toepasselijke belastingrecht

De derde eis is dat de constructie het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht ondermijnt. Om te beoordelen of hier sprake van is moet er naar doel en strekking van de toepasselijke nationale wet gekeken worden. Per lidstaat en per situatie kan dit dus anders uitwerken. Misbruik in de zin van de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn is dus altijd afhankelijk van de context waarbinnen dit beoordeeld dient te worden.

2.5. Conclusie

Uit het *Euro Park Service*-arrest blijkt dat er sprake is van één Unierechtelijk misbruikconcept. Om te onderzoeken wat dit concept de facto inhoudt heb ik in de hiervoor behandelde drie paragrafen een analyse gemaakt van (i) het leerstuk inzake misbruik van recht zoals dat volgt uit de jurisprudentie van het HvJ EU, (ii) misbruik in de zin van de Fusierichtlijn en (iii) misbruik in de zin van de Raad (de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn en de Moeder-dochterrichtlijn). In deze paragraaf vat ik mijn conclusies samen.

2.2 Misbruik volgens het HvJ EU

- Misbruik in de zin van het primaire EU-recht laat zich definiëren als een volstrekt kunstmatige constructie die bedoeld is om belastingwetgeving te ontwijken.
- Van een volstrekt kunstmatige constructie is sprake indien er geen enkele daadwerkelijke economische activiteit met de handeling gemoeid gaat.

---

[124] D.M. Weber, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 5.1.7.B.a (online, laatst bijgewerkt op 17 april 2017) en O.C.R. Marres & I.M. de Groot, 'De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 1)', *WFR* 2015/886, § 4.1.

[125] O.C.R. Marres & I.M. de Groot, 'De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 1)', *WFR* 2015/886, § 4.1.

[126] In hoeverre er in de praktijk van een dergelijke situatie sprake zou zijn, valt uiteraard te bezien.

[127] Dit leid ik af uit het woordje 'en' in artikel 6, eerste lid, Anti-belastingontwijkingsrichtlijn.

- Misbruik moet van geval tot geval op basis van objectieve gegevens worden beoordeeld.
- Misbruikregels moeten op specifieke situaties zien.

2.3 Misbruik volgens de Fusierichtlijn

- Van misbruik in de zin van de Fusierichtlijn is sprake indien het hoofddoel of een der hoofddoelen van een rechtshandeling belastingfraude of belastingontwijking is.
- Indien een rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, mag aangenomen worden dat minstens een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking is.
- Het louter nastreven van een fiscaal voordeel is geen zakelijke overweging (HvJ EU *Leur-Bloem*).
- Misbruik betreft enkel de vennootschapsbelasting of de inkomstenbelasting (HvJ EU *Zwijnenburg*).
- Het misbruikconcept uit de Fusierichtlijn is identiek aan dat uit het primaire EU-recht (HvJ EU *Euro Park Service*).
- Van misbruik is sprake bij transacties die uitsluitend het doel hebben om de door het gemeenschapsrecht toegekende voordelen op onrechtmatige wijze te verkrijgen (HvJ EU *Kofoed*).
- Zakelijke overwegingen mogen echter niet slechts marginaal zijn vergeleken met het fiscale voordeel. Gekeken moet worden naar het doorslaggevende doel (HvJ EU *Foggia*).

2.4 Misbruik volgens de Raad

- De Raad omschrijft misbruik als een kunstmatige constructie waarvan het hoofddoel of een van de hoofddoelen het verkrijgen van een belastingvoordeel is, waarbij de constructie het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht ondermijnt.
- Een constructie kan uit meerdere onderdelen bestaan. Elk onderdeel van de constructie kan zelfstandig kwalificeren als misbruik.
- De kunstmatigheidstoets kan gebruikt worden om het motief van belastingplichtige te achterhalen.

Alles in overweging nemende en terugkomend op de bij dit hoofdstuk behorende deelvraag, '*Wat is het Unierechtelijke misbruikconcept?*', laat het Unierechtelijke misbruikconcept zich omschrijven als een kunstmatige constructie (objectieve toets) met het doorslaggevende doel (subjectieve toets) om een niet door het betreffende belastingrecht beoogd belastingvoordeel te verkrijgen (normatieve toets). Hierbij kan een constructie uit meerdere onderdelen bestaan waardoor per onderdeel bepaald moet worden of er al dan niet sprake is van het doorslaggevende doel om een niet door het betreffende belastingrecht beoogd belastingvoordeel te verkrijgen. De niet-zakelijke omwegen naar een zakelijk doel kunnen dus op zichzelf als misbruik kwalificeren. Indien de constructie is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen, is er geen sprake van een kunstmatige constructie en dus ook niet van misbruik.

3. Het nationaalrechtelijke misbruikconcept

3.1. Inleiding

Sinds het *Euro Park Service*-arrest weten we dat er sprake van één Unierechtelijk misbruikconcept. Misbruik in de zin van het primaire EU-recht en misbruik in de zin van het secundaire EU-recht dienen op dezelfde wijze uitgelegd te worden. Ook onze nationale wet kent vele antimisbruikbepalingen. Deze bepalingen zijn het gevolg van secundair Unierecht en dienen veelal richtlijnconform uitgelegd te worden.[128] Omdat de Nederlandse wetgever de richtlijntekst niet een-op-een heeft geïmplementeerd, is het goed om te kijken hoe hij misbruik omschrijft in de nationale Wet VPB 1969. Ik ga dit onderzoeken aan de hand van de antimisbruikbepalingen uit artikel 14a Wet VPB 1969 (splitsingen, § 3.2) en artikel 17 Wet VPB 1969 (buitenlandse belastingplichtigen, § 3.3). Naast wettelijke antimisbruikmaatregelen kent ons nationale rechtsstelsel ook het door de Hoge Raad ontwikkelde, buitenwettelijke, leerstuk van fraus legis waaraan ik in § 3.4 aandacht besteed. De 'verschillende wegen'-leer zoals we die bij het Europese misbruikconcept al kort behandeld zagen, onderzoek ik uitgebreider in § 3.5. De bij dit hoofdstuk horende deelvraag, '*Wanneer is er sprake van misbruik bij (i) artikel 14a Wet VPB 1969, (ii) artikel 17 Wet VPB 1969 en (iii) fraus legis, en wat is de invloed van de verschillende wegen-leer op deze antimisbruikmaatregelen?*', beantwoord ik in § 3.6.

3.2. Misbruik bij splitsingen

3.2.1. Inleiding

De figuur van de juridische splitsing is per 1 februari 1998 in het Nederlandse recht opgenomen. Civielrechtelijk is dit geregeld in artikel 2:334a BW. Hieruit blijkt dat een splitsing[129] leidt tot een overgang van vermogen onder algemene titel. Een overgang onder algemene titel staat niet gelijk aan een 'normale' vervreemding en leidt dan ook niet zonder meer tot fiscaal afrekenen.[130] De wetgever heeft daarom in artikel 14a, eerste lid, Wet VPB 1969 een overdrachtsfictie en een eindafrekeningsfictie[131] gecreëerd. Aangezien bij een dergelijke reorganisatie meestal geen tegenprestatie in contanten wordt ontvangen, kan belastingheffing tot liquiditeitsproblemen leiden. Nu bedrijfsreorganisaties over het algemeen economisch bezien wenselijk zijn, ligt fiscale facilitering op de loer. De Wet VPB 1969 biedt deze facilitering met een wettelijke doorschuifregeling enerzijds en een doorschuifregeling op verzoek anderzijds. Artikel 14a Wet VPB 1969 regelt dit in de leden twee en drie. Om te voorkomen dat de regeling een te grote werking krijgt en zodoende onvervalst misbruik faciliteert, is er in het zesde lid van artikel 14a Wet VPB 1969 een antimisbruikregeling opgenomen.

3.2.2. De antimisbruikregel

Artikel 14a, zesde lid, Wet VPB 1969 bepaalt dat er sprake is van misbruik indien de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, wordt de splitsing, behoudens tegenbewijs, geacht misbruik te zijn. Herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende- en de verkrijgende rechtspersonen zijn volgens de wetgever een voorbeeld van zakelijke overwegingen. Zakelijke overwegingen worden niet aanwezig geacht indien aandelen in de gesplitste rechtspersoon, dan wel in de verkrijgende

[128] HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), *BNB* 1998/32.

[129] Het in artikel 2:334a BW gemaakte onderscheid tussen een zuivere splitsing en een afsplitsing is in het kader van dit onderzoek niet relevant. Gemakshalve zal ik daarom de term 'splitsing' hanteren.

[130] Vergelijk in dit kader de bedrijfsfusie zoals geregeld in artikel 14 Wet VPB 1969.

[131] In combinatie met artikel 15d Wet VPB 1969.

rechtspersoon, binnen drie jaar na de splitsing geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een niet verbonden lichaam.

De hoofdtoets is dus of de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen volgt omkering van de bewijslast. Een zakelijke splitsing kan daarnaast alsnog als onzakelijk worden beschouwd indien binnen drie jaar na de splitsing een vervreemding van de aandelen plaatsvindt. Vervreemding binnen drie jaar leidt dus enkel tot omkering van de bewijslast en kwalificeert de splitsing nog niet direct als misbruik. Omdat deze misbruikbepaling tekstueel anders in elkaar steekt dan de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn, hetgeen de oorsprong van de nationale antimisbruikregel vormt, is het goed om de verschillende elementen nader te analyseren. Aangezien de nationale rechter de wet richtlijnconform uitlegt,[132] volsta ik met een beknopte uiteenzetting van enkele kernpunten.

3.2.2.1. In overwegende mate

Waar de Fusierichtlijn misbruik meet aan de hand van het criterium 'hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingontwijking of belastingfraude' kiest de Nederlandse wetgever voor de afwijkende terminologie 'in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing'. De term 'in overwegende mate' impliceert hier een motieftoets.[133] Gekeken moet worden of de zakelijke redenen al dan niet beslissend zijn voor de splitsing. Dit moet van geval tot geval worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden.[134] De wetgever lijkt met deze terminologie goed aan te sluiten bij de Fusierichtlijn en het Unierechtelijke misbruikconcept.[135]

3.2.2.2. Ontgaan of uitstellen van belastingheffing

Het 'ontgaan of uitstellen van belastingheffing' mag niet beslissend zijn voor de splitsing. De wetgever heeft ervoor gekozen om de term 'belastingontwijking', zoals genoemd in de Richtlijn, op deze manier in de nationale wet te vertalen omdat de eerdergenoemde term niet zonder meer toepasbaar zou zijn in de Nederlandse wetgeving.[136] In de literatuur en jurisprudentie heeft er nooit twijfel bestaan over de vraag of 'ontgaan' correct is geïmplementeerd. Bij 'uitstel' lag dit lange tijd anders.[137] Formeel gezien is 'uitstel' immers anders dan 'afstel'. Wanneer we dit echter met een meer economische bril bekijken zien we voornamelijk een gradueel verschil tussen belastinguitstel en belastingafstel, beide leveren immers een economisch voordeel op.[138] In *BNB* 2012/261 heeft de Hoge Raad de knoop doorgehakt door te beslissen dat onder belastingontwijking ook belastinguitstel valt.[139] Dit heeft hij wel enigszins genuanceerd gedaan, er moet namelijk sprake zijn van 'zodanig' uitstel.[140] Aangezien de fusie- en

---

[132] HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), *BNB* 1998/32 en HR 4 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2409, *BNB* 1998/176, r.o. 3.4.1.

[133] G.C. van der Burgt & R.J. de Vries, 'De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten', *WFR* 2012/1693, § 2.

[134] *Kamerstukken II* 1997/98, 25 709, nr. 5, p. 5-6.

[135] Met name gelet op het *Leur-Bloem*-arrest en 's Hofs uitleg van 'hoofddoel of een der hoofddoelen' in het *Foggia*-arrest.

[136] *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 115.

[137] Vergelijk o.a. M.P van Scheijndel & R.J. de Vries, 'Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing. Op naar 2001?', *WFR* 1999/1673; S.F. Immerseel, 'Belastingontwijking: uitstel of afstel?' *WFR* 2002/1102; P.C. van der Vegt, 'Zakelijkheid bij fusie en splitsing', *WFR* 2002/1809 en Conclusie A-G Wattel bij HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:AZ8524, *BNB* 2008/245, § 7.8-7.18 en de overige daar aangehaalde literatuur.

[138] J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2016, p. 244.

[139] HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB* 2012/261. Zie voor een uitgebreide beschouwing van dit arrest: G.C. van der Burgt & R.J. de Vries, 'De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten', *WFR* 2012/1693.

[140] HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB* 2012/261, r.o. 3.4.2.

splitsingsfaciliteiten zelf voorzien in uitstel van belastingheffing is het ook logisch dat de Hoge Raad een onderscheid heeft gemaakt tussen 'goed' en 'fout' uitstel. Een andere benadering had de faciliteiten immers buiten werking gesteld. Gelet op de wetsgeschiedenis lijkt de wetgever onder 'fout' uitstel te verstaan: het uitstellen van een acute fiscale verplichting (die bijvoorbeeld het gevolg is van een vervreemding van aandelen) door het tussenschakelen van een fusie of splitsing.[141]

In bovengenoemd arrest heeft de Hoge Raad zich eveneens uitgelaten over de term 'belastingheffing'. Zoals uit het *Zwijnenburg*-arrest, en § 2.3.2.3 van de thesis, blijkt ziet 'belastingheffing' enkel en alleen op de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting.[142] In navolging hiervan lijkt de Hoge Raad in *BNB* 2012/261 te beslissen dat indien de splitsing op aandeelhoudersniveau (in de inkomstenbelasting) tot misbruik leidt, de gehele splitsing besmet is. De splitsende vennootschap kan dan dus de fiscale facilitering in de vennootschapsbelasting worden ontnomen (ook als er geen sprake is van misbruik op dat niveau), door misbruik van een van de aandeelhouders in de inkomstenbelasting.[143] De Hoge Raad gaat met deze beslissing uitdrukkelijk voorbij aan de opmerking van A-G Wattel in zijn conclusie voor het betreffende arrest, dat weigering van de faciliteit in de vennootschapsbelasting in een dergelijk geval mogelijk willekeurig, disproportioneel en in strijd met de Fusierichtlijn is.[144] Met *Van der Burgt & De Vries*[145] en *Boulogne*[146] ben ik dan ook van mening dat het jammer is dat de Hoge Raad hier geen prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EU, van een *acte clair* is immers geen sprake.

