TILBURG UNIVERSITY

Tilburg Law School

Misbruik in de conditionele bronbelasting en de Principal Purpose Test: een Unierechtelijke beschouwing

Een onderzoek naar de Unierechtelijke houdbaarheid van de antimisbruikbepaling in de Wet Bronbelasting 2021 en de Principal Purpose Test in bilaterale belastingverdragen.

Naam : F. Ameri

Studentnummer: : 511481

Scriptiebegeleider: : mr. dr. M.J. van Hulten

Tweede lezer: : -

Datum: : 30 juli 2020

Voorwoord

Deze masterthesis vormt het sluitstuk van een bijzondere periode, waarin ik niet slechts als student, maar ook als persoon een mooie ontwikkeling heb doorgemaakt. Naast de leerzame colleges heb ik tevens het reilen en zeilen van de fiscale advieswereld van dichtbij mogen mee maken: een niet vanzelfsprekende aangelegenheid, waarvoor ik enorm dankbaar ben.

De welbekende stelling luidt dat men een thesis niet alleen schrijft. Ik zou daarom graag van deze gelegenheid gebruik willen maken om een aantal personen te bedanken. Op de eerste plaats dank ik mijn begeleider, Mart van Hulten, voor zijn deskundige begeleiding. Onze gesprekken leidden doorgaans tot een vernieuwend inzicht, waardoor ik vol goede moed en met nieuwe ideeën door kon gaan.

Daarnaast wil ik mijn vrienden en studiegenoten niet onvermeld laten. Naast de buitengewoon leuke momenten op de campus, en daarbuiten, hebben zij mij altijd scherp weten te houden. Zij hebben mij gedurende de scriptieperiode weten te motiveren en hebben mij altijd op de hoogte gehouden van de laatste ontwikkelingen op het gebied van de conditionele bronbelasting, waarvoor ik graag mijn dank uitspreek.

Tot slot ben ik tevens dank verschuldigd aan mijn lieftallige vrouw Anila en mijn dochter Dua. Zij hebben mij in deze spannende, doch mooie fase altijd weten te steunen. Hoewel ik met deze thesis de titel van meester zal vergaren, zal ik op de titel van ‘papa’ het meest trots zijn.

Feisal Ameri
Eindhoven, 30 juli 2020

Inhoudsopgave

LIJST MET GEBRUIKTE AFKORTINGEN 7

1 INLEIDING 8

1.1 AANLEIDING VAN HET ONDERZOEK 8
1.2 PROBLEEMSTELLING 12
1.3 RELEVANTIE 12
1.4 AFBAKENING 12
1.5 OPZET 13

2 HET UNIERECHTELIJKE MISBRUIKCONCEPT 14

2.1 INLEIDING 14
2.2 RECHTSBRONNEN VAN HET UNIERECHT 14
2.3 RECHTSMISBRUIK IN HET UNIERECHT 15
2.3.1 MISBRUIK VAN HET PRIMAIRE UNIERECHT 15
2.3.2 TOEGANG TOT DE VERDRAGSVRIJHEDEN UIT HET VWEU 16
2.3.3 MISBRUIKBESTRIJDING ALS RECHTVAARDIGINGSGROND 18
2.3.4 MISBRUIK VAN HET SECUNDAIRE UNIERECHT 20
2.3.5 HET UNIERECHTELIJKE MISBRUIKBEGRIP 21
2.4 DEELCONCLUSIE 24

3 DE ANTIMISBRUIKBEPALING IN DE CONDITIONELE BRONBELASTING 26

3.1 INLEIDING 26
3.2 DE CONDITIONELE BRONBELASTING IN HOOFDLIJNEN 26
3.2.1 GELIEERDHEID 26
3.2.2 LAAGBELASTENDE JURISDICTIE 27
3.3 DE ANTIMISBRUIKBEPALING IN DE CONDITIONELE BRONBELASTING 27
3.3.1 DE OBJECTIEVE TOETS: KUNSTMATIGE CONSTRUCTIE 28
3.3.2 DE SUBJECTIEVE TOETS: HOOFDDOEL OF EEN VAN DE HOOFDDOELEN 30
3.4 DE CONDITIONELE BRONBELASTING IN RELATIE TOT HET UNIERECHT 30
3.4.1 SECUNDAIR UNIERECHT 30
3.4.2 PRIMAIR UNIERECHT 32
3.4.3 DE OBJECTIEVE TOETS IN RELATIE TOT HET UNIERECHT 32
3.4.4 DE SUBJECTIEVE TOETS IN RELATIE TOT HET UNIERECHT 34
3.5 FRAUS LEGIS: EEN MISBRUIKVANGNET? 36
3.6 DEELCONCLUSIE 36

4 VERDRAGSMISBRUIK 39

4.1 INLEIDING 39
4.2 CONFLICTERENDE VERPLICHTINGEN 39

4.2.1 Voorrang van het Unierecht in conflictsituaties 39
4.2.2 Het ontzeggen van verdragsvoordelen aan de (Unie)rechtsmisbruiker 40
4.3 Het verdragsrechtelijke misbruikbegrip 40
4.3.1 Het multilateraal instrument 40
4.3.2 De Principal Purpose Test 41
4.4 De PPT in relatie tot het Unierecht 43
4.4.1 Het motiefvereiste in relatie tot het Unierecht 44
4.4.2 Het normvereiste in relatie tot het Unierecht 45
4.4.3 Een kunstmatigheidsvereiste 47
4.5 Deelconclusie 47

5 Conclusies en aanbevelingen 49

5.1 Inleiding 49
5.2 Voldoet de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting aan de Unierechtelijke normen van misbruikbestrijding? 49
5.3 Voldoet de PPT in belastingverdragen aan de Unierechtelijke normen van misbruikbestrijding? 51
5.4 Aanbevelingen 52

6 Bronnenlijst 54

6.1 Literatuur 54
6.2 Jurisprudentie 59
6.3 Parlementaire geschiedenis en besluiten 60
6.4 Overige bronnen 61

Lijst met gebruikte afkortingen

ATAD1	Anti-Tax Avoidance Directive 1
ATAD2	Anti-Tax Avoidance Directive 2
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
CFC	Controlled Foreign Company
EU	Europese Unie
EER	Europese Economische Ruimte
EG	Europese Gemeenschap
G20	Groep van 20
GAAR	General Anti-Avoidance Rule
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
LBJ	Laagbelastende jurisdictie
LOB	Limitation-on-benefitsbepaling
MvT	Memorie van Toelichting
MvA	Memorie van Antwoord
MLI	Multilateraal Instrument
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NJB	Nederlands Juristenblad
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFRB	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen
NV	Nota naar aanleiding van het Verslag
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
PPT	Principal Purpose Test
r.o.	Rechtsoverweging
Stcrt.	Staatscourant
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VPB	Vennootschapsbelasting
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet BB	Wet Bronbelasting 2021
Wet DB	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet VPB	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
Wvv	Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht

1 Inleiding

1.1 Aanleiding van het onderzoek

De afgelopen jaren is wereldwijd de belastingmoraal van multinationals op verschillende manieren ter discussie gesteld, zowel in de politiek als in het maatschappelijk debat. Multinationals zouden niet hun 'fair share' betalen in het land waar de economische activiteiten daadwerkelijk plaatsvinden. Een gevolg van dit politieke en maatschappelijke debat was het Base Erosion and Profit Shifting-project (hierna: "BEPS-project") wat in 2013 door het samenwerkingsverband tussen de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: "OESO") en de G20 in het leven is geroepen om een halt toe te roepen aan grondslaguitholling en winstverschuiving. Met de actiepunten van het BEPS-project moet het voor multinationals moeilijker worden om agressieve belastingstructuren aan te houden. Tevens zijn vanuit de EU verscheidene maatregelen ingevoerd om belastingontwijking tegen te gaan. De reeds door Nederland geïmplementeerde richtlijn ATAD1 bevat onder meer een algemene antimisbruikbepaling, een generieke renteaftrekbeperking en een CFC-maatregel.[1] Vanaf 1 januari 2020 is in Nederland ook de ATAD2 richtlijn geïmplementeerd, met als doel om de gevolgen van hybride mismatches te neutraliseren.[2]

De belastingmoraal van multinationals heeft ook zijn weerslag gehad op de reputatie van Nederland in het buitenland. Zo werd Nederland samen met vier andere lidstaten door het Europees Parlement officieel beschouwd als belastingparadijs, door een motie van Europarlementariër Paul Tang.[3] Hoewel dit oordeel geen directe gevolgen heeft, laat het zien dat Nederland een spilfunctie heeft in internationale belastingontwijkingsstructuren. Uit onderzoek van het Centraal Planbureau ('CPB') is gebleken dat jaarlijks ongeveer 22 miljard euro via Nederland doorstroomt naar laagbelastende jurisdicties (hierna: "LBJ").[4] Een LBJ wordt als zodanig aangemerkt indien zij bij ministeriële regeling is aangewezen als een staat die een statutair winstbelastingtarief van minder dan 9% heeft (de 'Nederlandse lijst') of op de Europese lijst van non-coöperatieve jurisdicties is opgenomen (de 'Europese lijst').