3.2.2.3. Zakelijke overwegingen

Net als in de Fusierichtlijn bestraft de nationale wet het ontbreken van zakelijke overwegingen met omkering van de bewijslast. De in artikel 14a, zesde lid, Wet VPB 1969 gegeven opsomming van zakelijke overwegingen, zijnde herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden, is geen limitatieve opsomming. De toets of de splitsing is ingegeven door zakelijke overwegingen dient plaats te vinden vanuit de positie van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen.[147] Fiscale overwegingen dienen als niet zakelijk te worden beschouwd.[148] Het woordje 'actieve' werkzaamheden heeft daarnaast ook de nodige stof doen opwaaien daar dit namelijk een soort materiële fusie-eis lijkt te impliceren.[149] Aangezien dit bijvoeglijke naamwoord voorkomt in een slechts als, niet limitatief, voorbeeld dienend zinsdeel, is hier echter geen sprake van.[150] Dat een aandelenfusie tussen twee

---

[141] *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 115. Zie ook G.C. van der Burgt, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de anti-misbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting', *MBB* 2010/09, § 4.1.

[142] HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), *BNB* 2010/257, r.o. 46-56.

[143] G.C. van der Burgt & R.J. de Vries, 'De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten', *WFR* 2012/1693, § 6.3.

[144] Conclusie A-G Wattel 15 februari 2011 bij HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB* 2012/261, § 10.11.

[145] G.C. van der Burgt & R.J. de Vries, 'De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten', *WFR* 2012/1693.

[146] G.F. Boulogne, 'Raad legt reikwijdte reorganisatiefaciliteiten te eng uit (en stelt geen prejudiciële vragen)', *WFR* 2012/1260.

[147] Vergelijk echter J.A.G. van der Geld, noot bij HvJ EG 17 juli 1997 (*Leur Bloem*), *BNB* 1998/32, § 4 en J.A.G. van der Geld, noot bij HR 1 december 1999, *BNB* 2000/111, § 4-5, met betrekking tot de vraag of aandeelhoudersmotieven al dan niet zakelijk zijn.

[148] *Kamerstukken II* 1997/98, 25 709, nr. 3, p. 7.

[149] Om die reden bepleitte Van Scheijndel en De Vries eind vorige eeuw dat het woordje 'actieve' beter uit de wet geschrapt kan worden. Zie M.P van Scheijndel & R.J. de Vries, 'Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing. Op naar 2001?', *WFR* 1999/1673.

[150] J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2016, p. 245.

beleggingsvennootschappen (passieve werkzaamheden) ook gefaciliteerd wordt, blijkt onder meer uit de uitspraak van Hof Amsterdam van 31 maart 2004.[151] Wat de bedoelingen van de wetgever met het toevoegen van het woordje 'actieve' ook geweest mogen zijn, sinds de uitspraak van Hof Amsterdam is dit niet langer relevant.

3.2.2.4. Vervreemdingsverbod

Bij een vervreemding van de aandelen in de gesplitste of verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing, worden zakelijke overwegingen, behoudens tegenbewijs niet aanwezig geacht. Een vervreemding betekent dus omkering van de bewijslast. Dit, zoals *Van der Burgt*[152] het noemt, 'verkapte vervreemdingsverbod', vinden we niet terug in de Fusierichtlijn. Het is daarnaast vaste rechtspraak van het HvJ EU bij de Fusierichtlijn dat lidstaten geen algemeen vermoeden van belastingfraude of belastingontwijking mogen hanteren.[153] Nu vervreemding binnen drie jaar automatisch omkering van de bewijslast teweegbrengt, is het zeer de vraag of dit EU-rechtelijk houdbaar is. Zeker nu uit het *Euro Park Service*-arrest ook blijkt dat een categorische omkering van de bewijslast niet geoorloofd is.[154] Doordat elke vervreemding binnen drie jaar leidt tot een omkering van de bewijslast lijkt de nationale wettekst hiermee een algemeen vooraf vastgesteld criterium te hanteren.[155] Het lijkt mij dan ook slechts een kwestie van tijd voordat het HvJ EU hier een oordeel over mag vellen.

3.3. Misbruik bij buitenlandse belastingplichtigen

De Wet VPB 1969 maakt een onderscheid tussen binnenlands- en buitenlands belastingplichtigen. Waar de binnenlands belastingplichtigen met hun gehele (wereld)inkomen aan de vennootschapsbelasting onderworpen zijn, zijn buitenlandse entiteiten alleen in Nederland aan (vennootschaps)belastingheffing onderworpen voor zover zij Nederlands inkomen genieten.[156] De wet definieert 'Nederlands inkomen' vervolgens in artikel 17, derde lid, Wet VPB 1969 als, kort gezegd, vaste inrichting/vaste vertegenwoordiger-inkomen (onderdeel a) en aanmerkelijk belang inkomen (onderdeel b). Met name onderdeel b is voor dit onderzoek van belang. De buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling zoals Nederland dit tot 1 januari 2012 kende, kon op weinig EU-rechtelijke sympathie rekenen. Waar Nederlandse entiteiten hun inkomen uit aanmerkelijk belang vrijgesteld zagen onder de deelnemingsvrijstelling werden buitenlandse entiteiten met een aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap wel vol in de heffing betrokken. Na een infractieprocedure van de Europese commissie[157] heeft de Nederlandse wetgever besloten om de regeling op dit punt aan te passen. Aangezien het geheel afschaffen van de regeling tot het ontgaan van inkomsten- of dividendbelasting zou kunnen leiden, heeft de wetgever ervoor gekozen om de bepaling om te vormen tot een antimisbruikmaatregel.[158][159]

---

[151] Hof Amsterdam 31 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AV3543, *V-N* 2004/57.9.

[152] G.C. van der Burgt, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de anti-misbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting', *MBB* 2010/09, § 2.3.

[153] Laatstelijk bevestigd in HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), *V-N* 2017/17.12, r.o. 54.

[154] Redactie Vakstudie Nieuws, 'Zaak-Euro Park Service. Franse bijzondere fusieregeling in strijd met EU-recht', *V-N* 2017/17.12.

[155] G.C. van der Burgt, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de anti-misbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting', *MBB* 2010/09, § 2.3.

[156] Artikel 2 en 3 Wet VPB 1969.

[157] Europese Commissie, infractieprocedure van 30 september 2010, IP/10/1252.

[158] *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 16.

[159] Op dit moment ligt het wetsvoorstel 'Inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling' ter consultatie (*V-N* 2017/27.14). Hierin wordt onder andere voorgesteld tot wijziging van artikel 17, derde lid, onderdeel b, Wet VPB 1969.

3.3.1. De antimisbruikmaatregel

In 2015 heeft de Raad ingestemd met een wijziging in de Moeder-dochterrichtlijn waarmee zij onder andere een antimisbruikbepaling voorschrijft.[160] Met ingang van 1 januari 2016 heeft Nederland deze antimisbruikbepaling in de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling geïmplementeerd.[161] Waar de wetgever bij fusies en splitsingen er consequent voor kiest om richtlijnbepalingen tekstueel net iets anders te implementeren[162], heeft hij op dit gebied letterlijke aansluiting gezocht bij de Moeder-dochterrichtlijn. Van misbruik in deze zin is dan ook sprake indien belastingplichtige het aanmerkelijk belang houdt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van inkomstenbelasting of dividendbelasting bij een ander te ontgaan[163] en er sprake is van een kunstmatige constructie of reeks van constructies, waarbij een constructie uit verscheidene stappen of onderdelen kan bestaan. Een constructie of reeks van constructies wordt als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.

Zoals in § 2.4.1 van deze thesis al is opgemerkt, is deze regeling uit de Moeder-dochterrichtlijn identiek aan de algemene antimisbruikmaatregel uit de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn. Nu de Nederlandse wet op dit punt ook in lijn is met beide bepalingen volsta ik door voor een grondige analyse van de misbruikregel grotendeels te verwijzen naar § 2.4 van dit onderzoek. Overigens is het goed om op te merken dat de Nederlandse bepaling verder gaat dan de reikwijdte van de Moeder-dochterrichtlijn. Waar de Moeder-dochterrichtlijn enkel rechtskracht heeft binnen de Europese Unie kent de huidige Nederlandse regeling een wereldwijde benadering.[164]

3.3.1.1. Hoofddoel of een van de hoofddoelen

Zoals gezegd is de huidige buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling in lijn met de Moeder-dochterrichtlijn. Vóór de implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn verwoordde artikel 17, derde lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 de antimisbruikbepaling anders. Van misbruik was toen sprake indien de belastingplichtige het aanmerkelijk belang houdt met als *voornaamste doel of een van de voornaamste doelen* om de heffing van inkomstenbelasting of dividendbelasting bij een ander te ontgaan *en dit aanmerkelijk belang niet behoort tot het vermogen van een onderneming*. Het onderscheid tussen belangen die al dan niet tot het ondernemingsvermogen behoren, is met de implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn komen te vervallen. Verder is er met de vervanging van de terminologie 'voornaamste doel of een van de voornaamste

---

[160] Artikel 1, tweede en derde lid, Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (*PbEU* 2011, L 345/8) gewijzigd bij artikel 1 Richtlijn 2015/121/EU van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (*PbEU* 2015, L 21/1).

[161] Behalve in artikel 17, derde lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 heeft Nederland deze antimisbruikbepaling ook in artikel 1, zevende lid, Wet DB 1965 (belastingplicht coöperaties) geïmplementeerd. Daar beide misbruikleerstukken (nagenoeg) identiek zijn, richt ik mij in dit onderzoek enkel op de antimisbruikbepaling bij de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling. Voor meer informatie over de antimisbruikbepaling uit artikel 1, zevende lid, Wet DB 1965 verwijs ik naar J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2016, § 12.3.

[162] Vergelijk de Nederlandse terminologie 'in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing' met de Richtlijnbepaling 'hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking'.

[163] De wet spreekt hier enkel over het *ontgaan* van belastingheffing en dus niet over het *uitstellen* van belastingheffing. Vergelijk in dezen de antimisbruikregeling bij de splitsingsfaciliteit van artikel 14a Wet VPB 1969.

[164] Zie voor kritiek op deze benadering M.E. Lukkien, 'Beschouwingen inzake de Nederlandse implementatie van de verplichte algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn', *MBB* 2016/2, § 2.2.

doelen' door 'hoofddoel of een van de hoofddoelen' geen wijziging beoogd.[165] De toelichting bij de wet zoals hij tussen 2012 en 2016 gold is zodoende nog steeds van belang voor de uitleg van de huidige misbruikregel.[166] Hier is bepaald dat voor de invulling van dit subjectieve criterium aansluiting moet worden gezocht bij de jurisprudentie van het HvJ EU in de zaken *ICI* en *Cadburry Schweppes*, waar wordt gesproken over volstrekt kunstmatige constructies. Voorts geeft de wetgever aan dat dit begrip niet te beperkt uitgelegd moet worden. Enig bijkomend niet-fiscaal motief betekent nog niet direct dat de gehele constructie zakelijk is.[167] Een voorbeeld van een volstrekt kunstmatige constructie is indien een niet in de EU gevestigde aandeelhouder met een aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap, een EU-lichaam tussenschuift om de heffing van Nederlandse inkomsten- of dividendbelasting te ontgaan, zonder dat dit EU-lichaam reële betekenis heeft.[168]

Voor de uitleg van de subjectieve toets, 'hoofddoel of een van de hoofddoelen', sluit de Nederlandse wetgever dus aan bij de objectieve toets, 'volstrekt kunstmatige constructie'. Dit is enigszins frappant te noemen, te meer nu de huidige wet ook zelf in een objectieve toets voorziet. Door de subjectieve toets aan de hand van een objectieve toets uit te leggen, lijkt de subjectieve toets an sich inhoudsloos geworden. Eenzelfde situatie zagen we in § 2.4.3 van deze thesis bij de behandeling van de kunstmatigheids- en hoofddoeltoets van de misbruikmaatregel uit de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn (en de Moeder-Dochterrichtlijn). De Nederlandse wet is op dit punt dus in overeenstemming met de Richtlijn. Naar alle waarschijnlijkheid geldt hier eveneens dat de hoofddoeltoets wel aan de orde komt indien het motief van belastingplichtige afzonderlijk van de kunstmatigheidstoets vast te stellen is aan de hand van, bijvoorbeeld, verklaringen of correspondentie.