Nederland heeft als toegangspoort naar LBJ's een belangrijke rol. Multinationals kunnen financiële stromen zoals rente en royalty's relatief voordelig Nederland in krijgen door de Interest- en royaltyrichtlijn en ons extensieve verdragennetwerk. Vervolgens kunnen deze rente- en royaltystromen onbelast – Nederland kent immers geen bronbelasting op rente en royalty's – worden doorbetaald aan een in een LBJ gevestigde entiteit. De rente en royalty's die in LBJ's neerslaan, worden vervolgens niet belast of belast tegen een (zeer) laag tarief. Zo gaat bijvoorbeeld 64% van de totale uitgaande royaltystroom naar Bermuda, waar in zijn geheel geen winstbelasting wordt geheven.[5]

Om deze rol van Nederland fiscale toegangspoort naar LBJ's weg te nemen heeft de Nederlandse wetgever voorgesteld om per 1 januari 2021 een conditionele bronbelasting op rente en royalty's in te voeren onder de naam 'Wet Bronbelasting 2021' (hierna: "Wet BB"). Betalingen van rente en royalty's door een in Nederland gevestigde entiteit aan een gelieerde

[1] Deze bepalingen zijn geïmplementeerd in respectievelijk artikel 15b en artikel 13ab Wet VPB.

[2] De implementatie van ATAD2 geschiedt door onder andere de toevoeging van een nieuwe afdeling (2.2a) aan de Wet VPB. Ook andere artikelen in de Wet VPB zullen op de nodige punten worden aangepast.

[3] C. Schmidt, 'Volgens het Europarlement is Nederland nu officieel een belastingparadijs', *Trouw* 26 maart 2019.

[4] A.M. Lejour, J.L. Möhlmann & M. van 't Riet, 'Belastingmaatregelen tegen NL doorsluisland, voldoende impact?', *WFR* 2019/40.

[5] A.M. Lejour, J.L. Möhlmann & M. van 't Riet, 'Doorsluisland NL doorgelicht', CPB Policy brief januari 2019; Deloitte, 'International Tax Bermuda Highlights 2020', januari 2020. Te raadplegen via: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-bermudahighlights-2020.pdf?nc=1

entiteit gevestigd in een LBJ moeten volgens het wetsvoorstel worden onderworpen aan een bronbelasting met een tarief dat gelijk is aan het hoogste statutaire tarief in de vennootschapsbelasting in 2021, namelijk 21,7%.[6] Daarbij heeft het kabinet een afweging gemaakt tussen het voorkomen van belastingontwijking enerzijds en het niet onnodig belemmeren van kapitaalstromen anderzijds.[7] Het wetsvoorstel is overigens voor een substantieel deel ingekaderd met de bepalingen die waren opgenomen in het wetsvoorstel Wet Bronbelasting 2020[8], dat als gevolg van het terugdraaien van de afschaffing van de dividendbelasting is ingetrokken.

De wetgever heeft voorzien dat de conditionele bronbelasting eenvoudig kan worden ontgaan door een rente- of royaltybetaling te laten plaatsvinden via een tussenschakel die niet is gevestigd in een LBJ. De conditionele bronbelasting is namelijk in beginsel slechts van toepassing op rente- en royaltybetalingen aan een entiteit gevestigd in een LBJ. De tussenschakel zal vervolgens, indien dat volgens zijn nationale wetgeving mogelijk is, de rente en royalty's met weinig tot geen bronbelasting kunnen doorbetalen aan de entiteit gevestigd in de LBJ. Derhalve is door de wetgever bepleit dat in misbruiksituaties een belastingplicht ontstaat ten aanzien van de tussenschakel.[9] Deze antimisbruikbepaling is neergelegd in artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c Wet BB. Volgens het wetsvoorstel is er sprake van misbruik indien de tussenschakel is gerechtigd tot de voordelen met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van bronbelasting bij een ander te ontgaan (subjectieve toets) en er sprake is van een kunstmatige constructie of transactie (objectieve toets). Met deze antimisbruikbepaling wordt aangesloten bij bestaande antimisbruikbepalingen in de vennootschaps- en dividendbelasting. Hierbij kan gedacht worden aan de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling in artikel 17, derde lid, sub c Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ("hierna: Wet VPB") en de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: "Wet DB").

De subjectieve toets in de conditionele bronbelasting wordt aangelegd met behulp van de 'wegdenkgedachte', waarbij een vergelijking wordt gemaakt tussen de situatie dat de rechtsverhouding uit hoofde waarvan het in Nederland gevestigde lichaam de voordelen is verschuldigd, is aangegaan via een tussenschakel en de situatie dat de rechtsverhouding zonder tussenkomst van de tussenschakel zou zijn aangegaan.[10] Er is voldaan aan de subjectieve toets als de rechtsverhouding zonder de tussenschakel leidt tot een lagere bronbelastingdruk. In dat geval heerst er een bewijsvermoeden dat er sprake is van het ontgaan van bronbelasting bij een ander. De belastingplichtige heeft dan nog de mogelijkheid om aan te tonen dat er sprake is van geldige zakelijke redenen voor de constructie of transactie. Dit vormt de zogenoemde objectieve toets. De belastingplichtige kan de zakelijkheid van een constructie of transactie aantonen door te voldoen aan bepaalde voorwaarden: de zogenaamde substance-eisen. Omdat het niet is uit te sluiten dat bij een situatie waarin is voldaan aan deze substance-eisen toch sprake kan zijn van misbruik, heeft de wetgever de rol van de substance-eisen per 1 januari 2020 gewijzigd. Waar de substance-eisen voorheen fungeerden als 'safe harbour', zullen deze voortaan slechts een rol gaan spelen bij de bewijslastverdeling.[11] Dit betekent dat een bewijsvermoeden ontstaat dat er geen sprake is van misbruik, indien aan de substance-eisen wordt voldaan. Er bestaat voor de inspecteur nog de mogelijkheid om aannemelijk te maken dat er toch sprake is van misbruik.

[6] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 3, p. 10.
[7] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 3, p. 2.
[8] *Kamerstukken II* 2019/20, 35028.
[9] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 3, p. 8.
[10] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 3, p. 29.
[11] S.R. Pancham, 'Antwoorden Kamervragen arresten van het HvJ over doorstroomvennootschappen', *NTFR* 2019/1913.

De staatssecretaris heeft aangegeven met de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting te willen aansluiten bij het Unierechtelijke misbruikconcept. Volgens de vaste jurisprudentie van het HvJ EU is dat mogelijk al voldoende om de antimisbruikbepaling volgens het Unierecht uit te moeten leggen.[12] De positie die de wetgever hier inneemt is overigens niet vreemd, omdat nationale antimisbruikbepalingen die een inbreuk maken op het Unierecht door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: "HvJ EU") buiten toepassing kunnen worden gelaten of conform het Unierecht kunnen worden uitgelegd. Strijdigheid met het Unierecht zou derhalve verregaande gevolgen kunnen hebben voor de effectuering van de conditionele bronbelasting ten aanzien van EU-tussenschakels.

Jarenlang is het Unierechtelijke misbruikconcept onderhevig geweest aan ontwikkeling. Het misbruikconcept was niet eenduidig in verschillende belastingsferen en heeft in de literatuur voor de nodige discussies gezorgd. Inmiddels is duidelijk dat het Unierecht één uniform misbruikconcept kent.[13] Het Hof heeft daarmee te kennen gegeven dat misbruik onder het primaire EU-recht hetzelfde is als misbruik onder EU-richtlijnen. Daarmee is de ontwikkeling echter niet gestopt. Op 26 februari 2019 is een zestal arresten gewezen door het HvJ EU onder de algemene noemer 'Deense beneficial ownership-zaken', waarin een nadere uitleg wordt gegeven over de invulling van het Unierechtelijke misbruikbegrip.[14] Uit die arresten blijkt dat er een Unierechtelijke plicht bestaat voor de lidstaten om voordelen uit een fiscale richtlijn te weigeren indien er sprake is van misbruik. Het HvJ EU heeft daarbij gezichtspunten geschetst die van belang zijn bij de uitleg van het Unierechtelijke misbruikbegrip.[15] Deze gezichtspunten komen in grote lijnen overeen met de substance-eisen in de Nederlandse wetgeving.

Een van de aanleidingen voor dit onderzoek is de vraag uit de literatuur in het kader van de subjectieve toets. Zoals reeds opgemerkt, stopt men in de conditionele bronbelasting met wegdenken bij het eerstvolgende lichaam na een kunstmatige tussenschakel dat zelf niet kunstmatig is of dat in een LBJ is gevestigd. De vraag in kwestie is of de belastingplichtige de mogelijkheid heeft om tegenbewijs te leveren indien de rente- of royaltystromen uiteindelijk worden doorbetaald aan een lichaam dat niet is gevestigd in een LBJ.[16] In een dergelijk geval zal tenslotte zijn voldaan aan de doelstelling van de conditionele bronbelasting. Hoewel de auteurs niet stil staan bij de Unierechtelijke aspecten van de subjectieve toets, lijkt dit wel een interessante invalshoek. Het is namelijk mogelijk dat het Unierecht een tegenbewijsmogelijkheid in de subjectieve toets verplicht.

In het verlengde hiervan zou men een fundamentelere vraag kunnen stellen, namelijk of het bewijsvermoeden in de objectieve toets en de subjectieve toets houdbaar is vanuit Unierechtelijk perspectief. Bewijsvermoedens in de nationale wet hebben vanuit het Unierecht namelijk belangrijke restricties. Uit de jurisprudentie van het HvJ EU blijkt dat een belastingregel die belastingplichtigen uitsluit van een voordeel, zonder dat de belastingdienst gehouden is om een begin

[12] HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*).
[13] HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16, ECI:EU:C:2017:177 (*Euro Park Service*).
[14] HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134; HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*Deense beneficial ownership-zaken*). In het vervolg van deze scriptie zal, tenzij aangegeven, met de 'Deense beneficial ownership-zaken' steeds de interestzaken (HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134) worden bedoeld.
[15] Redactie Vakstudie Nieuws, 'Wet Bronbelasting 2021, Voorgestelde wettekst met artikelsgewijze toelichting, Artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c', *V-N* 2019-47.13.
[16] R. Bagci, R.P.C.W.M. Brandsma, P. Ruige & H.R. Zuidhof, 'Enige wetenswaardigheden van een belasting zonder opbrengst: Wet bronbelasting 2021', *WFR* 2019/207.

van bewijs te leveren, verder gaat dan ter voorkoming van fraude en misbruik noodzakelijk is.[17] Of de objectieve toets kan worden beschouwd als een begin van bewijs, is onduidelijk. Zij omvat immers een lijst met relevante substance-eisen die, als daar niet aan wordt voldaan, een bewijsvermoeden van misbruik oproept. De bewijslast dat er geen sprake is van misbruik lijkt daarmee te verschuiven van de inspecteur naar de belastingplichtige. In de subjectieve toets ontstaat een dergelijk bewijsvermoeden van misbruik als een (hypothetische) situatie zonder tussenschakel tot een lagere bronbelastingdruk zou leiden. Ook dit lijkt niet geheel te stroken met de notie van 'een begin van bewijs'. Verder dient vanuit Unierechtelijk perspectief nog te worden stilgestaan bij het safe harbour-karakter van de subjectieve toets. Immers, er is in elk geval geen sprake van misbruik indien niet aan de subjectieve toets wordt voldaan. Dit roept de vraag op of het HvJ EU een dergelijke safe harbour toestaat. Dat lijkt naar aanleiding van de Deense beneficial ownership-zaken niet het geval te zijn, aangezien het HvJ EU een onderzoek naar alle relevante feiten en omstandigheden verplicht.[18] De wetgever heeft in de brondocumenten bij de conditionele bronbelasting niet toegelicht waarom het huidige nationale misbruikbegrip (nog steeds) in lijn is met het misbruikbegrip zoals ontwikkeld door het HvJ EU. De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: "NOB") heeft zich tevens uitgesproken over de Unierechtelijke aspecten van de conditionele bronbelasting en de staatssecretaris om opheldering gevraagd.[19]

Indien misbruik is geconstateerd, zouden belastingplichtigen zich kunnen beroepen op een bilateraal belastingverdrag om de bronbelasting alsnog te verlagen. De Europeesrechtelijke plicht van lidstaten om voordelen te weigeren betekent volgens de wetgever namelijk niet dat verdragsvoordelen moeten worden geweigerd. Het is de vraag hoe deze stellingname van de wetgever zich verhoudt tot de voorrang van het Unierecht ten opzichte van bilaterale belastingverdragen.[20] Er kan tenslotte sprake zijn van conflicterende verplichtingen die voortvloeien uit enerzijds het Unierecht en anderzijds de bilaterale belastingverdragen. In dat geval zullen de verdragsvoordelen moeten worden geweigerd, om uitvoering te geven aan de voorrang van het Unierecht. Verder wordt in de Memorie van Toelichting (hierna: "MvT") door de wetgever gesteld dat de antimisbruikbepaling in situaties waarin een belastingverdrag is gesloten met de tussenschakel, geëffectueerd kan worden door de toepassing van de 'Principal Purpose Test' (hierna: "PPT") die met behulp van het Multilateraal Instrument (hierna: "MLI") in sommige Nederlandse verdragen is geïmplementeerd.[21] Een beroep op nationale misbruikregels wordt namelijk doorgaans niet gehonoreerd als in het verdrag geen PPT of een andere algemene antimisbruikbepaling is opgenomen.[22] Deze stellingname van de wetgever is eveneens een aanleiding geweest voor dit onderzoek. Hoewel de PPT tekstueel afwijkt van artikel 2.1, lid 1, onderdeel c Wet BB, lijkt de wetgever van mening te zijn dat de PPT strenger is en in elk geval geen beperkende werking zal hebben.[23] Het strenge en overigens ruime toepassingsbereik van de PPT vraagt om een nadere analyse over zijn conformiteit met het Unierecht. De voorrangsnormen van het Unierecht verplichten lidstaten namelijk mogelijk om de PPT in intra-EU-situaties EU-conform uit te leggen. In intra-EU-situaties moet derhalve worden getoetst of de PPT in lijn is met het Unierechtelijke misbruikbegrip. Indien blijkt dat de PPT niet voldoet aan Unierechtelijke normen van misbruikbestrijding, kan deze niet zonder meer worden ingeroepen tegen belastingplichtigen.

[17] HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*), r.o. 64.
[18] HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*Deense beneficial ownership-zaken*) r.o. 125 en 137.
[19] Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, 'NOB-commentaar op de Wet Bronbelasting 2021', 4 oktober 2019.
[20] HvJ EG 15 juli 1965, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*).
[21] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 3, p. 31.
[22] *Aanhangsel Handelingen II* 2018/19, 3070, p. 9.
[23] *Kamerstukken II* 2017/18, 34853, 6, p. 29.

1.2 Probleemstelling

Naar aanleiding van de hiervoor geschetste problematiek, zal in dit onderzoek de volgende probleemstelling centraal staan:

Voldoen de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting en de Principal Purpose Test in belastingverdragen aan de Unierechtelijke normen van misbruikbestrijding?

De probleemstelling zal aan de hand van een aantal deelvragen worden beantwoord:

1. Wat wordt binnen het Unierecht verstaan onder misbruik?
2. Welke voorwaarden stelt het Unierecht aan fiscale antimisbruikbepalingen?
3. Wat wordt binnen de conditionele bronbelasting verstaan onder misbruik?
4. Valt de conditionele bronbelasting onder het toepassingsbereik van het primaire c.q. secundaire EU-recht?
5. Is de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting in lijn met het Unierechtelijke misbruikbegrip?
6. Wat wordt binnen de PPT verstaan onder misbruik?
7. Is de PPT in lijn met het Unierechtelijke misbruikbegrip?