3.3.1.2. Kunstmatige constructie(s)

Nu de Nederlandse wetgever 'hoofddoel of een van de hoofddoelen' uitlegt aan de hand van het *Cadburry Schweppes*-criterium 'volstrekt kunstmatige constructies', is het tevens interessant om te bezien hoe zij de 'kunstmatige constructie'-eis uit de Nederlandse wet uitlegt. Dit is immers het doorslaggevende criterium geworden. In § 2.4.3 hebben we gezien dat in de context van de richtlijnen dit als een escapeclausule kan gelden. Indien de constructie is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen, is de antimisbruikregel in zijn geheel niet van toepassing waardoor het gebruikmaken van een belastingvoordeel niet gezien wordt als kunstmatig.[169] De facto draait het Nederlandse misbruikconcept uit artikel 17 Wet VPB 1969 dus volledig om de vraag of er al dan niet zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen aan de constructie ten grondslag liggen. De wetgever geeft hierbij aan dat er sprake is van geldige zakelijke redenen, en dus geen misbruik, indien deze worden gereflecteerd in de substance van de vennootschap die het aanmerkelijk belang houdt. Van geldige zakelijke redenen is in ieder geval sprake, zo geeft hij aan, indien de vennootschap die het belang houdt een materiële onderneming drijft en het aanmerkelijk belang ook functioneel tot het ondernemingsvermogen kan worden gerekend. Ook een moeiende tophoudster kan, onder voorwaarden, worden geacht het aanmerkelijke belang om geldige zakelijke redenen te houden. Bij een tussenhoudster moeten de geldige zakelijke redenen tot uitdrukking komen in de aanwezigheid van substance. Daarnaast moet

[165] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 306, nr. 3, p. 8.
[166] R.P.C. Adema, 'NDFR-commentaar bij artikel 17 Wet VPB 1969', (online, laatst bijgewerkt op 2 april 2017).
[167] Vergelijk ook HvJ EU 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*), *BNB* 2012/5, r.o. 47.
[168] *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 105-106. Zie ook § 2.2.2 van deze thesis.
[169] D.M. Weber, 'De algemene antimisbruikregel in de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn', *FED* 2016/110.

de tussenhoudster een schakelfunctie vervullen tussen de activiteiten van moeder- en kleindochtermaatschappij.[170]

Er is dus in ieder geval geen sprake van misbruik indien de buitenlandse aanmerkelijkbelanghouder een materiële onderneming drijft waarbij het aanmerkelijk belang functioneel tot zijn ondernemingsvermogen kan worden gerekend. Mocht dit niet het geval zijn, dan kan het voldoen aan bepaalde substance-eisen nog uitkomst bieden.[171] De 'ondernemingsvermogen-eis' zoals deze tot 1 januari 2016 in de wet stond, is dus nog niet geheel verdwenen. Sterker nog, in de parlementaire behandeling van de implementatiewet heeft de wetgever aangegeven dat van geldige zakelijke redenen geen sprake is indien het aanmerkelijk belang ter belegging wordt aangehouden.[172] Beleggingsstructuren zijn dus onder de nationale wet per definitie misbruikstructuren. Aangezien de Moeder-dochterrichtlijn een dergelijk onderscheid niet maakt, lijkt de Nederlandse bepaling op dit punt strijdig met het EU-recht.[173]

Een andere interessante opmerking uit de parlementaire geschiedenis met betrekking tot zakelijke redenen is de volgende:

> "De geldige zakelijke redenen zullen bij de tussenhoudster bovendien tot uitdrukking moeten komen in de aanwezigheid van substance. Bij onvoldoende substance in de schakelende vennootschap is er sprake van een kunstmatige constructie en vindt – *uitgaande van een motief om inkomsten- of dividendbelasting bij een ander te ontgaan* (cursivering Kumeling) – heffing van vennootschapsbelasting plaats."[174]

Uit bovenstaande passage blijkt dat, geheel in overeenstemming met de wettekst, er ook aan de motieftoets (de subjectieve toets) moet zijn voldaan, eer er sprake is van misbruik. Echter, nu de subjectieve toets, blijkens de toelichting bij de wet van vóór 2016,[175] uitgelegd dient te worden volgens de objectieve toets, is er automatisch aan het motiefvereiste voldaan indien er sprake is van een kunstmatige constructie. Tussenhoudsterconstructies met onvoldoende substance zijn zodoende automatisch misbruikconstructies. Enkel indien het motief van de belastingplichtige uit, bijvoorbeeld, verklaringen of correspondentie af te leiden is, geldt de subjectieve toets als afzonderlijke toets.[176]

3.4. Fraus legis

Met het *Driedagenarrest* uit 1926 heeft de Hoge Raad in Nederland een buitenwettelijk leerstuk van wetsontduiking gecreëerd: fraus legis.[177] In feite is fraus legis de Nederlandse equivalent van het door het HVJ EU ontwikkelde, en hiervoor behandelde, algemene leerstuk inzake misbruik van recht. Naast fraus legis kennen we in Nederland ook nog het wettelijk geregelde

---

[170] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 306, nr. 3, p. 8.
[171] De wetgever verwijst hiervoor naar de minimum substance-eisen die gelden voor Nederlandse vennootschappen die een rulingverzoek willen indienen. Besluit van 12 juni 2012, nr. DGB 2014/3099, *NTFR* 2014/1580. Redactie Vakstudie Nieuws wacht voorts in spanning af of het HvJ EU in de momenteel aanhangige *Eqiom*-zaak (voorheen *Holcim*) zelf substance-eisen gaat geven en hoe zich dit tot de Nederlandse eisen verhoudt. Zie Redactie Vakstudie Nieuws, 'Zaak Holcim: Franse voorwaarden bij vrijstelling bronbelasting volgens A-G strijdig met EU-recht', *V-N* 2017/8.15.
[172] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 306, nr. 6, p. 7.
[173] M.E. Lukkien, 'Beschouwingen inzake de Nederlandse implementatie van de verplichte algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn', *MBB* 2016/2, § 2.3.3.
[174] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 306, nr. 3, p. 9.
[175] *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 105.
[176] Zie hiervoor ook mijn beschouwing in § 2.4.3.
[177] HR 26 mei 1926, *NJ* 1926, 723.

richtige heffing uit artikel 31 Algemene Wet Rijksbelastingen. Deze bijzondere rechtsmiddelen zijn bedoeld voor situaties waarin in strijd met doel en strekking van de wet is gehandeld en deze strijdigheid niet door rechtstreekse toepassing van de wet kan worden opgeheven.[178] Sinds 1926 heeft fraus legis een aanzienlijke ontwikkeling doorgemaakt en is zij, vooral in de jaren '80 van de vorige eeuw, dusdanig verruimd dat er sinds 1987 geen beroep meer wordt gedaan op richtige heffing.[179] Omdat de artikelen omtrent richtige heffing in feite dode letters in de wet zijn geworden, zal ik dit in het kader van dit onderzoek verder onbesproken laten.

3.4.1. De voorwaarden van fraus legis

Fraus legis zoals we dat nu kennen heeft grotendeels vorm gekregen in de arresten *BNB* 1985/32[180] en *BNB* 1985/171[181]. Uit *BNB* 1985/32 volgen de volgende twee voorwaarden voor toepassing van fraus legis:

- De belastingplichtige verricht een rechtshandeling of een samenstel van rechtshandelingen waarbij de verijdeling van belastingheffing de enige, althans de doorslaggevende, beweegreden is voor het aangaan van die rechtshandeling(en) (motiefvereiste);
- De belastingplichtige handelt in strijd met doel en strekking van de wet door de wijze waarop getracht wordt de belastingbesparing te realiseren (normvereiste).

Over bovengenoemde voorwaarden dient niet te licht te worden gedacht. Gerealiseerd moet namelijk worden dat fraus legis een zeer fundamentele inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel van artikel 104 Grondwet is. Bij een succesvol beroep op fraus legis wordt er immers belasting geheven op een manier die naar de letter van de wet niet mogelijk is.[182] Daarom kan er pas sprake zijn van fraus legis indien de normale methoden van rechtsvinding[183] geen oplossing bieden voor de fiscus. Fraus legis is zodoende een *ultimum remedium,* een laatste redmiddel om te verhinderen dat de wet op oneigenlijke wijze wordt gebruikt. Hierbij is het aan de inspecteur om aannemelijk te maken dat er aan het motiefvereiste is voldaan. Wanneer hij hierin slaagt, moet belastingplichtige bewijzen dat er een niet-fiscaal oogmerk van meer dan bijkomstige betekenis aan de rechtshandeling ten grondslag lag. Hiervan is in ieder geval sprake indien de rechtshandeling ook zonder het behalen van het fiscale voordeel zou zijn uitgevoerd.[184] De vraag waar ook Niessen mee worstelt, is of er sprake is van een meer dan bijkomstig niet-fiscaal oogmerk indien dit oogmerk niet op zichzelf maar wel samen met de te verkrijgen belastingbesparing de reden was voor de betreffende rechtshandeling.[185]
Ook met fraus legis is het belastingplichtige nog steeds toegestaan om fiscaal de meest voordelige weg te kiezen. Enkel wanneer hij een voordeel tracht te behalen dat door de wetgever kennelijk niet was bedoeld, voldoet hij aan het normvereiste.[186]

3.4.2. Kunstmatigheid

In *BNB* 1985/32 en *BNB* 1985/171 heeft de Hoge Raad afstand genomen van zijn eerdere standpunt dat gekunsteldheid en ongebruikelijkheid van de transactie vereist is voor fraus

---

[178] L.A. de Blieck e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2015, p. 415.
[179] Sinds het persbericht van de Staatssecretaris van Financiën van 29 juli 1987, nr. 87/222, *V-N* 1987, p. 1768 naar aanleiding van HR 11 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AW7995, *BNB* 1986/283.
[180] HR 21 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8603, *BNB* 1985/32.
[181] HR 20 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8319, *BNB* 1985/171.
[182] R.J. de Vries, 'Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving', *WFR* 2010/114, § 2.1.
[183] Zie hiervoor L.A. de Blieck e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2015, § 8.1.
[184] HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP6652, *BNB* 2005/169.
[185] R.E.C.M. Niessen, 'Fraus legis in de 21e eeuw', *NTFR-B* 2011/6.
[186] R.E.C.M. Niessen, 'Fraus legis in de 21e eeuw', *NTFR-B* 2011/6.

legis.[187] Gekunsteldheid van een complex van handelingen kan echter wel een aanwijzing zijn omtrent de belastingbesparende bedoeling van de transactie.[188] Feitelijk zien we deze benadering ook terugkomen bij de uitleg van de subjectieve toets uit de misbruikbepaling in de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn en artikel 17 Wet VPB 1969. De subjectieve bedoeling van belastingplichtige kan daarbij achterhaald worden door te kijken of de transactie kunstmatig is. Fraus legis onderscheidt zich van die misbruikbepalingen door kunstmatigheid niet als afzonderlijke (objectieve toets) op te nemen. Met *BNB* 1985/171 heeft de Hoge Raad ook het voorheen voor fraus legis geldende vereiste dat er sprake moet zijn van het ontbreken van reële, praktische betekenis van de transactie buiten het beoogde fiscale voordeel laten varen.[189]

3.4.3. Gevolgen

Is sprake van fraus legis, dan wordt er geen belasting geheven over de werkelijk gepleegde rechtshandeling (waarbij sprake is van fraus legis). In sommige zaken is sprake van 'substitutie' waarbij geheven wordt over de meest naastbij gelegen, wel tot heffing leidende, rechtshandeling. In andere zaken is sprake van 'substitutie door nihil': de bestreden rechtshandeling wordt fiscaal genegeerd.[190] Het uitgangspunt is immers om aan de bestreden rechtshandeling de gevolgen te verbinden die het meest in overeenstemming zijn met doel en strekking van de belastingwet.[191] Opgemerkt dient te worden dat deze ficties civielrechtelijk geen betekenis hebben en derhalve enkel voor de fiscaliteit gelden.

3.4.4. Verhouding met wettelijke misbruikbepalingen

Interessant is de verhouding tussen fraus legis en andere wettelijke misbruikbepalingen zoals renteaftrekbeperkingen. Formeel gezien is het niet onmogelijk dat de fiscus zich op fraus legis beroept indien zij er niet in is geslaagd om renteaftrek te beperken met een beroep op bijvoorbeeld artikel 10a Wet VPB 1969. Het zal echter wel bijzonder lastig worden om het normvereiste te bewijzen als een specifieke wettelijke bepaling als artikel 10a Wet VPB 1969, dat speciaal in het leven is geroepen om ongewenste renteaftrek te beperken, de renteaftrek niet beperkt.[192] Toch is een dergelijke situatie niet geheel ondenkbaar. In *BNB* 2012/213 oordeelde de Hoge Raad namelijk dat het niet van toepassing zijn van artikel 10a Wet VPB 1969 er niet aan in de weg staat dat alsnog fraus legis toegepast kan worden. De wetgever heeft, in de ogen van de Hoge Raad, met de introductie van artikel 10a Wet VPB 1969 namelijk geen limitatieve regeling voor onaanvaardbare grondslagerosie getroffen.[193] Opgemerkt dient te worden dat dit arrest betrekking heeft op een periode vóór de aanpassing van artikel 10a Wet VPB 1969 via de Wet werken aan winst.[194] Bij de parlementaire behandeling van deze wet heeft de Staatssecretaris van Financiën het standpunt ingenomen dat het niet uitgesloten is dat fraus legis van toepassing zou kunnen zijn indien artikel 10a, 10d[195] of een andere wettelijke bepaling inzake renteaftrek toepassing mist. Het van toepassing zijn van fraus legis is in dat geval echter een uitzonderlijke situatie die zich in de praktijk niet snel zal voordoen.[196] Ook zal de bereidheid van de rechter om fraus legis toe te passen steeds meer afnemen

---

[187] Dit in afwijking van HR 13 maart 1974, ECLI:NL:HR:1974:AX4536, *BNB* 1974/197.
[188] HR 6 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2910, *BNB* 2000/19 en HR 17 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF9114, *BNB* 2009/29.
[189] In HR 21 november 1984, *BNB* 1985/32, trof men dit vereiste nog wel aan.
[190] R.E.C.M. Niessen, 'Fraus legis in de 21e eeuw', *NTFR-B* 2011/6.
[191] HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638, *V-N* 2017/22.9, r.o. 3.2.2.5.
[192] J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2016, § 6.3.2.7.
[193] HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7073, *BNB* 2012/213.
[194] Voor een detailleerde beschrijving van artikel 10a Wet VPB 1969 zoals deze sinds 2007 luidt volsta ik door te verwijzen naar J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2016, § 6.3.2.
[195] Deze bepaling is inmiddels vervallen.
[196] *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 45.

naarmate er meer wettelijke regelingen komen die zich richten tegen een bepaald oneigenlijk gebruik. De wetgever kan dus niet van twee walletjes eten door én een toenemende veelheid aan renteaftrekbepalingen in te voeren én de fiscus (naar believen) een beroep te laten doen op fraus legis voor de gevallen waarin de wettelijke regelingen te kort lijken te schieten.[197] Dit standpunt van de rechter is ook logisch en begrijpelijk. Als de wetgever wettelijk regelt wat hij niet wilt, dan wordt het des te lastiger om te stellen dat gevallen die daar niet onder vallen in strijd zijn met doel en strekking van die wettelijke regeling. Dat een beroep op strijdigheid met doel en strekking van artikel 10a Wet VPB 1969 niet snel gehonoreerd wordt, blijkt ook uit het recente *Credit Suisse*-arrest van de Hoge Raad. De Hoge Raad bevestigt hier dat het zogenaamde Bosal-gat onderdeel is van de systematiek van de Wet VPB 1969. Het gevolg van dit Bosal-gat is simpelweg dat er tegenover renteaftrek geen heffing staat over de deelnemingsvoordelen. Gebruikmaking van dit voordeel betekent dan ook niet, zo oordeelt de Hoge Raad, dat er in strijd wordt gehandeld met doel en strekking van artikel 10a Wet VPB 1969.[198]

3.5. 'Verschillende wegen'-leer

De 'verschillende wegen'-leer[199] is in deze thesis al een aantal keren kort aan bod gekomen. In deze paragraaf zal ik de verschillende wegen-leer nader analyseren. De verschillende wegen-leer vindt haar oorsprong in de fraus legis-rechtspraak van de Hoge Raad. Na een analyse van deze 'oude' meerwegenleerdoctrine, ga ik onderzoeken in hoeverre de meerwegenleer is teruggekeerd en van invloed is bij de verschillende antimisbruikregels.

3.5.1. De 'verschillende wegen'-leer bij fraus legis[200]

Zoals in § 3.4 van deze thesis gezien kent fraus legis een motiefvereiste en een normvereiste waar cumulatief aan voldaan moet zijn, eer er sprake is van misbruik. Het was daarbij algemeen geaccepteerd dat het belastingplichtige vrij staat de fiscaal voordeligste weg te kiezen, zolang zij een zakelijk einddoel nastreeft. In de jaren negentig van de vorige eeuw veranderde dit enigszins door enkele arresten van de Hoge Raad betreffende fraus legis bij de inkomsten- en vennootschapsbelasting.

De bakermat van de verschillende wegen-leer vormt *BNB* 1990/293.[201] Hier oordeelde de Hoge Raad dat het feit dat belastingplichtige verschillende wegen heeft om het zakelijke einddoel te bereiken niet direct betekent dat belastingverijdeling niet de doorslaggevende beweegreden kan zijn geweest van de transactie.[202] In *BNB* 1994/87 heeft de Hoge Raad voorts voor het eerst met zoveel woorden duidelijk gemaakt dat de vrijheid om de fiscaal voordeligste weg te kiezen haar grens vindt daar waar de gevolgde weg leidt tot wetsontduiking.[203] De verschillende wegen-leer komt het duidelijkst tot uiting in *BNB* 1996/4 waar de Hoge Raad als volgt oordeelde:

> "De omstandigheid dat een samenstel van rechtshandelingen, in zijn geheel bezien, strekt ter verwezenlijking van zakelijk gefundeerde doeleinden, sluit niet uit dat daarin rechtshandelingen zijn begrepen die voor het bereiken van die doeleinden niet noodzakelijk zijn en die - indien zij voor de heffing van de vennootschapsbelasting

[197] R.J. de Vries, noot bij HR 1 juni 2012, *BNB* 2012/213, § 9.
[198] HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638, *V-N* 2017/22.9, r.o. 3.2.3.19.
[199] In de literatuur wordt de 'verschillende wegen'-leer ook wel de meerwegenleer of tweewegenleer genoemd. In deze thesis gebruik ik de drie begrippen als synoniem voor elkaar.
[200] Deze subparagraaf is grotendeels gebaseerd op R.J. de Vries, 'Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving', *WFR* 2010/114, § 2.2 en 2.4.
[201] HR 11 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4348, *BNB* 1990/293.
[202] HR 11 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4348, *BNB* 1990/293, r.o. 4.7.
[203] HR 19 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5570, *BNB* 1994/87, r.o. 3.5.

zouden worden aanvaard - zouden leiden tot een willekeurige en voortdurende verijdeling van deze heffing."[204]

Behalve de zakelijkheid van het einddoel, is dus ook de zakelijkheid van de gekozen weg doorslaggevend.

3.5.2. Het einde van de 'verschillende wegen'-leer

De verschillende wegen-leerjurisprudentie kreeg in de literatuur een stortvloed aan kritiek te verwerken en kon zodoende op weinig bijval rekenen.[205] De eerste echte afwijzing van de verschillende wegen-leer vond plaats binnen de context van de antimisbruikbepalingen voor Fusierichtlijntransacties en dus buiten het kader van fraus legis. In *BNB* 2000/111 stond een advocaat centraal die middels een praktijk-BV in een maatschap participeerde.[206] Om het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrisico te beperken wilde de advocaat de winstreserves van de praktijk-BV uitkeren. Om dit fiscaal zo gunstig mogelijk te laten plaatsvinden besloot hij middels een aandelenfusie een persoonlijke houdstervennootschap tussen zichzelf en zijn praktijk-BV te plaatsen. Het zakelijke doel was hier het beperken van de civielrechtelijke aansprakelijkheid. De aandelenfusie werd echter enkel gedaan om directe box 2-heffing te voorkomen, de advocaat had de winstreserves immers ook naar hem privé uit kunnen keren om het zakelijke doel te bereiken. De Hoge Raad besliste hier dat in dergelijke situaties onderzocht moet worden of de aandelenfusie ook zou zijn uitgevoerd indien het zakelijke doel niet zou hebben bestaan. Nu de advocaat zonder het zakelijke doel (voorkoming van civielrechtelijke aansprakelijkheid) nooit deze aandelenfusie zou hebben gedaan, is er ook geen sprake van misbruik.[207]

Met *BNB* 2005/169 is de verschillende wegen-leer ook in het kader van fraus legis (voorlopig) ter ziele gegaan.[208] Hier oordeelde de Hoge Raad immers expliciet dat de omstandigheid dat er ook voor fiscaal minder gunstige opties (lees ook: wegen) gekozen had kunnen worden, niet de gevolgtrekking wettigt dat met de gekozen optie is gehandeld in strijd met doel en strekking van de wet.[209] Zoals *Van der Geld* het in zijn noot bij het betreffende arrest verwoordt, mag aparte toetsing van individuele rechtshandelingen aan fraus legis dus niet aan de orde komen indien het zakelijke karakter van het eindresultaat evident is.[210]

3.5.3. De herrijzenis van de 'verschillende wegen'-leer

In *BNB* 2008/245, het arrest waarin de Hoge Raad uiteindelijk prejudiciële vragen heeft gesteld die zijn beantwoord in het *Zwijnenburg*-arrest, was het uiteindelijke, zakelijke, doel het samenbrengen van twee panden in één onderneming.[211] De route die belastingplichtige hiervoor koos betekende de facto een 'omgekeerde bedrijfsopvolging'. In een eerder stadium, bij de 'echte bedrijfsopvolging', had vader via zijn holding BV een modezaak (werkmaatschappij) overgedragen aan zijn zoon. Na deze overdracht had de holding van vader enkel nog een pand in bezit. Het nu in een later stadium overdragen van het pand van vader op zoon zou gepaard gaan met overdrachtsbelasting.[212] Om deze

---

[204] HR 6 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1683, *BNB* 1996/4, r.o. 3.2.4.
[205] Voor een overzicht van deze kritiek verwijs ik naar R.J. de Vries, 'Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving', *WFR* 2010/114, § 2.3.
[206] HR 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3829, *BNB* 2000/111.
[207] HR 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3829, *BNB* 2000/111, r.o. 3.3-3.4. Ik merk hierbij op dat indien het fiscale doel niet zou hebben bestaan, de aandelenfusie ook niet zou zijn uitgevoerd.
[208] HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP6652, *BNB* 2005/169.
[209] HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP6652, *BNB* 2005/169, r.o. 3.2.
[210] J.A.G. van der Geld, noot bij HR 17 december 2004, *BNB* 2005/169.
[211] HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:AZ8524, *BNB* 2008/245.
[212] Vaders holding BV kwalificeert immers als onroerendezaakrechtspersoon in de zin van artikel 4 Wet belastingen van rechtsverkeer 1970.

overdrachtsbelastingheffing te voorkomen, werd besloten de werkmaatschappij via een bedrijfsfusie weer terug over te dragen aan vader, zodat de holding BV van vader na 1 jaar de status van onroerendezaakrechtspersoon zou verliezen, en alle aandelen in de holding BV zonder heffing van overdrachtsbelasting overgedragen konden worden aan zoon. De inspecteur kende deze bedrijfsfusie echter het predicaat misbruik toe, waarna de zaak uiteindelijk bij de Hoge Raad en het HvJ EU belandde.

Dat de inspecteur bovengenoemde rechtshandeling van misbruik betichte, is zeker niet curieus. Het uiteindelijke, zakelijke, doel was hier immers om het pand van vader bij zoon te krijgen. De bedrijfsfusie bewerkstelligde het tegenovergestelde: de gehele onderneming ging over van zoon naar vader. De bedrijfsfusie was hier dus een omweg, een U-bocht, die haaks op het zakelijke einddoel stond. De Hoge Raad sloot zich in rechtsoverweging 4.3.3 aan bij het oordeel van Hof 's-Gravenhage dat in dit geval 'een constructie was opgezet die in werkelijkheid elke zelfstandige betekenis miste' en dat belastingplichtige zich 'op kunstmatige wijze toegang tot de faciliteiten had trachten te verschaffen'. De omstandigheid dat belastingplichtige een zakelijk einddoel voor ogen had doet hier niet aan af.[213] De verschillende wegen-leer lijkt hiermee dus weer te zijn teruggekeerd, zij het nu in de context van de aan de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten verbonden antimisbruikbepaling.[214]

Zoals in § 2.3.2.3 al vermeld, heeft *A-G Kokott* geen vrede met de dankzij de Hoge Raad herrezen verschillende wegen-leer. Een onderscheid tussen doel en middel, zo betoogt de A-G, beperkt de organisatorische vrijheid van een onderneming buitensporig. Zij geeft aan dat belastingplichtige vaak beschikken over een hele reeks aan wettelijke toegelaten mogelijkheden om hun zaken te organiseren en te structureren, waarbij de ene mogelijkheid fiscaal voordeliger uit kan pakken dan de andere. De keuze voor de fiscaal voordeligste variant kan in haar optiek 'in se' geen grond zijn voor de veronderstelling van misbruik.[215] Al eerder is opgemerkt dat het jammer is dat het HvJ EU hier niet zijn licht over heeft laten schijnen.[216]

Ook in het kader van fraus legis lijkt de Hoge Raad de 'meerwegenleer-handschoen' weer te hebben opgepakt. Zo oordeelde hij in *BNB* 2009/29, mede onder verwijzing naar *BNB* 2004/161[217], dat belastingplichtige vrij is in zijn keuze van de weg waarlangs hij een zakelijk doel wenst te bereiken, maar dat deze keuzevrijheid wordt beperkt indien de uiteindelijk gekozen route in doorslaggevende mate is ingegeven door belastingverijdelingsmotieven. Dit is het geval indien belastingplichtige zich op kunstmatige wijze toegang tot de faciliteit heeft trachten te verschaffen.[218] Een half jaar later bevestigde de Hoge Raad in *BNB* 2009/123 zijn eerdere visie nogmaals door te beslissen dat een belastingplichtige in beginsel vrij is om de fiscaal minst belastende weg te bewandelen teneinde een zakelijk doel te bereiken, maar dat deze vrijheid wordt overschreden indien, met het oogmerk van belastingverijdeling, een kunstmatige weg wordt gekozen die van elk reëel belang is ontbloot en die ertoe leidt dat

[213] Hof 's-Gravenhage 28 februari 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AX6259, *NTFR* 2006/871, r.o. 6.3.
[214] Redactie Vakstudie Nieuws, 'Mag bedrijfsfusiefaciliteit worden geweigerd bij ontgaan heffing overdrachtsbelasting?', *V-N* 2008/34.13.
[215] Conclusie A-G Kokott 16 juli 2009 bij HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), punt 43-47.
[216] Toch is dit wel logisch van het Hof nu het altijd voorbij gaat aan punten die voor de beantwoording van de prejudiciële vraag niet noodzakelijk zijn.
[217] HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE7326, *BNB* 2004/161.
[218] HR 17 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF9114, *BNB* 2009/29, r.o. 6.4-6.5.

gehandeld wordt in strijd met doel en strekking van de wet.[219] Inmiddels is *BNB* 2009/123 voorzien van de titel 'vaste jurisprudentie'.[220]

3.5.4. De relatie met wettelijke antimisbruikbepalingen

In § 2.4 hebben we gezien dat de Raad voorstander is van een antimisbruikconcept waarbij een constructie uit verscheidene stappen of onderdelen kan bestaan. In § 3.3 hebben we gezien dat de Nederlandse wetgever dit ook heeft geïmplementeerd in artikel 17, derde lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 en in artikel 1, zevende lid, Wet DB 1965. Nu een constructie uit verscheidene stappen of onderdelen kan bestaan, kan ook elke stap of onderdeel an sich als misbruik kwalificeren.[221] Deze bepalingen lijken zodoende de verschillende wegen-leer geïncorporeerd te hebben. Elke deel van de transactie moet dus op zichzelf beschouwd aan de antimisbruikbepaling getoetst worden.