1.3 Relevantie

Er is in de literatuur bijzonder weinig geschreven over de EU-rechtelijke en internationale aspecten van de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting. Tegelijkertijd is het leerstuk van misbruik in het nationale recht, Unierecht en internationaal recht nog niet geheel uitgekristalliseerd. Hoewel de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie van het HvJ EU misbruik in het Unierecht een 'gezicht' hebben gegeven, leiden ze ook tot nieuwe vragen. Zo is het nog steeds niet duidelijk waar precies de grens voor rechtsmisbruik wordt getrokken.[24] In relatie tot verdragslanden wordt de onduidelijkheid omtrent de antimisbruikdoctrine nog zichtbaarder. Auteurs in de fiscale literatuur zijn het niet met elkaar eens over de vraag of en in hoeverre de PPT in bilaterale belastingverdragen afwijkt van het Unierechtelijke misbruikbegrip. Met dit onderzoek wordt een poging gedaan om de verhouding tussen het misbruikbegrip in nationale, Europese en internationale context in kaart te brengen. Reeds hierom is dit onderzoek wetenschappelijk relevant. Daarnaast zal de aanbeveling een handvat kunnen bieden om in de toekomst een misbruikbegrip in de conditionele bronbelasting te ontwikkelen dat in lijn is met het Unierechtelijke misbruikbegrip.

1.4 Afbakening

Bij het lezen van de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting doen zich een aantal vragen voor, zowel vanuit nationaal als internationaal perspectief.[25] Dit onderzoek zal echter worden toegespitst op twee specifieke punten. Op de eerste plaats wordt toegespitst op de wisselwerking tussen enerzijds het Unierechtelijke misbruikbegrip dat invulling geniet door het HvJ EU en anderzijds de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting. Op de tweede plaats wordt toegespitst op de wisselwerking tussen het Unierechtelijke misbruikbegrip en de PPT. Er is voor deze twee punten gekozen omdat ze de kern van de antimisbruikproblematiek raken: er zijn antimisbruikbepalingen in verschillende contexten en onduidelijk is hoe zij zich ten opzichte van elkaar verhouden.

[24] D.S. Smit, 'Recente ontwikkelingen in de Nederlandse dividendbelasting', *Ondernemingsrecht* 2020/21.
[25] Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, 'NOB-commentaar op de Wet Bronbelasting 2021', 4 oktober 2019.

Er is bewust voor gekozen om meer politiek-economische vraagstukken zoals de effectiviteit van de wet of de uitvoerbaarheid van een eventuele aansluiting bij een 'effectief tarief' buiten beschouwing te laten. Daarbij wordt het belang van deze vraagstukken niet ondermijnd. De ratio achter het buiten beschouwing laten van deze vraagstukken is dat de nadruk in dit onderzoek ligt op de Europese en internationale aspecten van de conditionele bronbelasting, terwijl de hiervoor genoemde vragen een meer nationaal karakter hebben. In de literatuur wordt ook gewezen op een mogelijk staatssteunrisico.[26] De staatssteunproblematiek heeft een andere dynamiek dan het onderhavige onderzoek en past – mede vanwege de omvang van de staatssteunregels – niet in dit onderzoek. Zodoende besteedt dit onderzoek daar geen aandacht aan. In de MvA wordt verder stilgestaan bij het belang van deze wet, nu die wellicht overbodig wordt door een globaal winstbelastingminimum in het licht van de nieuwe OESO-regels (het zogenaamde 'pillar two').[27] Ook elders wordt op deze mogelijke overbodigheid gewezen.[28] Hoewel het pillar two raakvlak heeft met de conditionele bronbelasting, richt het zich in grotere mate op het belang van de wet in het algemeen. Daarom staat dit onderzoek evenmin stil bij pillar two. Ten slotte moet worden opgemerkt dat in de aanbeveling niet wordt geprobeerd om een nieuw en ideaal misbruikbegrip te formuleren. Als er afwijkingen tussen het Unierechtelijke misbruikbegrip en een antimisbruikbepaling worden geconstateerd, zal eerder worden geprobeerd om beknopte (wets)wijzigingen aan te reiken.

1.5 Opzet

De opbouw van deze thesis volgt in grote mate de lijn die hierboven is beschreven. In hoofdstuk 2 zal worden onderzocht wat het Unierechtelijke misbruikconcept inhoudt en wat de reikwijdte daarvan is. Hierbij zal worden stilgestaan bij de status quo van de Europese rechtspraak met betrekking tot misbruikbestrijding. Met het in dit hoofdstuk beschreven onderzoek wordt gepoogd een antwoord te formuleren op de eerste ("*Wat wordt in het Unierecht verstaan onder misbruik*?") en tweede ("*Welke voorwaarden stelt het Unierecht aan fiscale antimisbruikbepalingen?*") deelvraag. Dit hoofdstuk ligt aan de basis van het onderzoek en vormt de kern van deze thesis.

In de hoofdstukken 3 en 4 worden de fiscale antimisbruikbepalingen getoetst aan het Unierechtelijke misbruikconcept. Eerst zal in hoofdstuk 3 worden stilgestaan bij de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting. Daarna volgt een analyse die de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting in het licht van het Unierecht plaatst. Deze toetsing leidt tot een antwoord op de derde ("*Wat wordt in de conditionele bronbelasting verstaan onder misbruik?*"), vierde ("*Valt de conditionele bronbelasting onder de reikwijdte van het primair c.q. secundair Unierecht?*") en vijfde ("*Is de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting in lijn met het Unierechtelijke misbruikbegrip?*") deelvraag.
Ook in hoofdstuk 4 wordt eerst ingegaan op enkele kernthema's om vervolgens over te gaan op de toetsing aan het Unierecht. Deze toetsing beantwoordt de zesde ("*Wat wordt in de PPT verstaan onder misbruik?*") en zevende ("*Is de PPT in lijn met het Unierechtelijke misbruikbegrip*?") deelvraag.

Tot slot worden in hoofdstuk 5 de resultaten uit de deelconclusies gebruikt om een antwoord te geven op de probleemstelling en een conclusie te formuleren. Hierbij worden eventuele knelpunten van de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting en de PPT vanuit Unierechtelijk perspectief aangewezen. Ten aanzien van deze bevindingen zal in dit hoofdstuk ook een aanbeveling worden gedaan.

[26] J. Vleggeert & H. Vording, 'Bronbelasting 2020: een wassen neus', *WFR* 2018/190; J. Vleggeert & H. Vording, 'Nederland doorsluisland: hoe nu verder?', *WFR* 2019/41.
[27] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, C, p. 2.
[28] M. Muller, 'Nieuwe bronbelasting legitiem maar ongebalanceerd', *TaxLive* 26 september 2019, Taxlive.nl.

2 Het Unierechtelijke misbruikconcept

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden stilgestaan bij het Unierechtelijke misbruikconcept. Zoals reeds aan bod gekomen, heeft de Nederlandse wetgever aangegeven met de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting aan te willen sluiten bij het Unierechtelijke misbruikconcept. Deze *commitment* is op zichzelf een reden om de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting volgens het Unierecht uit te moeten leggen. Het HvJ EU heeft namelijk in haar vaste rechtspraak bevestigd dat zij ook bevoegd is het gemeenschapsrecht uit te leggen indien lidstaten hebben besloten om interne situaties op dezelfde wijze toe te passen als Unierechtelijke situaties.[29] Hoewel de conditionele bronbelasting niet gericht is op interne situaties, geldt die bevoegdheid van het HvJ EU mijns inziens ook ten aanzien van (niet-interne) nationale wetgeving die aan het Unierecht is aangepast.

Daarnaast dient ook de PPT, in intra-EU-situaties, Unierechtelijk te worden uitgelegd. De voorrang van het Unierecht ten opzichte van belastingverdragen blijkt namelijk expliciet uit de jurisprudentie van het HvJ EU en heeft een basis in het Unierechtelijke beginsel van loyale samenwerking.[30] Lidstaten zijn volgens dit beginsel verplicht om de volle werking van het Unierecht te verzekeren en belastingverdragen conform het Unierecht uit te leggen.

Om te kunnen beoordelen of de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting en de PPT in lijn zijn met het Unierechtelijke misbruikconcept, wordt in dit hoofdstuk een toetsingskader geschetst. Dit toetsingskader is gevormd aan de hand van een uitgebreid jurisprudentie- en literatuuronderzoek naar het Unierechtelijke misbruikbegrip. Het weerspiegelt dan ook de huidige stand van de misbruikdoctrine in het Unierecht. In het vervolg van dit onderzoek zal meermaals worden gerefereerd aan (het onderscheid) tussen het primaire en secundaire Unierecht. In paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk zal daarom kort stil worden gestaan bij de rechtsbronnen van het Unierecht. De kern van dit toetsingskader is gelegen in paragraaf 2.3 en behelst de inhoud van het toetsingsschema van het HvJ EU om beperkingen van verdragsvrijheden te toetsen aan Europeesrechtelijke normen. Hierbij wordt in het bijzonder stilgestaan bij de toegangsvraag en rechtvaardigingsgronden voor beperkingen. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie in paragraaf 2.4.

2.2 Rechtsbronnen van het Unierecht

Indien men spreekt over het Unierecht wordt doorgaans een onderscheid gemaakt tussen het primaire en secundaire Unierecht. Het primaire Unierecht is rechtstreeks afkomstig van de EU-lidstaten als constituerende macht.[31] Het bestaat uit de oprichtings- wijzigings- en toetredingsverdragen en algemene beginselen die de basis- of grondregels voor alle EU-activiteiten bevatten.[32] Het primaire Unierecht bevat in het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: “VEU”) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: “VWEU”) bevoegdheidsnormen op grond waarvan

[29] HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*), r.o. 34.
[30] HvJ EG 18 juni 1998, C-36/96, ECLI:EU:C:1998:303 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 15 februari 1984, C-278/82, ECLI:EU:C:1984:59 (*Rewe en Hauptzollamter*) r.o. 29. Het beginsel van loyale samenwerking is opgenomen in artikel 4, derde lid, VEU.
[31] K. Lenaerts en P. van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, Tweede editie (R. Bray ed., Thomson Sweet & Maxwell 2005), p. 705.
[32] D.M. Weber, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 2.0.0.A (online, laatst bijgewerkt op 25 februari 2019).

instellingen in de EU besluiten kunnen nemen.[33] De grondslag voor het nemen van deze besluiten ligt besloten in het primaire Unierecht, waardoor besluiten zoals bijvoorbeeld verordeningen en richtlijnen, collectief het secundaire Unierecht worden genoemd.[34] Richtlijnen dienen, anders dan verordeningen, eerst te worden omgezet door de lidstaten in nationaal recht en hebben in beginsel geen rechtstreekse werking jegens burgers. Bij omzetting moeten de lidstaten het te bereiken resultaat voor ogen houden, maar staat het hen vrij om tekstueel af te wijken van de richtlijn.[35] Anders dan het primaire Unierecht, kent het secundaire Unierecht gecodificeerde antimisbruikbepalingen die voordelen uit richtlijnen weigeren in misbruiksituaties.[36]

De rechtspraak van het HvJ EU is tevens als een rechtsbron van het Unierecht aan te merken. Het Hof is formeel niet gebonden aan eerdere uitspraken, waardoor de kwalificatie als rechtsbron discutabel lijkt.[37] Desalniettemin lijkt het HvJ EU in grote mate te leunen op eerdere uitspraken en schuift het vrijwel nooit uitdrukkelijk eigen beslissingen ter zijde.[38] Deze consistentie insinueert een zekere vorm van gebondenheid aan eerdere uitspraken. Ook de invloed van het HvJ EU op de toepassing van bestaande Europese regelgeving door middel van sterke interpretatiemethoden, wordt in de literatuur als een indicatie voor het rechtsvormend karakter van Europese rechtspraak genoemd.[39]

2.3 Rechtsmisbruik in het Unierecht

2.3.1 Misbruik van het primaire Unierecht

De EU heeft in het kader van het bevorderen van een interne markt, verschillende verdragsvrijheden in het leven geroepen.[40] Deze verdragsvrijheden zijn opgenomen in het VWEU.[41] Nationale normen die de uitoefening van Europese verdragsvrijheden belemmeren of minder aantrekkelijk maken, moeten voldoen aan voorwaarden die door het HvJ EU zijn gesteld.[42] Deze voorwaarden kunnen worden geïllustreerd aan de hand van het volgende toetsingsschema:

1. Heeft de belanghebbende toegang tot een van de verdragsvrijheden uit het VWEU?[43]
2. Is er sprake van een beperking van de rechten die zijn toegekend onder het VWEU?
3. Kan een rechtvaardigingsgrond worden aangevoerd voor deze beperking?
4. Is de beperkende maatregel geschikt om het beoogde doel te bereiken?
5. Is de beperkende maatregel proportioneel?

[33] D.M. Weber, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 2.0.0.B.a (online, laatst bijgewerkt op 25 februari 2019); De bevoegdheidstoedeling zoals vastgelegd in artikel 5, eerste lid VEU wordt onderverdeeld in drie categorieën, namelijk exclusieve bevoegdheden (artikel 3 VWEU), gedeelde bevoegdheden (artikel 4 VWEU) en ondersteunende bevoegdheden (artikel 6 VWEU).

[34] Het secundaire Unierecht omvat naast richtlijnen en verordeningen tevens aanbevelingen, adviezen, mededelingen en gedragscodes.

[35] D.M. Weber, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 2.0.0.B.a (online, laatst bijgewerkt op 25 februari 2019).

[36] Bijvoorbeeld artikel 1, tweede lid, Moeder-dochterrichtlijn en artikel 5, tweede lid, Interest- en royaltyrichtlijn en artikel 15 Fusierichtlijn.

[37] R. Szudoczky, *The sources of EU law and their relationships: Lessons for the field of taxation* (diss. Amsterdam UvA), Dare.uva.nl, p. 26.

[38] A. Arnull, 'Owning Up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice', *Common Market Law Review 30*, p. 247-266.

[39] R. Szudoczky, *The sources of EU law and their relationships: Lessons for the field of taxation* (diss. Amsterdam UvA), Dare.uva.nl, p. 26.

[40] Zie onder andere M. Andenas en W.H. Roth, *Services and Free movement in EU Law*, Oxford (etc.): Oxford University Press 2003.

[41] De verdragsvrijheden zijn: vrij verkeer van burgers in de EU (artikel 20 e.v. VWEU), vrij verkeer van goederen (artikel 28 e.v. VWEU), vrij werknemersverkeer (artikel 45 e.v. VWEU), vrijheid van vestiging (artikel 49 e.v. VWEU), vrij verkeer van diensten (artikel 52 e.v. VWEU) en vrij verkeer van kapitaal (artikel 63 e.v. VWEU).

[42] HvJ EG 31 maart 1993, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125 (*Kraus*), r.o. 32; HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*), r.o. 37.

[43] Hoewel deze voorwaarde niet expliciet uit de bewoordingen in de respectievelijke arresten blijkt, kan een beroep op Europese verdragsvrijheden slechts onder bepaalde voorwaarden worden gedaan.

In het vervolg van dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de belangrijkste aspecten van dit toetsingsschema. De tweede vraag uit dit schema zal niet worden behandeld in dit hoofdstuk, maar komt aan bod bij de inhoudelijke toetsing van de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting in hoofdstuk 3.

2.3.2 Toegang tot de verdragsvrijheden uit het VWEU

Voor een beroep op de verdragsvrijheden, met uitzondering van de vrijheid van kapitaalverkeer, moet de natuurlijk persoon onderdaan van een lidstaat zijn.[44] Met een natuurlijk persoon die onderdaan is van een lidstaat wordt gelijkgesteld een rechtspersoon die naar het recht van een lidstaat is opgericht en haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in een lidstaat heeft.[45] Er moet daarnaast in algemene zin sprake zijn van een economische activiteit, uitgeoefend door middel van een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd in een andere lidstaat.[46] Het moet dus gaan om een grensoverschrijdende economische activiteit. Zuiver nationale situaties zijn in beginsel een aangelegenheid van de nationale rechter, zo blijkt uit het *Leur-Bloem*-arrest.[47] Het begrip 'economische activiteit' houdt in dat het om een activiteit gaat die zonder gezagsverhouding is uitgeoefend en waarbij het aankomt op de gedachte van een economische tegenprestatie.[48]

In de literatuur over misbruikbestrijding in de EU doet zich de vraag voor of toegang tot de verdragsvrijheden kan worden ontzegd aan een belastingplichtige die het Unierecht misbruikt om nationale bepalingen te ontkomen. Op dit punt zijn niet alle auteurs het met elkaar eens. De verwarring is mede te wijten aan de uitspraak van het HvJ EU in het *Cadburry Schweppes*-arrest.[49] Het HvJ EU wekte in dat arrest de suggestie dat in geval van misbruik geen beroep gedaan kon worden op het Unierecht, terwijl vervolgens aan de rechtvaardigingsgronden werd getoetst.