Wanneer we deze lijn doortrekken naar de casus van het eerder behandelde arrest *BNB* 2008/245, lijkt *A-G Kokott* met haar visie aan het kortste eind te trekken. De bedrijfsfusie moet dan immers zelfstandig beoordeeld worden. Nu het doel van de bedrijfsfusie[222] (de onderneming terug overbrengen van zoon naar vader) haaks staat op het uiteindelijke zakelijke doel (het pand overbrengen van vader naar zoon), lijkt het belastingverijdelingsmotief hier doorslaggevend. Had de bedrijfsfusie in lijn gelegen met het uiteindelijke zakelijke doel, dan was de uitkomst wellicht anders geweest.
Dit verklaart tevens het onderscheid tussen de uitkomst van *BNB* 2000/111 en *BNB* 2008/245. In *BNB* 2000/111 had belastingplichtige een zakelijk einddoel (het beperken van het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrisico) dat op meerdere manieren bereikt kon worden. Ik schaar mij volledig achter het oordeel van de Hoge Raad dat de keuze voor de fiscaal voordeligste weg hier geen misbruik is. In het licht van dit arrest kan ik mij ook volledig vinden in de visie van *A-G Kokott* bij het *Zwijnenburg*-arrest. De keuze voor de fiscaal voordeligste variant kan 'in se' geen grond zijn voor de veronderstelling van misbruik. Dit wordt echter anders indien er een situatie voordoet zoals in *BNB* 2008/245. Die hier door belastingplichtige gekozen weg stond immers haaks op het uiteindelijke (zakelijke) doel. Er wordt hier een route gekozen die niet rechtstreeks, maar via een U-bocht tot het uiteindelijke doel leidt. De verschillende wegen-leer komt zodoende enkel aan de orde indien er sprake is van een onzakelijke omweg.

Bovenstaande analyse dient mijns inziens ook doorgetrokken te worden naar de wettelijke verschillende wegen-leer. Elke stap van een constructie kan afzonderlijk op misbruik getoetst worden. Een bepaalde tussenstap kan echter pas als misbruik kwalificeren indien zij haaks staat op het uiteindelijke zakelijke doel van de constructie.

3.6. Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik een onderzoek gedaan aan de hand van de volgende deelvraag: '*Wanneer is er sprake van misbruik bij (i) artikel 14a Wet VPB 1969, (ii) artikel 17 Wet VPB 1969 en (iii) fraus legis, en wat is de invloed van de verschillende wegen-leer op deze antimisbruikmaatregelen?*'. In deze paragraaf vat ik mijn conclusies samen.

---

[219] HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5619, *BNB* 2009/123, r.o. 3.3.
[220] HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BK1057, *BNB* 2012/127, r.o. 3.3.1.
[221] Mits dit onderdeel een kunstmatige constructie vormt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingverijdeling.
[222] Voor de volledigheid wijs ik erop dat de antimisbruikregeling uit de bedrijfsfusiefaciliteit gelijkluidend is aan die uit de splitsingsfaciliteit en dus niet de bepaling kent dat een constructie uit verscheidene stappen of onderdelen kan bestaan.

3.2 Misbruik bij splitsingen

- Artikel 14a, zesde lid, Wet VPB 1969 bepaalt dat er sprake is van misbruik indien de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.
- Bij vervreemding van de aandelen in de gesplitste rechtspersoon, dan wel in de verkrijgende rechtspersoon binnen 3 jaar, volgt omkering van de bewijslast (verkapt vervreemdingsverbod).
- Belastinguitstel valt onder belastingontwijking in de zin van de Fusierichtlijn.
- Het verkapte vervreemdingsverbod acht ik in strijd met het EU-recht.

3.3 Misbruik bij buitenlandse belastingplichtigen

- Deze antimisbruikbepaling is tekstueel een letterlijke implementatie van de antimisbruikbepaling uit de Moeder-Dochterrichtlijn.
- In de parlementaire behandeling lijkt de wetgever toch EU-rechtelijk uit de pas te gaan lopen.
- Beleggingsstructuren per definitie als misbruikstructuren bestempelen is in strijd met het EU-recht.
- De subjectieve toets (hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van belasting) moet aan de hand van de objectieve toets (kunstmatige constructie) uitgelegd worden.

3.4 Fraus Legis

- Er is sprake van fraus legis indien eraan zowel het motiefvereiste als aan het normvereiste is voldaan.
- De belastingplichtige moet zodoende een rechtshandeling of een samenstel van rechtshandelingen verrichten waarbij de verijdeling van belastingheffing de doorslaggevende beweegreden is voor het aangaan van die rechtshandeling(en) (motiefvereiste).
- Daarnaast moet belastingplichtige in strijd met doel en strekking van de wet handelen door de wijze waarop hij of zij tracht de belastingbesparing te realiseren (normvereiste).
- Het kiezen van fiscaal de meest voordelige weg is geoorloofd mits belastingplichtige geen voordeel tracht te behalen dat door de wetgever kennelijk niet was bedoeld.[223]
- De kunstmatigheid van een constructie is slechts een bewijsvermoeden.
- Fraus legis kan ook naast andere misbruikbepalingen bestaan.

3.5 'Verschillende wegen'-leer

- Een zakelijk einddoel betekent niet automatisch dat de bewandelde route hiernaartoe ook zakelijk is.
- Belastingplichtigen zijn in beginsel vrij zijn om de fiscaal voordeligste weg te bewandelen.
- Deze vrijheid wordt echter beperkt, indien de gekozen route dusdanig kunstmatig is dat deze van elk reëel belang is ontbloot en er bovendien toe leidt dat gehandeld wordt in strijd met doel en strekking van de wet.
- De verschillende wegen-leer bestrijdt constructies die via een U-bocht naar het uiteindelijke doel leiden.

[223] Ter volledigheid merk ik op dat hiermee anders enkel het normvereiste wordt overschreden. Wil er sprake zijn van fraus legis moet er ook aan het motiefvereiste zijn voldaan.

- In de antimisbruikbepaling uit de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn, de Moeder-Dochterrichtlijn en de Nederlandse implementatie van laatstgenoemde richtlijn, zien we de verschillende wegen-leer ook terugkomen.

4. Misbruik in belastingverdragen

4.1. Inleiding

Wereldwijd zijn er tussen landen ontzettend veel belastingverdragen gesloten. Het hoofddoel van dergelijke verdragen is internationale dubbele belastingheffing te voorkomen om zo de mondiale markt te bevorderen. In het verlengde hiervan is het voorkomen van belastingontwijking (en ontduiking) ook een doelstelling van de verdragen.[224] Om internationale belastingontwijking aan te pakken, is de OESO in het kader van het BEPS-project in het najaar van 2015 met definitieve actierapporten gekomen. Het rapport voor actiepunt 6 bevat een minimumstandaard voor maatregelen die landen zouden moeten nemen tegen verdragsmisbruik.[225] In dit rapport wordt onder meer voorgesteld een Principal Purpose Test (hierna: PPT) in de verdragen op te nemen.[226] Zonder al te diep op de BEPS-discussie in te gaan, lijkt het mij voor dit onderzoek wel goed om te kijken wat de kenmerken van een dergelijke PPT zijn, dit uiteraard enkel voor zover relevant voor deze scriptie.[227] Ook de PPT is in wezen een antimisbruikbepaling en kan zodoende helpen in de zoektocht naar de facetten waar 'de ideale antimisbruikbepaling' aan moet voldoen. Zeker gezien het feit dat een aantal landen wereldwijd een dergelijke PPT al in hun nationale wet geïncorporeerd hebben.[228] In dit hoofdstuk staat dan ook de volgende deelvraag centraal: '*Wat is het door de OESO voorgestelde misbruikconcept bij de belastingverdragen?*'.

4.2. Principal Purpose Test

4.2.1. Inleiding

De PPT bepaalt dat, vrij vertaald, verdragsvoordelen niet toegekend hoeven te worden indien redelijkerwijs vastgesteld kan worden dat het verkrijgen van een verdragsvoordeel een van de voornaamste doelen van een bepaalde transactie is (motiefvereiste). Een uitzondering hierop is de situatie wanneer het toekennen van het verdragsvoordeel in overeenstemming is met doel en strekking van de betreffende verdragsbepaling (normvereiste). Alle relevante feiten en omstandigheden moeten hierbij in ogenschouw genomen worden.[229]

De PPT is zodoende een algemene antimisbruikmaatregel die aansluiting zoekt bij de primaire redenen van de belastingplichtige om gebruik te maken van de betreffende structuur. Het accent ligt dus op het motiefvereiste, de oogmerktoets.[230] Voldoen aan het normvereiste is hierbij enkel een escape. Men voldoet hierdoor eerder aan de PPT dan aan fraus legis, waar het motiefvereiste en het normvereiste twee cumulatieve voorwaarden vormen. Indien doel en

---

[224] OESO, *Commentary on article 1 concerning the persons covered by the convention*, 2014, § 7.
[225] OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report* (OECD/G20 BEPS Project), Parijs: OECD Publishing 2015.
[226] OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report* (OECD/G20 BEPS Project), Parijs: OECD Publishing 2015, executive summary.
[227] De PPT ziet op het voorkomen van verdragsmisbruik. Verdragsmisbruik is niet per definitie hetzelfde als misbruik met betrekking de directe belastingen, waar deze thesis op ziet. In deze paragraaf abstraheer ik echter van dit onderscheid om zo het begrip 'misbruik' in zijn algemeenheid beter te kunnen onderzoeken. De Limitation-on-benefits bepaling, een andere voorgestelde antimisbruikmaatregel, is m.i. (te) specifiek gericht op het voorkomen van verdragsmisbruik en laat ik derhalve onbesproken.
[228] O.a. Australië, Canada, Nieuw-Zeeland, Zuid-Afrika en het Verenigd Koninkrijk, geciteerd bij: V. Kolosov, 'Guidance on the Application of the Principal Purpose Test in Tax Treaties', *Bulletin for International Taxation* (vol. 71, nr. 3) 2017, § 1.
[229] OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report* (OECD/G20 BEPS Project), Parijs: OECD Publishing 2015, p. 55.
[230] T. Bender & F.A. Engelen, 'BEPS-actie 6: De maatregelen tegen treaty shopping – bedreiging en kans', *WFR* 2016/51, § 4.

strekking van een wettelijke bepaling onduidelijk is, kan fraus legis niet toegepast worden, maar de PPT wel.[231] Hoewel de PPT niet expliciet eist dat een constructie kunstmatig moet zijn, kan het kunstmatige karakter van een transactie wel relevant zijn bij het bepalen van eventuele strijd met doel en strekking van een regeling. Daarnaast kan het een aanwijzing zijn van belastingontwijkende motieven.[232]

4.2.2. Eén van de hoofddoelen

Opmerkelijk is dat de PPT spreekt van 'een van de voornaamste doelen'. Ook dit is een lichtere toets dan bij fraus legis, waar het moet gaan om de enige (doorslaggevende) beweegreden. De PPT is hiermee ook lichter dan het Unierechtelijk misbruikconcept zoals besproken in § 2.5 van deze thesis.[233] Zoals ook *Kok* opmerkt, kan dit ertoe leiden dat niet alleen zuiver kunstmatige situaties onder het motiefvereiste kunnen vallen. Een te ruime motieftoets doet afbreuk aan het beginsel dat belastingplichtige het recht heeft om zijn handelen op de fiscaal vriendelijkste wijze in te richten.[234] De OESO licht haar beredenering toe aan de hand van het volgende voorbeeld. Een belastingplichtige wil een bezitting verkopen, maar vlak voor de verkoop wordt die belastingplichtige inwoner van een andere staat om zo een verdragsvoordeel te behalen. Indien het behalen van een verdragsvoordeel *een van de voornaamste doelen* is, dan mag het verdragsvoordeel geweigerd worden, ook al zijn er andere zakelijke voornaamste doelen aanwezig.[235] De PPT moet dus erg ruim uitgelegd worden. Dat blijkt mede uit het feit dat sluitend bewijs voor het motiefvereiste niet nodig is. Het is afdoende als het belastingverijdelingsmotief *reasonable to conclude* is.[236] Ook de overige termen van de PPT dienen ruim uitgelegd te worden.[237] Hieruit blijkt duidelijk dat de OESO op elke mogelijke manier wil voorkomen dat er misbruik van verdragen gemaakt kan worden. Met *Rasenberg* ben ik echter van mening dat de OESO ervoor moet waken om de PPT niet een te groot bereik te geven waarmee zij ook de goede vissen in haar antimisbruik-net vangt. Zoals hij aangeeft leidt deze ruime antimisbruikmaatregel tot een ongerechtvaardigde en ongewenste versterking van het middel dat belastinginspecteurs ter beschikking hebben om bepaalde structuren te bestrijden. Een fiscaal motief naast een zakelijk motief is naar zijn mening dan ook niet per definitie een gegronde reden om een bepaalde constructie te bestrijden.[238] Terugkerend naar het eerder in deze paragraaf genoemde voorbeeld van de OESO, ben ik dan ook van mening dat hier een weging plaats moet vinden in de motieven om inwoner te worden van het andere land. Mijns inziens dient hierbij gekeken te worden naar wat het doorslaggevende motief van de verhuizing is.[239] Is het fiscale motief doorslaggevend, dan mag het verdragsvoordeel met een beroep op de PPT geweigerd worden.