Weber betoogt dat voor de beoordeling of van de verdragsvrijheden gebruik kan worden gemaakt, slechts objectieve omstandigheden van belang zijn.[50] De subjectieve intentie voor een beroep op de verkeersvrijheden is niet relevant. Weber verwijst daarbij naar het *TV10*-arrest[51] en het *Centros*-arrest[52], waarin het HvJ EU besliste dat de vraag of het vrije verkeer in het geding is, een andere vraag is dan die, of zich misbruik voordoet. Daarmee lijkt gezegd dat ook in misbruiksituaties toegang wordt verleend tot de verdragsvrijheden.

In het *TV10*-arrest werd gebruik gemaakt van een zogenoemde 'U-bocht-constructie', waarbij een omroepinstelling zich via een Luxemburgse vennootschap vooral bezighield met activiteiten in Nederland. Op een dergelijke manier werd kunstmatig een buitenlandse situatie gecreëerd, zodat een beroep op het vrije dienstenverkeer mogelijk werd. De

[44] HvJ EG 3 oktober 2006, C-290/04, ECLI:EU:C:2006:630 (*Scorpio*).
[45] HvJ EG 1 juni 1997, C-70/95, ECLI:EU:C:1997:301 (*Sodemare*), r.o. 25; Het woord 'of' betekent in dit verband dat geen sprake is van een cumulatieve toets maar een alternatieve toets, zo wordt geconcludeerd door D.M. Weber, *Misbruikbestrijding en EG-verdragsvrijheden*, Deventer: Kluwer 2003, p. 41. De auteur vermeld erbij dat dit expliciet is bevestigd in het arrest HvJ EG 27 september 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456 (*Daily Mail*).
[46] HvJ EG 25 juli 1991, C-221/89, ECLI:EU:C:1991:320 (*Factortame*), r.o. 20; HvJ EG 4 oktober 1991, C-246/89, ECLI:EU:C:1989:368 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 21; Zie ook D.S. Smit, J.A.R. van Eijsden & B.J. Kiekebeld, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief* (FED Fiscale Brochures), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 7.
[47] HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*), r.o. 32.
[48] F.P.G. Pötgens & M.J.E. Straathof, 'Vestiging en substance vanuit EU-rechtelijk perspectief', in: J. Gooijer e.a., *Substance en de Nederlandse houdstervennootschap* (ZIFO-reeks nr. 12), Deventer: Kluwer 2014, p. 70.
[49] HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadburry Schweppes*); D.S. Smit, J.A.R. van Eijsden & B.J. Kiekebeld, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief* (FED Fiscale Brochures), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 7.
[50] D.M. Weber, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 5.0.2.A (online, laatst bijgewerkt op 25 februari 2019).
[51] HvJ EG 5 oktober 1994, C-23/93, ECLI:EU:C:1994:362 (*TV10*).
[52] HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 (*Centros*).

Nederlandse Commissariaat voor de Media weigerde de Luxemburgse vennootschap een uitzendlicentie te verlenen, omdat zij met de oprichting van een Luxemburgse entiteit slechts Nederlandse mediawetgeving trachtte te omzeilen. Bovendien kwalificeerde Nederland de Luxemburgse vennootschap als binnenlands belastingplichtige, waardoor er geen beroep gedaan kon worden op het EU-recht. Het HvJ EU besliste in deze zaak dat de weigering van de uitzendlicentie in beginsel een inbreuk van het vrije dienstenverkeer vormde. Vervolgens besliste het HvJ EU dat de verdragsbepalingen in het vrije dienstenverkeer een herkwalificatie naar binnenlands belastingplichtige niet in de weg staan, als de belastingplichtige de vrijheid tot verrichten van diensten gebruikt om zich te onttrekken aan regels die op hem van toepassing zouden zijn, indien in Nederland gevestigd.

Ook in *Centros* ging het om een U-bocht-constructie, waarbij Deense onderdanen een vennootschap in het Verenigd Koninkrijk oprichtten, maar met deze vennootschap een onderneming uitoefenden in Denemarken. Voor deze constructie was gekozen om onder de (zwaardere) kapitaaleisen van Denemarken uit te komen. De Deense Kamer van Koophandel weigerde de inschrijving in het handelsregister, omdat in het Verenigd Koninkrijk geen bedrijfsactiviteiten werden ontplooid. Bovendien lag de onderhavige situatie volgens de Deense regering volledig in de interne sfeer van Denemarken, waardoor een beroep op de vrijheid van vestiging niet mogelijk was. Het HvJ EU was het daar niet mee eens en besliste in deze zaak eveneens dat de verdragsvrijheden werden belemmerd, namelijk de vrijheid van vestiging. Anders dan in het *TV10*-arrest, kon deze belemmering niet worden gerechtvaardigd.

Pötgens, Straathof[53] en Korving[54] stellen zich op het standpunt dat het HvJ EU in beide arresten impliciet heeft beslist dat ook in misbruiksituaties toegang tot het EU-recht bestaat. Het HvJ EU had immers geoordeeld dat er sprake was van een inbreuk op de verdragsvrijheden, hetgeen impliceert dat aan de (eerdere) toegangsvraag is voldaan. Ook de uitspraak in de zaak *Ninni-Orasche*, waarin het HvJ EU beslist dat rechtsmisbruik geen invloed kan hebben op de toegangsvraag, lijkt de stelling van de auteurs te verdedigen.[55] Korving onderbouwt zijn standpunt tevens met een arrest van de Hoge Raad, waarin wordt geoordeeld dat in misbruiksituaties niet met vrucht een beroep op de vrijheid van kapitaalverkeer kan worden gedaan.[56] De zinsnede 'met vrucht' is volgens de auteur van wezenlijk en doorslaggevend belang. Het leidt namelijk tot de conclusie dat een beroep op verdragsvrijheden wel mogelijk is, maar geen vruchten kan afwerpen omdat de beperkingen van deze verdragsvrijheden als gerechtvaardigd kunnen worden aangemerkt. Wat dit onderzoek betreft, is de opvatting van Pötgens, Straathof en Korving een juiste.

In de Deense beneficial ownership-zaken heeft het HvJ EU geoordeeld dat er geen beroep gedaan kan worden op verdragsvrijheden, indien er sprake is van misbruik van het Unierecht.[57] Pancham concludeert, enigszins voorzichtig, uit de overweging van het Hof dat de toegang tot het Unierecht wordt geweigerd en men derhalve niet aan de rechtvaardigingsvraag toekomt.[58] Dit is mijns inziens een onjuiste conclusie. Het Hof verwijst in zijn overwegingen namelijk naar de bestaande jurisprudentie – onder meer het *Centros*-arrest - en geeft daarin geen blijk van vernieuwing.

[53] F.P.G. Pötgens & M.J.E. Straathof, 'Vestiging en substance vanuit EU-rechtelijk perspectief', in: J. Gooijer e.a., *Substance en de Nederlandse houdstervennootschap* (ZIFO-reeks nr. 12), Deventer: Kluwer 2014, p. 70.
[54] J.J.A.M. Korving, 'Misbruik en primair EU-recht', *TFO* 2013/125.3.
[55] HvJ EG 6 november 2003, C-413/01, ECLI:EU:C:2003:600 (*Ninni-Orasche*).
[56] HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AI0739, *BNB* 2004/142.
[57] HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*Deense beneficial ownership-zaken*), r.o. 70 t/m 72.
[58] S.R. Pancham, 'HvJ over Deense weigering de in de Moeder-dochterrichtlijn bedoelde vrijstelling van bronbelasting te verlenen', *NTFR* 2019/693.

Naar mijn mening impliceert het Hof daarmee dat een bestaande lijn wordt voortgezet. Dit blijkt overigens ook uit andere overwegingen van het HvJ EU. Zo oordeelt het Hof in *T Danmark*, onderdeel van de gevoegde Deense beneficial ownership-zaken, dat het genot van een richtlijn moet worden geweigerd. Dit impliceert dat er eerst sprake is van de toepassing van een richtlijn, om vervolgens de voordelen daarvan te ontzeggen.[59]

Elders in de literatuur wordt betoogd dat misbruik zowel een rol speelt bij de toegangsvraag als bij de rechtvaardigingsvraag.[60] Daarbij dient volgens de auteurs een onderscheid gemaakt te worden tussen misbruik van het Unierecht en misbruik van nationaal recht. Als het gaat om misbruik van het Unierecht, speelt misbruik een rol bij de toegangsvraag. Misbruik van het nationaal recht daarentegen, zal volgens de auteurs pas een rol spelen bij de rechtvaardigingsvraag. Overigens merken de auteurs ook op dat een dergelijk onderscheid tussen nationaal en Europees recht met betrekking tot de vraag of er toegang is tot het Unierecht, niet wordt gemaakt door de Hoge Raad.