---

[231] Zie ook Q.W.J.C.H. Kok, 'Enkele aspecten van de principal purpose test', *WFR* 2015/184, § 3.1 over de samenloop van de PPT met fraus conventionis.

[232] O.C.R. Marres & I.M. de Groot, 'De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 2)', *WFR* 2015/910, § 2.

[233] Voor de volledigheid merk ik op dat zowel de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn als die uit de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn spreekt van 'hoofddoel of een der hoofddoelen'. Het is het HvJ EU die dit strikter heeft uitgelegd als 'doorslaggevend'.

[234] Q.W.J.C.H. Kok, 'Enkele aspecten van de principal purpose test', *WFR* 2015/184, § 4.1.

[235] OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report* (OECD/G20 BEPS Project), Parijs: OECD Publishing 2015, p. 58.

[236] OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report* (OECD/G20 BEPS Project), Parijs: OECD Publishing 2015, p. 57-58.

[237] OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report* (OECD/G20 BEPS Project), Parijs: OECD Publishing 2015, p. 57.

[238] M.C. Rasenberg, 'Antimisbruik in verdragen: dat kan specifieker!', *WFR* 2017/93, § 3.2.

[239] In lijn met HvJ EU 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*), *BNB* 2012/5.

4.2.3. Aanbeveling Europese Commissie

Begin 2016 heeft de Europese Commissie een Aanbeveling gepubliceerd waarin zij lidstaten aanbeveelt om in belastingverdragen een algemene antimisbuikmaatregel op te nemen die gebaseerd is op de hier behandelde PPT van de OESO.[240] Hoewel aansluiting is gezocht bij de PPT, wijkt de algemene antimisbruikmaatregel die de Commissie voorstelt hiervan af. De Commissie voegt namelijk de zinsnede "*tenzij wordt aangetoond dat hierin een reële economische activiteit besloten ligt*" toe.[241] Dit is nodig, zo geeft zij aan, om de PPT in overeenstemming te brengen met de rechtspraak van het HvJ EU, teneinde te garanderen dat de maatregel in overeenstemming is met EU-recht.[242] De Europese Commissie voegt hiermee feitelijk een proportionaliteitseis toe. Terugkerend naar het voorbeeld van de OESO, zoals aangehaald in de vorige paragraaf van deze thesis, lijkt de daar geschetste situatie niet onder de misbruikmaatregel van de Europese Commissie te vallen indien er reële economische activiteiten (zakelijke redenen) aan de verhuizing ten grondslag liggen. De vraag is echter of een volstrekt marginale zakelijke reden al voldoende is om handeling het misbruikkarakter te ontnemen. Mijns inziens dient er, zoals in de vorige paragraaf ook al betoogd, een weging plaats te vinden van de verschillende motieven waarbij getoetst moet worden welk motief doorslaggevend is.

4.3. Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik een onderzoek gedaan aan de hand van de volgende deelvraag: '*Wat is het door de OESO voorgestelde misbruikconcept bij de belastingverdragen?*'. In deze paragraaf vat ik mijn conclusies samen.

- De PPT sluit qua definitie enigszins aan bij fraus legis.
- Van misbruik is sprake indien redelijkerwijs vastgesteld kan worden dat het verkrijgen van een verdragsvoordeel één van de voornaamste doelen van een bepaalde transactie is (motiefvereiste).
- Een uitzondering hierop is de situatie wanneer het toekennen van het verdragsvoordeel in overeenstemming is met doel en strekking van de betreffende verdragsbepaling (normvereiste).
- De PPT is een lichtere toets dan fraus legis nu het normvereiste geen voorwaarde maar een escape is.
- De Europese Commissie beveelt toevoeging van de zinsnede "*tenzij wordt aangetoond dat hierin een reële economische activiteit besloten ligt*" aan (proportionaliteitstoets).

[240] Aanbeveling van de Commissie van 28 januari 2016 over de implementatie van maatregelen om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan, C(2016) 271 final.
[241] Artikel 2 Aanbeveling van de Commissie van 28 januari 2016 over de implementatie van maatregelen om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan, C(2016) 271 final.
[242] Considerans, overweging 7, Aanbeveling van de Commissie van 28 januari 2016 over de implementatie van maatregelen om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan, C(2016) 271 final.

5. Conclusies en aanbevelingen

5.1. Inleiding

In deze thesis heb ik een onderzoek gedaan naar misbruik in de directe belastingen. Centraal stond de volgende probleemstelling: '*Uit welke elementen bestaan de huidige antimisbruikmaatregelen en waaruit zou een antimisbruikmaatregel voor de directe belastingen idealiter moeten bestaan?*'. In dit hoofdstuk ga ik allereest stapsgewijs het eerste deel van mijn probleemstelling, '*uit welke elementen bestaan de huidige antimisbruikmaatregelen*' beantwoorden (§ 5.2). In § 5.3 komt het tweede deel van mijn probleemstelling, '*waaruit zou een antimisbruikmaatregel voor de directe belastingen idealiter moeten bestaan*', aan de orde. Ik sluit dit hoofdstuk en deze thesis af in § 5.4.

5.2. Beantwoording eerste deel probleemstelling

5.2.1. Het Unierechtelijke misbruikconcept

Allereerst heb ik het Unierechtelijk misbruikconcept onder de loep genomen. Ik heb hierbij gezien dat het HvJ EU enerzijds criteria heeft ontwikkeld waaraan het antimisbruikbepalingen van de lidstaten toets en anderzijds een eigen misbruikleerstuk heeft ontwikkeld op het terrein van de indirecte belastingen. In zijn arresten geeft het Hof aan dat misbruik van geval tot geval op basis van objectieve gegevens moet worden beoordeeld. Misbruikregels moeten zodoende op specifieke situaties zien, willen zij Europeesrechtelijke verantwoord zijn. Op het gebied van de directe belastingen is de *Cadbury Schweppes*-doctrine nog altijd het uitgangspunt. Er is zodoende sprake van misbruik bij volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om belastingwetgeving te ontwijken. Van een volstrekt kunstmatige constructie is sprake indien er geen enkele daadwerkelijke economische activiteit met de handeling gemoeid gaat.

Artikel 15, eerste lid, onderdeel a, Fusierichtlijn (voorheen artikel 11) biedt lidstaten de mogelijkheid om de door de Richtlijn voorgeschreven faciliteiten (gedeeltelijk) te weigeren indien blijkt dat met de betreffende rechtshandeling(en) misbruik is beoogd. Blijkens de tekst van artikel 15 Fusierichtlijn is er sprake van misbruik indien de rechtshandeling als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft. Hierbij geldt het vermoeden dat als een rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, aangenomen mag worden dat minstens een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking is. De Fusierichtlijn noemt vervolgens als voorbeeld van zakelijke overwegingen een herstructurering of een rationalisering van de activiteiten van de bij de fusie of splitsing betrokken vennootschappen. Het tekstuele *hoofddoel of een der hoofddoelen* moet volgens het HvJ EU uitgelegd worden als het *doorslaggevende doel*. Zakelijke overwegingen mogen niet slechts marginaal zijn vergeleken met de fiscale doelen.[243]

In artikel 6 Anti-belastingontwijkingsrichtlijn definieert de Raad misbruik als een constructie of 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 het toepasselijke belastingrecht ondermijnt, en die, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, kunstmatig is. Een constructie kan hierbij uit verscheidene stappen of onderdelen bestaan. De constructie wordt voorts geacht kunstmatig te zijn, indien zij niet is opgezet op grond van zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.

Alles in overweging nemende laat het Unierechtelijke misbruikconcept zich omschrijven als een kunstmatige constructie met het doorslaggevende doel om een niet door het betreffende

[243] HvJ EU 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*), *BNB* 2012/5.

belastingrecht beoogd belastingvoordeel te verkrijgen. Hierbij kan een constructie uit meerdere onderdelen bestaan waardoor per onderdeel bepaald moet worden of er al dan niet sprake is van het doorslaggevende doel om een niet door het betreffende belastingrecht beoogd belastingvoordeel te verkrijgen. De niet-zakelijke omwegen naar een zakelijk doel kunnen dus op zichzelf als misbruik kwalificeren. Indien de constructie is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen, is er geen sprake van een kunstmatige constructie en dus ook niet van misbruik. Indien de constructie is opgezet om meerdere redenen waarvan een fiscale reden er één is, dient er een weging van de redenen plaats te vinden teneinde te kunnen beoordelen welke reden doorslaggevend is.

5.2.2. Het nationaalrechtelijke misbruikconcept

Wetende wat het Unierechtelijke misbruikconcept inhoudt, ben ik (anti)misbruik in het nationale recht gaan onderzoeken. Hiervoor ben ik begonnen met een analyse van de antimisbruikbepaling uit artikel 14a Wet VPB 1969. Van misbruik in deze zin is sprake indien de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, wordt de splitsing, behoudens tegenbewijs, geacht misbruik te zijn. Herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende- en de verkrijgende rechtspersonen zijn volgens de wetgever een voorbeeld van zakelijke overwegingen. Zakelijke overwegingen worden niet aanwezig geacht indien aandelen in de gesplitste rechtspersoon, dan wel in de verkrijgende rechtspersoon, binnen drie jaar na de splitsing geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een niet verbonden lichaam.

Voor de antimisbruikbepaling uit artikel 17 Wet VPB 1969 heeft de wetgever letterlijke aansluiting gezocht bij de Moeder-dochterrichtlijn. Van misbruik met betrekking tot buitenlandse belastingplicht is dan ook sprake indien belastingplichtige het aanmerkelijk belang houdt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van inkomstenbelasting of dividendbelasting bij een ander te ontgaan en er sprake is van een kunstmatige constructie of reeks van constructies, waarbij een constructie uit verscheidene stappen of onderdelen kan bestaan. Een constructie of reeks van constructies wordt als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.

Wil er sprake zijn van de buitenwettelijke antimisbruikbepaling, fraus legis, dan moet belastingplichtige een rechtshandeling of een samenstel van rechtshandelingen verrichten waarbij de verijdeling van belastingheffing de enige, althans de doorslaggevende, beweegreden is voor het aangaan van die rechtshandeling. Daarnaast moet belastingplichtige in strijd met doel en strekking van de wet handelen door de wijze waarop hij of zij tracht de belastingbesparing te realiseren.

Binnen het kader van fraus legis is voorts de verschillende wegen-leer ontwikkeld. Dit leerstuk, dat kortgezegd inhoudt dat een zakelijk einddoel niet automatisch betekent dat de weg hiernaartoe ook zakelijk (en dus geen misbruik) is, leek halverwege het eerste decennium van deze eeuw definitief tot het verleden te behoren. We hebben echter gezien dat deze leer nog steeds geldend recht is en ook buiten de kaders van fraus legis doet zij voorzichtig aan haar intrede. Het lijkt er zelfs op dat deze leer in de meeste recente Europese richtlijnen gecodificeerd is. Als implementatie van de vernieuwde Moeder-dochterrichtlijn zien we dit ook in onze nationale wet terugkomen in onder meer artikel 17, derde lid, onderdeel b, Wet VPB 1969. Cruciaal voor toepassing van de verschillende wegen-leer is dat het een onzakelijke omweg, een U-bocht, betreft teneinde het uiteindelijke doel te bereiken. Het staat

belastingplichtige dus nog steeds vrij om de fiscaal voordeligste weg te kiezen, mits deze weg niet haaks staat op het uiteindelijke zakelijke doel.

5.2.3. Het belastingverdragen misbruikconcept

Naast het Unierechtelijke misbruikconcept en de vele nationale antimisbruikmaatregelen is de OESO voorstander van een wereldwijde algemene antimisbruikmaatregel om zo oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te bestrijden. Om dit te bewerkstelligen stelt zij onder meer een Principal Purpose Test voor. Van misbruik in deze zin is sprake indien redelijkerwijs vastgesteld kan worden dat het verkrijgen van een verdragsvoordeel één van de voornaamste doelen van een bepaalde transactie is. Een uitzondering hierop is de situatie wanneer het toekennen van het verdragsvoordeel in overeenstemming is met doel en strekking van de betreffende verdragsbepaling. Alle relevante feiten en omstandigheden moeten hierbij in ogenschouw genomen worden. De Europese Commissie nuanceert deze ruime antimisbruikmaatregel door een extra proportionaliteitstoets aan te bevelen.

5.2.4. Schematisch overzicht

Onderstaand schema biedt een kort en bondig overzicht van de verschillende antimisbruikmaatregelen en wat welke maatregel onder misbruik verstaat. De verschillende ficties en tegenbewijsregelingen heb ik omwille van de eenvoud van het schema er niet in opgenomen.

Antimisbruikbepaling	**Wanneer is er sprake van misbruik?**
HvJ EU misbruik als rechtvaardigingsgrond	Volstrekt kunstmatige constructie die bedoeld is om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken.
HvJ EU misbruik in de indirecte belastingen	Het wezenlijke doel van de transactie is het verkrijgen van een belastingvoordeel dat in strijd met het doel van de wettelijke regeling is.
Fusierichtlijn misbruik tekstueel	De rechtshandeling heeft als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking.
Fusierichtlijn misbruik ingevuld door HvJ EU	Het doorslaggevende doel van de transactie is het op onrechtmatige wijze verkrijgen van door het gemeenschapsrecht toegekende voordelen.
Misbruik volgens de Raad	Kunstmatige constructie waarvan het hoofddoel of een van de hoofddoelen het verkrijgen van een belastingvoordeel is, waarbij de constructie het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht ondermijnt.
Het Unierechtelijke misbruikconcept	Kunstmatige constructie met het doorslaggevende doel om een niet door het betreffende belastingrecht beoogd belastingvoordeel te verkrijgen.
Misbruik ex artikel 14a Wet VPB 1969	De splitsing is in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.
Misbruik ex artikel 17 Wet VPB 1969	Een kunstmatige constructie waarvan het hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van de heffing van inkomstenbelasting of dividendbelasting bij een ander is.
Fraus legis	Een rechtshandeling waarbij de verijdeling van belastingheffing de doorslaggevende beweegreden is en er in strijd met doel en strekking van de wet wordt gehandeld.
OESO Principal Purpose Test	Het verkrijgen van een verdragsvoordeel is een van de voornaamste doelen van een bepaalde transactie.
PPT na aanbeveling Europese Commissie	Het verkrijgen van een verdragsvoordeel is een van de voornaamste doelen van een bepaalde transactie tenzij hier een reële economische activiteit in besloten ligt.

5.3. Beantwoording tweede deel probleemstelling

5.3.1. Inleiding

In de vorige paragraaf heb ik mijn bevindingen uit deze thesis met de verschillende misbruikmaatregelen samengevat. Het eerste deel van mijn probleemstelling heb ik hiermee kunnen beantwoorden. In deze paragraaf richt ik mij op het tweede deel van mijn probleemstelling, '*waaruit zou een antimisbruikmaatregel voor de directe belastingen idealiter moeten bestaan?*'.

Uitgerekend in een tijd waarin de Europese Unie onder steeds grotere (politieke) druk komt te staan, ben ik voornemens om mijn afstudeerscriptie te beëindigen door de loftrompet over het Unierechtelijke misbruikconcept te steken. Door in het *Euro Park* Service-arrest voor het eerst met zoveel woorden te spreken van één Unierechtelijk misbruikconcept, is er een

antimisbruikmaatregel ontstaan die het beste van drie werelden[244] combineert. Na veel antimisbruikmaatregelen onderzocht te hebben, komt het Unierechtelijke misbruikconcept mijns inziens het beste uit de verf. In deze paragraaf ligt ik een en ander graag nader toe.

5.3.2. De goede punten van het Unierechtelijke misbruikconcept

Wil er sprake zijn van misbruik in de zin van het Unierecht dan moet het een kunstmatige constructie betreffen met het *doorslaggevende doel* om een niet beoogd belastingvoordeel te verkrijgen. Het Unierechtelijke misbruikconcept kent zodoende een objectieve toets (kunstmatige constructie), een subjectieve, c.q., motieftoets (doorslaggevende doel) en een normatieve toets (niet beoogd belastingvoordeel, of - in fraus legis termen - strijd met doel en strekking van de wet).

In afwijking van het *Cadbury Schweppes*-criterium '*volstrekt* kunstmatige constructies', kiest de Raad doelbewust voor de ruimere terminologie 'kunstmatige constructies'. Door het daarnaast opnemen van de escapeclausule voor constructies die zijn opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen, is het verschil tussen *volstrekt* kunstmatige constructies en kunstmatige constructies praktisch verwaarloosbaar. Indien er een (enkele) geldige zakelijke reden aan de constructie ten grondslag ligt, is er geen sprake van kunstmatigheid.

Waar in de Fusierichtlijn nog gesproken wordt over 'hoofddoel of één der hoofddoelen' heeft het HvJ EU in het *Kofoed*-arrest geoordeeld dat dit uitgelegd moet worden als het 'uitsluitende doel'. Tekstueel gezien lijkt 'uitsluitend' verder te gaan dan 'hoofddoel', 'wezenlijke doel' of 'doorslaggevende reden'. 'Uitsluitend' impliceert immers dat er geen enkele zakelijke reden aan de constructie ten grondslag ligt. Een klein vleugje zakelijkheid kan de kwalificatie van een rechtshandeling als misbruik zodoende al voorkomen. Grondslaguitholling van de belastingwet ligt in dat geval op de loer, zonder dat dit door antimisbruikregels bestreden kan worden. In het *Foggia*-arrest heeft het Hof *uitsluitende doel* naar mijn mening terecht genuanceerd tot *doorslaggevende doel*. Indien een transactie meerdere doelen heeft, is er pas sprake van misbruik indien het fiscale doel doorslaggevend is. Een dergelijke terminologie zien we ook bij fraus legis terugkomen.

Persoonlijk vind ik het een goede zaak dat het Hof misbruik op dit punt zo eng verwoordt. Op deze manier blijft het voor belastingplichtigen immers mogelijk om de voor hen fiscaal voordeligste weg te kiezen zonder dat grondslaguitholling van de belastingwet wordt gefaciliteerd.[245] Ik zal dan op dit punt ook zeker niet adviseren om bij de PPT aan te sluiten en dus van een ruime 'hoofddoeltoets' uit te gaan. We moeten namelijk niet vergeten dat de kwalificatie van een naar de letter van de wet toegestane constructie als misbruik, altijd een inbreuk op het legaliteitsbeginsel vormt. Aangezien het grondwettelijk verankerde legaliteitsbeginsel een groot goed is in onze rechtsstaat, moet een al te ruim misbruikbegrip dan ook voorkomen worden. Het beginsel dat aan het Wetboek van Strafrecht ten grondslag ligt, *liever tien schuldigen onbestraft dan één onschuldige ten onrechte veroordeeld*, zou naar mijn mening ook naar de fiscaliteit vertaald moeten worden. Het Unierechtelijk misbruikconcept houdt hier goed rekening mee, zeker gezien zij ook een normatieve toets kent. Deze normatieve toetsing is belangrijk om te voorkomen dat constructies die de wetgever doelbewust niet heeft willen bestrijden, door de fiscus alsnog als misbruik bestempeld worden.

[244] Strikt genomen is er slechts sprake van twee werelden daar de Fusierichtlijn uiteraard ook een product van de Raad is. Gelet op de opbouw van dit onderzoek spreek ik toch liever over drie werelden.

[245] Dit laatste door de nuancering uit het *Foggia*-arrest.

Gelet op bovenstaande moge duidelijk zijn dat ik persoonlijk een eng misbruikconcept voorsta. Dit mag echter niet zover doorslaan dat het misbruikbegrip praktisch betekenisloos wordt en grondslaguitholling op de loer ligt. In dat kader is het een goede zaak dat in het Unierechtelijke misbruikconcept een constructie uit meerdere onderdelen kan bestaan die ieder afzonderlijk op misbruik getoetst kunnen worden (de codificatie van de verschillende wegen-leer). Nu de kunstmatigheidseis en het uitsluitende doel-vereiste streng uitgelegd dienen te worden bestaat, zonder deze codificatie van de meerwegenleer, immers het risico dat overduidelijk kunstmatige constructies die onderdeel zijn van een grotere constructie niet bestreden kunnen worden met antimisbruikwetgeving, puur en alleen omdat deze constructies onderdeel zijn van een grotere (zakelijke) constructie en daardoor, overall bezien, slechts bijkomstig van aard zijn.[246] Andersom beredeneerd zal het ook buitensporig zijn om de zakelijke onderdelen van een grotere (onzakelijke) constructie eveneens als misbruik aan te merken.
Deze opsplitsing van een constructie mag naar mijn mening echter niet zover doorslaan dat belastingplichtige niet langer de keus heeft om de fiscaal voordeligste weg te kiezen.[247] Het onderscheid hiertussen licht ik graag toe aan de hand van het volgende fictieve voorbeeld, voorbeeld 1:

> Een bedrijf gespecialiseerd in de productie van verlichting én in gezondheidstechnologie besluit om beide onderdelen te splitsen. De reden hiervoor is dat de lichtdivisie zelfstandig beter kan inspelen op de sterk veranderende lichtindustrie. Ook de gezondheidsafdeling maakt op deze manier meer kans om markleider in hun sector te worden. Nu heeft dit bedrijf de keuze om de gewenste herstructurering op twee verschillende manieren in te kleden. Bij optie 1 wordt een buitenlandse deelneming opgericht en tussen geschakeld om zo een aanzienlijk belastingvoordeel te realiseren vergeleken met optie 2, waar geen tussenschakeling van de buitenlandse deelneming plaatsvindt.

De in deze casus geschetste herstructurering heeft overduidelijk een volstrekt zakelijk doel. Dit doel kan echter op twee manieren bereikt worden. De oprichting en de tussenschakeling van de buitenlandse dochter is voor het bereiken van het gewenste zakelijke einddoel niet vereist. Met recht kan beargumenteerd worden dat dit deel van de constructie kunstmatig is en dat dit deel dus met een antimisbruikbepaling bestreden kan (en moet) worden. Hier is namelijk sprake van een omweg met een louter fiscale reden. Het gevolg is dan dat belasting geheven wordt alsof de buitenlandse dochter niet tussen geschakeld zou zijn. Er wordt dan dus belasting geheven alsof er sprake is van optie 2.

In bovenstaande casus moeten er echt kunstmatige handelingen verricht worden om het beoogde belastingvoordeel te verkrijgen. Anders wordt het indien het bedrijf de keuze heeft uit twee opties die ongeveer dezelfde hoeveelheid stappen, handelingen, tijd en geld kosten maar waarbij optie 1 een fiscaal voordeel oplevert ten opzichte van optie 2. Dit is bijvoorbeeld het geval (voorbeeld 2) indien het bedrijf uit voorbeeld 1, in het kader van de herstructurering, om zakelijke redenen al van plan was om een dochtermaatschappij op te richten en tussen te voegen. Optie 1 betekent hier oprichting van de dochtermaatschappij in land A, hetgeen een belastingvoordeel met zich meebrengt. Optie 2 betekent oprichting van de dochtermaatschappij in land B, wat geen belastingvoordeel oplevert. In deze situatie is de enige reden dat voor optie 1 gekozen wordt in plaats van voor optie 2, een fiscaal motief. Het

[246] Ook relatief kleine onderdelen van een grote constructie kunnen absoluut bezien grote fiscale voordelen opleveren.
[247] Zie ook Conclusie A-G Kokott 16 juli 2009 bij HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), punt 44-47.

bedrijf heeft hier dus twee wegen die zij kan bewandelen om hetzelfde zakelijke einddoel te bereiken. In een geval als dit mag het niet zo zijn dat de mogelijkheid om voor optie 1 te kiezen beperkt wordt door een antimisbruikbepaling. Belastingplichtigen moeten de keus blijven houden om de fiscaal voordeligste weg te kiezen. Dit wordt pas anders indien belastingplichtige deze fiscaal voordeligste weg zelf creëert door middel van een kunstmatige constructie.[248] Dat een constructie uit verscheidene stappen of onderdelen kan bestaan doet hier recht aan.

Kunstmatigheid van de constructie is dus het devies. Alleen echte omwegen, of U-bochten, kunnen zo bestreden worden bij een zakelijk einddoel. Dit is geheel in lijn met de visie van de Hoge Raad in *BNB* 2008/245. Deze eis zit naar mijn mening goed in het Unierechtelijke misbruikconcept verwerkt.

In § 2.4.3 hebben we gezien dat een constructie kunstmatig is indien zij enkel en alleen is opgezet om een fiscaal voordeel te behalen.[249] Uit voorbeeld 2 blijkt mede het belang van de escapebepaling bij deze kunstmatigheidseis. Dat het bedrijf hier voor optie 1 kiest is uitsluitend om een belastingvoordeel te behalen (aan de subjectieve toets is dus voldaan). De reden om een buitenlandse deelneming op te richten is echter zakelijk. Blijkens de escapebepaling is er zodoende geen sprake van misbruik. De escapebepaling biedt hier dus uitkomst.

5.3.3. De ideale antimisbruikmaatregel

De ideale antimisbruikmaatregel vloeit grotendeels voort uit het Unierechtelijke misbruikconcept. Samenvattend, en ter beantwoording van het tweede deel van mijn probleemstelling, bevat een ideale antimisbruikmaatregel in ieder geval de volgende elementen:

- Het moet gaan om een kunstmatige constructie of reeks van constructies;
- waarvan het doorslaggevende doel het verkrijgen van een belastingvoordeel is;
- dat in strijd is met doel en strekking van de wet.

Hierbij gelden de volgende uitgangspunten:

- een constructie kan uit verscheidene stappen of onderdelen bestaan waarbij elke stap of elk onderdeel an sich op misbruik getoetst kan worden. De tussenstap is echter pas misbruik indien er sprake is van een U-bocht;
- indien de constructie is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen, is er geen sprake van misbruik;
- het louter nastreven van een fiscaal voordeel is geen zakelijke overweging;
- misbruik dient van geval tot geval beoordeeld te worden;
- de bewijslast rust in beginsel op de Belastingdienst.