Bovenstaande opvattingen in overweging genomen lijkt de stelling verdedigbaar dat een beroep op de verdragsvrijheden niet zal stranden bij de toegangsvraag, maar bij de rechtvaardigingsvraag aan bod zal komen. Dit is, mede in het kader van een effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht, een belangrijke constatering. Dit betekent namelijk dat het HvJ EU niet zal voldoen met slechts een marginale toetsing, maar dat antimisbruikbepalingen grondig op hun Europeesrechtelijke merites kunnen worden beoordeeld.[61]

2.3.3 Misbruikbestrijding als rechtvaardigingsgrond

2.3.3.1 Rechtvaardigingsgronden

Beperkingen op rechten die zijn toegekend onder het VWEU kunnen worden gerechtvaardigd indien zij een legitieme doelstelling van algemeen belang dienen.[62] Deze rechtvaardigingsgronden worden onderscheiden in enerzijds de geschreven en anderzijds de ongeschreven rechtvaardigingsgronden. De geschreven rechtvaardigingsgronden staan opgesomd in het VWEU en zijn limitatief.[63] Zij omvatten de bescherming van belangen zoals de openbare orde, openbare veiligheid en de volksgezondheid. Daarnaast zijn er ongeschreven rechtvaardigingsgronden ontwikkeld door het HvJ EU in de *rule of reason*.[64] Het Hof heeft in deze ongeschreven rechtvaardigingsgronden economische en budgettaire beleidsdoelstellingen uitgesloten als legitieme doelstellingen die het algemeen belang dienen.[65] Andere rechtvaardigingsgronden, zoals de doeltreffendheid van fiscale controles en de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen, heeft het geaccepteerd. Ook heeft het HvJ EU het voorkomen van belastingontwijking geaccepteerd als een rechtvaardigingsgrond voor een beperking van het recht op verdragsvrijheden.[66] Lidstaten mogen zodoende fiscale antimisbruikbepalingen gebruiken ter voorkoming van misbruik of belastingontwijking, ook al zou dat

[59] HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*T Danmark*), r.o. 82; L.C. van Hulten & J.J.AM. Korving, 'Svig og misbrug: de Deense antimisbruikzaken', *WFR* 2019/129.
[60] D.S. Smit, J.A.R. van Eijsden & B.J. Kiekebeld, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief* (FED Fiscale Brochures), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 7.
[61] D.M. Weber, *Misbruikbestrijding en EG-verdragsvrijheden*, Deventer: Kluwer 2003, p. 26-27.
[62] HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*), r.o. 14.
[63] D.M. Weber, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 5.1.2.C (online, laatst bijgewerkt op 25 februari 2019).
[64] HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*).
[65] HvJ EG 25 juli 1991, C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323 (*Gouda*); HvJ EG 6 juni 2000, C-35/98, ECLI:EU:C:2000:294 (*Verkooijen*).
[66] HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadburry Schweppes*); HvJ EU 16 juli 1998, C-264/96 (*ICI*); HvJ EG 21 november 2002, C-436/00, ECLI:EU:C:2002:704 (*X en Y*); HvJ EG 12 december 2002, C-324/00, ECLI:EU:C:2002:749 (*Lankhorst-Hohorst*).

leiden tot een belemmering van de verdragsvrijheden.[67] Zij zijn daarbij verplicht om de antimisbruikbepaling in lijn met het gemeenschapsrecht uit te leggen.[68]

2.3.3.2 Voorwaarden aan beperkende maatregelen

In de jurisprudentie van het HvJ EU zijn voorwaarden geformuleerd waaraan een antimisbruikbepaling moet voldoen. Een voorwaarde die aan nationale antimisbruikbepalingen wordt gesteld is dat de bepaling niet een algemene rechtsregel mag zijn die elke grensoverschrijding als fiscale fraude kwalificeert.[69] Of in een specifiek geval sprake is van misbruik of bedrog moet van geval tot geval op basis van objectieve gegevens worden bepaald, waarbij tevens rekening gehouden dient te worden met het doel van de betrokken bepalingen.[70]

Verder kan een gelegitimeerde doelstelling, zoals misbruikbestrijding, slechts als rechtvaardiging dienen indien zij gericht is op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken.[71] Een antimisbruikmaatregel moet buiten toepassing blijven, indien uit objectieve en door derden controleerbare elementen blijkt dat, ondanks het bestaan van fiscale beweegredenen, er sprake is van daadwerkelijke economische activiteiten. Deze objectieve elementen moeten verband houden met de mate van het fysieke bestaan in termen van lokalen, personeel en uitrusting. Daarbij moet worden vermeld dat het beschikken over een dergelijk fysiek bestaan als zodanig niet noodzakelijkerwijs betekent dat er geen sprake is van misbruik.[72]

Voor de vaststelling van misbruik mogen lidstaten evenmin vooraf vastgestelde criteria hanteren, maar moeten zij de transactie in haar geheel onderzoeken.[73] Daarvoor zijn naast de organisatorische, economische en andere relevante kenmerken van het concern waarvan de moedermaatschappij deel uitmaakt, ook de structuur en strategie van het concern van belang.[74] Het voorgaande neemt mee dat een algemeen vermoeden van fraude of misbruik niet is toegestaan. Een ‘algemeen vermoeden’ betekent in deze context een belastingregel die bepaalde categorieën van belastingplichtigen automatisch van een belastingvoordeel uitsluit, zonder dat de belastingdienst een begin van bewijs of aanwijzingen voor fraude of misbruik hoeft te overleggen.[75]

In de arresten *Eqiom* en *Deister & Juhler Holding* heeft het HvJ EU verder overwogen dat een onweerlegbaar vermoeden van misbruik of fraude evenmin een belemmering kan rechtvaardigingen.[76] De belastingplichtige moet bij een vermoeden

[67] HvJ EG 3 december 1974, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131 (*Van Binsbergen*).
[68] HvJ EG 14 februari 1995, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31 (*Schumacker*), r.o. 21; Door het HvJ EU in woorden van gelijke strekking herhaald in HvJ EG 29 april 1999, C-311/97, ECLI:EU:C:1999:216 (*Royal Bank of Scotland*), r.o. 19; HvJ EG 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763 (*Marks & Spencer*), r.o. 29.
[69] HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138 (*De Lasteyrie du Saillant*), r.o. 51.
[70] HvJ EG 3 juni 1992, C-206/94, ECLI:EU:C:1992:236 (*Paletta*), r.o. 25; HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 (*Centros*), r.o. 25.
[71] HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadburry Schweppes*), r.o. 51.
[72] HvJ EU 26 februari 2019, C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136 (*X GmbH*), r.o. 86.
[73] HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*), r.o. 41; HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*), r.o. 37; HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16, ECI:EU:C:2017:177 (*Euro Park Service*), r.o. 55; HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*), r.o. 32; HvJ EU 20 december 2017, in de gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister & Juhler Holding)*, r.o. 62.
[74] HvJ EU 20 december 2017, in de gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister & Juhler Holding)*, r.o. 74.
[75] Zie in dit verband ook HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*) waarin het Hof oordeelt dat de bewijslast voor het aantonen van misbruik primair rust op de belastingautoriteiten.
[76] HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*); HvJ EU 20 december 2017, in de gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister & Juhler Holding)*, r.o. 32.

van misbruik in de gelegenheid worden gesteld om, overigens zonder buitensporige administratieve lasten, tegenbewijs te leveren.[77]

Lidstaten moeten dus enige voorzichtigheid betrachten bij het formuleren van bewijsvermoedens, nu zij een strijdigheid met het Unierecht kunnen opleveren. Deze voorzichtigheid is te meer op zijn plaats omdat de Unierechtelijke kaders voor het formuleren van bewijsvermoedens smal zijn. De feiten en omstandigheden die het bewijsvermoeden doen optreden, moeten namelijk een daadwerkelijk vermoeden van belastingontwijking- of fraude oproepen. In het arrest *Euro Park Service* overweegt het Hof bovendien dat een bewijsvermoeden slechts mag worden gehanteerd indien de transactie uitsluitend strekt tot het behalen van een belastingvoordeel en dus niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen.[78] In de literatuur wordt betoogd dat alle andere dan fiscale motieven 'zakelijke overwegingen' zijn, en een enkel niet-fiscaal motief dus niet het bewijsvermoeden in werking mag doen treden.[79]

2.3.3.3 Relatie met de proportionaliteitseis

Belastingmaatregelen gericht op het bestrijden van misbruik zijn slechts te rechtvaardigen indien zij een gelegitimeerd doel nastreven en proportioneel zijn ten opzichte van het nagestreefde doel.[80] Een maatregel mag dus niet verder gaan dan noodzakelijk is om het doel te bereiken. Als een belastingmaatregel als disproportioneel wordt beschouwd, gaat zij verder dan noodzakelijk en kan zij derhalve geen rechtvaardiging vormen voor de beperking van verdragsvrijheden. De voorwaarden die in paragraaf 2.3.2.2 zijn beschreven moeten als maatstaf voor proportionaliteit worden gehanteerd. Indien lidstaten een antimisbruikbepaling implementeren die niet aan deze voorwaarden voldoet, zal het HvJ EU deze hoogstwaarschijnlijk als disproportioneel en derhalve strijdig met het Unierecht aanmerken.