Een algemeen bewijsvermoeden, zoals het verkapte vervreemdingsverbod uit artikel 14a, zesde lid, derde volzin, Wet VPB 1969 past naar mijn mening niet binnen dit ideale misbruikconcept. We moeten mijns inziens dan ook waken voor een té streng misbruikleerstuk dat belastingplichtige beperkt in hun economische en fiscale keuzevrijheid. Een dergelijke misbruikbepaling zal veelal namelijk ook averechts werken op de compliance bereidheid van de belastingplichtige.[250]

---

[248] Vergelijk ook HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5619, *BNB* 2009/123, r.o. 3.3.

[249] Vergelijk de tussenschakeling van de buitenlandse dochter in het geschetste voorbeeld.

[250] Vgl. J.L.M. Gribnau, 'Integriteit en verantwoordelijkheid in de fiscaliteit', in: D.A. Albregtse & P. Kavelaars (red.), *Maatschappelijk heffen, de Wetenschap* (Stevensbundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 311 – 328.

Bovenstaand misbruikconcept, inclusief de bijbehorende uitgangspunten, gaat uit van de 'goede' belastingplichtige en bestraft de 'foute' belastingplichtige. In de huidige tijdsgeest is het naar mijn mening belangrijk om ervoor te waken de belastingplichtige, en dan met name de multinationale onderneming, te snel als de grote boef te bestempelen die enkel en alleen fiscaal gedreven handelt en erop uit is om geen enkele cent belasting te betalen. Onder leiding van, zo *Peters* het omschrijft, kwade heks Margrethe Vestager, is de Europese Commissie momenteel het staatsteun instrument aan het ge- dan wel misbruiken in de jacht op multinationale ondernemingen die in haar optiek te weinig belasting betalen.[251] Dat twee andere instellingen van de Europese Unie, zijnde het HvJ EU en de Raad, vervolgens een dergelijk liberaal misbruikconcept ontwikkeld hebben, verdient niets dan lof.

5.4. Afsluiting

Ik raad de nationale wetgever dan ook aan om de in onze wet opgenomen antimisbruikmaatregelen overeenkomst het hier gedefinieerde 'ideale' misbruikconcept aan te passen. Dezelfde aanbeveling doe ik aan de Hoge Raad inzake het fraus legis leerstuk en aan de OESO met betrekking tot de PPT. Daarnaast raad ik de Raad aan om dit antimisbruikleerstuk in de toekomstige verdragen op te nemen. Het HvJ EU doet er voorts goed aan om in toekomstige rechtspraak, de momenteel aanhangige *Eqiom*-zaak is hier een goede gelegenheid voor, definitief duidelijk te maken dat dit het Europese antimisbruikleerstuk is. Behalve de Nederlandse wetgever dienen ook de nationale wetgevers van de overige lidstaten hun antimisbruikbepalingen op deze wijze in te vullen. Ten slotte wens ik nog op te merken dat ik in dit onderzoek van de Nederlandse vertalingen van de Europeesrechtelijke misbruikregels uit ben gegaan. Nu de Europese Unie 24 verschillende officiële talen kent,[252] is het bijzonder interessant om te zien hoe de misbruikregels in de overige lidstaten vertaald worden en hoe de nationale antimisbruikbepalingen uit die landen zich tot het Unierechtelijke misbruikconcept verhouden. Ik nodig (toekomstige) promovendi dan ook van harte uit om hier in een proefschrift nader op in te gaan.

[251] C.A.T. Peters, 'Staatssteun en tax rulings: over competitie tussen staten en de doodlopende weg van het recht', *WFR* 2017/87.
[252] https://www.europa-nu.nl/id/vh7doukndsz/talen_in_de_europese_unie.

6. Literatuurlijst

Adema 2017
R.P.C. Adema, 'NDFR-commentaar bij artikel 17 Wet VPB 1969', (online, laatst bijgewerkt op 2 april 2017).

Albert 1998
P.G.H. Albert, 'De splitsingsfaciliteit in wetsvoorstel 25 709 en in de Fusierichtlijn', *WFR* 1998/6297.

Bender & Engelen 2016
T. Bender & F.A. Engelen, 'BEPS-actie 6: De maatregelen tegen treaty shopping – bedreiging en kans', *WFR* 2016/51.

De Blieck e.a. 2015
L.A. de Blieck e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2015.

Boulogne 2010
G.F. Boulogne, noot bij HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), *FED* 2010/105.

Boulogne 2012
G.F. Boulogne, 'Raad legt reikwijdte reorganisatiefaciliteiten te eng uit (en stelt geen prejudiciële vragen)', *WFR* 2012/1260.

Boulogne 2016
G.F. Boulogne, 'Shortcomings in the European Union Merger Directive: Lessons for Future Harmonization', *Intertax* (vol. 44, nr. 11) 2016.

Van der Burgt 2010
G.C. van der Burgt, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de anti-misbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting', *MBB* 2010/09.

Van der Burgt & De Vries 2012
G.C. van der Burgt & R.J. de Vries, 'De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten', *WFR* 2012/1693.

Cordewener 2017
A. Cordewener, 'Anti Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?', *EC Tax Review* 2017/2.

Douma 2013
S.C.W. Douma, 'Misbruik van secundair Unierecht in de directe belastingen', *TFO* 2013/125.4.

Egelie 2017
W.F.E.M. Egelie, noot bij HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), *NTFR* 2017/805.

Van der Geld 1998
J.A.G. van der Geld, noot bij HvJ EG 17 juli 1997 (*Leur Bloem*), *BNB* 1998/32.

Van der Geld 2005
J.A.G. van der Geld, noot bij HR 17 december 2004, *BNB* 2005/169.

Van der Geld 2016
J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2016.

Gribnau 2006
J.L.M. Gribnau, 'Integriteit en verantwoordelijkheid in de fiscaliteit', in: D.A. Albregtse & P. Kavelaars (red.), *Maatschappelijk heffen, de Wetenschap* (Stevensbundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 311 – 328.

Van Horzen 2009
F. van Horzen, commentaar bij Conclusie A-G Kokott 16 juli 2009 bij: HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), *NTFR* 2009/1662.

Van Horzen 2010
F. van Horzen, noot bij HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), *NTFR* 2010/1562.

Kok 2015
Q.W.J.C.H. Kok, 'Enkele aspecten van de principal purpose test', *WFR* 2015/184.

Kolosov 2017
V. Kolosov, 'Guidance on the Application of the Principal Purpose Test in Tax Treaties', *Bulletin for International Taxation* (vol. 71, nr. 3) 2017.

Korving 2013
J.J.A.M. Korving, 'Misbruik en primair EU-recht', *TFO* 2013/125.3.

Lukkien 2016
M.E. Lukkien, 'Beschouwingen inzake de Nederlandse implementatie van de verplichte algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn', *MBB* 2016/2.

Marres & De Groot 2015
O.C.R. Marres & I.M. de Groot, 'De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 1)', *WFR* 2015/886.

Marres & De Groot 2015
O.C.R. Marres & I.M. de Groot, 'De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 2)', *WFR* 2015/910.

Marres 2017
O.C.R. Marres, 'De anti-ontgaansrichtlijn', *NTFR-B* 2017/18.

Michielse 2010
G.M.M. Michielse, 'De Fusierichtlijn – Belastingontwijking', *NTFR-B* 2010/30.

Niessen 2011
R.E.C.M. Niessen, 'Fraus legis in de 21e eeuw', *NTFR-B* 2011/6.

OESO 2015
OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report* (OECD/G20 BEPS Project), Parijs: OECD Publishing 2015.

Pancham 2016
S.R. Pancham, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 7.2.8 (online, laatst bijgewerkt op 14 april 2016).

Peters 2017
C.A.T. Peters, 'Staatssteun en tax rulings: over competitie tussen staten en de doodlopende weg van het recht', *WFR* 2017/87.

Rasenberg 2017
M.C. Rasenberg, 'Antimisbruik in verdragen: dat kan specifieker!', *WFR* 2017/93.

Rapport commissie misbruik van recht 2016
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.

Redactie Vakstudie Nieuws 2008
Redactie Vakstudie Nieuws, 'Mag bedrijfsfusiefaciliteit worden geweigerd bij ontgaan heffing overdrachtsbelasting?', *V-N* 2008/34.13.

Redactie Vakstudie Nieuws 2016
Redactie Vakstudie Nieuws, 'Franse bijzondere fusieregeling volgens A-G HvJ EU in strijd met EU-recht', *V-N* 2016/57.12.

Redactie Vakstudie Nieuws 2017
Redactie Vakstudie Nieuws, 'Zaak Holcim: Franse voorwaarden bij vrijstelling bronbelasting volgens A-G strijdig met EU-recht', *V-N* 2017/8.15.

Redactie Vakstudie Nieuws 2017
Redactie Vakstudie Nieuws, 'Zaak-Euro Park Service. Franse bijzondere fusieregeling in strijd met EU-recht', *V-N* 2017/17.12.

Van Scheijndel & De Vries 1999
M.P van Scheijndel & R.J. de Vries, 'Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing. Op naar 2001?', *WFR* 1999/1673.

Van der Vegt 2001
P.C. van der Vegt, 'Doorschuiving bij juridische splitsing en fusie vanuit Europees perspectief', *WFR* 2001/6447.

De Vries 2010
R.J. de Vries, 'Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving', *WFR* 2010/114.

De Vries 2012
R.J. de Vries, noot bij HR 1 juni 2012, *BNB* 2012/213.

De Vries 2012
R.J. de Vries, noot bij HR 29 juni 2012, *BNB* 2012/261.

Wattel 2007
P.J. Wattel, noot bij HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), *BNB* 2007/54.

Weber 2016
D.M. Weber, 'De algemene antimisbruikregel in de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn', *FED* 2016/110.

Weber 2016
D.M. Weber, 'The new Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect', *Intertax* (vol. 44, nr. 2) 2016.

Weber 2017
D.M. Weber, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 5.1.7.B.a (online, laatst bijgewerkt op 17 april 2017).

7. Jurisprudentielijst

7.1. Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EG 5 april 1979, C-148/78 (*Ratti*).

HvJ EG 19 januari 1982, C-8/81 (*Becker*).

HvJ EG 5 oktober 1994, C-23/93 (*TV10*).

HvJ EG 2 mei 1996, C-206/94 (*Paletta*).

HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), *BNB* 1998/32.

HvJ EG 16 juli 1998, C-264/96 (*ICI*), *BNB* 1998/420.

HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97 (*Centros*).

HvJ EG 12 december 2000, C-110/99 (*Emsland-Stärke*), *BNB* 2003/169.

HvJ EG 12 december 2002, C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*), *BNB* 2003/170.

HvJ EG 11 december 2003, C-364/01 (*Barbier*), *BNB* 2004/178.

HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*), *BNB* 2004/258.

HvJ EG 13 december 2005, C-446/03 (*Marks & Spencer*), *BNB* 2006/72.

HvJ EG 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*), *BNB* 2006/170.

HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), *BNB* 2007/54.

HvJ EG 9 november 2006, C-433/04 (*Commissie/België*), *V-N* 2006/60.15.

HvJ EG 13 maart 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), *V-N* 2007/15.9.

HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), *V-N* 2007/34.12.

HvJ EG 21 februari 2008, C-425/06 (*Part Service Srl*), *BNB* 2009/1.

HvJ EG 11 december 2008, C-285/07 (*A-T*), *V-N* 2009/5.14.

HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), *BNB* 2010/257.

HvJ EU 22 december 2010, C-103/09 (*Weald Leasing*), *BNB* 2011/203.

HvJ EU 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*), *BNB* 2012/5.

HvJ EU 29 maart 2012, C-417/10 (*3M Italia*), *V-N* 2012/18.17.2.

HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10 (*SIAT*), *V-N* 2012/35.21.2.

HvJ EU 3 oktober 2013, C-282/12 (*Itelcar*), *V-N* 2013/49.18.3.

HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16 (*Euro Park Service*), *V-N* 2017/17.12.

7.2. Hoge Raad

HR 26 mei 1926, *NJ* 1926, 723.

HR 13 maart 1974, ECLI:NL:HR:1974:AX4536, *BNB* 1974/197.

HR 21 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8603, *BNB* 1985/32.

HR 20 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8319, *BNB* 1985/171.

HR 11 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AW7995, *BNB* 1986/283.

HR 11 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4348, *BNB* 1990/293.

HR 19 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5570, *BNB* 1994/87.

HR 6 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1683, *BNB* 1996/4.

HR 4 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2409, *BNB* 1998/176.

HR 6 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2910, *BNB* 2000/19.

HR 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3829, *BNB* 2000/111.

HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE7326, *BNB* 2004/161.

HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AI0739, *BNB* 2004/142.

HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP6652, *BNB* 2005/169.

HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:AZ8524, *BNB* 2008/245.

HR 17 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF9114, *BNB* 2009/29.

HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5619, *BNB* 2009/123.

HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BK1057, *BNB* 2012/127.

HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7073, *BNB* 2012/213.

HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB* 2012/261.

HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638, *V-N* 2017/22.9.

7.3. Gerechtshoven

Hof Amsterdam 24 juli 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AV2611, *BNB* 1998/398.

Hof Amsterdam 31 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AV3543, *V-N* 2004/57.9.

Hof 's-Gravenhage 28 februari 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AX6259, *NTFR* 2006/871.

8. Kamerstukken en besluiten:

8.1. Kamerstukken

Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 5.

Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3.

Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8.

Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3.

Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3.

Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 6.

8.2. Besluiten

Besluit van 12 juni 2012, nr. DGB 2014/3099, *NTFR* 2014/1580.