2.3.4 Misbruik van het secundaire Unierecht

In het voorgaande stond misbruik van het primaire Unierecht centraal. Echter, indien een nationale maatregel zowel onder het toepassingsbereik van het primaire als het secundaire Unierecht valt en de nationale maatregel betrekking heeft op materie dat op Europees niveau uitputtend is geharmoniseerd, mag niet worden getoetst aan het primaire Unierecht.[81] In dit paragraaf wordt dan ook stilgestaan bij het misbruikbegrip in het secundair Unierecht. Indien er in het kader van (directe) belastingen wordt gesproken van misbruik van het secundaire Unierecht, betreft het doorgaans misbruik van voordelen die in een richtlijn zijn toegekend. De voor dit onderzoek relevante Interest- en royaltyrichtlijn, die in 1990 is geïmplementeerd, beoogt dubbele belasting van grensoverschrijdende betalingen van rente en royalty's tussen lidstaten te elimineren.[82] De Interest- en royaltyrichtlijn legt daarom een verplichting op aan lidstaten om de richtlijnbepalingen om te zetten naar nationale wetgeving. Nederland heeft in december 2003 de implementatiewet Interest- en royaltyrichtlijn aangenomen. De wet is vervolgens per 1 januari 2004 in werking getreden. Aangezien de Nederlandse wet destijds al geen bronheffing op interest en royalty's kende, behoefde zij, op enkele punten na, geen wijziging.[83]

[77] HvJ EG 13 maart 2007, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), r.o. 82.

[78] HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16, ECI:EU:C:2017:177 (*Euro Park Service*), r.o. 53.

[79] E. Boomsluiter, 'Bewijsvermoedens in de Wet VPB 1969: de grenzen verder aangescherpt', *WFR* 2018/60.

[80] E. Poelmann, in: *Cursus Belastingrecht* FBR 5.3.1.E (online, laatst bijgewerkt op 25 januari 2020).

[81] HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16, ECI:EU:C:2017:177 (*Euro Park Service*), r.o. 15.

[82] S.R. Pancham, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 8.3.4.E (online, laatst bijgewerkt op 10 januari 2020).

[83] Met uitzondering van artikel 17a, onderdeel c Wet VPB. Dit artikel bepaalde dat tot de grondslag van het buitenlands belastingplicht werd gerekend de voordelen die zijn ontstaan uit schuldvorderingen op een in Nederland gevestigde vennootschap, terwijl de schuldeiser een aanmerkelijk belang hield in die Nederlandse vennootschap en die aanmerkelijk belang niet tot zijn ondernemingsvermogen behoorde. Deze bepaling kon strijdig zijn met het Unierecht en is daarom op relevante punten gewijzigd.

De Interest- en royaltyrichtlijn verplicht lidstaten om, onder bepaalde voorwaarden, af te zien van bronbelasting. In artikel 1, vierde lid, Interest- en royaltyrichtlijn vindt men een van die voorwaarden: voor vrijstelling is het vereist dat de ontvanger van de interest of royalty's is aan te merken als uiteindelijk gerechtigde. In algemene zin ziet de term 'uiteindelijk gerechtigde' als het daadwerkelijk genot hebben van de interest en royalty's door de vennootschap.[84] Bij deze voorwaarde wordt verder stilgestaan in paragraaf 2.3.5.2. Voorts vindt men in artikel 5 Interest- en royaltyrichtlijn nog een antimisbruikbepaling. In het eerste lid wordt aan lidstaten de mogelijkheid geboden om, indien aan alle toepassingsvoorwaarden is voldaan, de Interest- en royaltyrichtlijn buiten toepassing te laten in geval van fraude of misbruik. Daarbij is het verdedigbaar dat een nationaalrechtelijk algemeen beginsel dat rechtsmisbruik verbiedt, en dat ook in overeenstemming met de antimisbruikbepaling in Interest- en royaltyrichtlijn kan worden uitgelegd, ook kan worden toegepast.[85] Het tweede lid bepaalt dat lidstaten de voordelen uit de Interest- en royaltyrichtlijn kunnen weigeren als het voornaamste doel, of als een van de voornaamste doelen van de transactie belastingfraude, belastingontwijking of misbruik is. In het arrest *Kofoed* heeft het HvJ EU beslist dat de antimisbruikbepaling in de Fusierichtlijn het in het Unierecht besloten algemene beginsel dat misbruik is verboden, weerspiegelt.[86] Hoewel de antimisbruikbepalingen in de Interest- en royaltyrichtlijn en de Fusierichtlijn tekstueel niet geheel overeenkomen, geldt mijns inziens hetzelfde voor de Interest- en royaltyrichtlijn.[87] De noodzaak van artikel 5, tweede lid Interest- en royaltyrichtlijn is in de literatuur ter discussie gesteld. Het HvJ EU heeft in de reeds aangehaalde Deense beneficial ownership-zaken immers beslist dat lidstaten gevallen van fraude of misbruik van het Unierecht kunnen weigeren, ook al voorziet het nationale recht niet in een bepaling van die strekking.[88] Met andere woorden: lidstaten kunnen een rechtstreeks beroep doen op het in het Unierecht besloten beginsel dat rechtsmisbruik is verboden, zonder de implementatie van artikel 5, tweede lid Interest- en royaltyrichtlijn. De inhoud van het Unierechtelijke verbod van misbruik, namelijk het misbruikbegrip dat door het HvJ EU is ontwikkeld, wordt in de volgende paragrafen behandeld.

2.3.5 Het Unierechtelijke misbruikbegrip

Voordat dieper in de kernelementen van het Unierechtelijke misbruikbegrip wordt gedoken, moet worden opgemerkt dat in het Unierecht één uniform misbruikbegrip bestaat. In het arrest *Euro Park Service* van het HvJ EU, bepaalt het Hof namelijk dat de antimisbruikbepaling in de Fusierichtlijn dezelfde draagwijdte heeft als de rechtvaardiging van een belemmering op de vestigingsvrijheid.[89] Het misbruikbegrip heeft dus dezelfde betekenis in zowel het primaire Unierecht als in de richtlijnen, al kunnen zij woordelijk van elkaar afwijken. In de hiernavolgende subparagrafen zal dan ook geen onderscheid worden gemaakt tussen misbruikjurisprudentie in het kader van primair en secundair Unierecht.

[84] HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*Deense beneficial ownership-zaken*), r.o. 88.

[85] S.R. Pancham, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 8.3.7 (online, laatst bijgewerkt op 17 maart 2020). Als voorbeeld wordt door de auteur(s) het algemene misbruikleerstuk van fraus legis genoemd.

[86] HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*), r.o. 38.

[87] HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*Deense beneficial ownership-zaken*), r.o. 120.

[88] HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*Deense beneficial ownership-zaken*), r.o. 122. Dit in tegenstelling tot Conclusie A-G Kokott bij HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*), waarin zij betoogd dat een rechtstreeks beroep op het algemeen Unierechtelijke beginsel verbod van misbruik ongeoorloofd is indien het secundaire Unierecht in een antimisbruikbepaling voorziet.

[89] HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16, ECI:EU:C:2017:177 (*Euro Park Service*), r.o. 69; Dit is herhaald in HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*), r.o. 64.

2.3.5.1 Van Emsland-Stärke tot de Deense beneficial-ownership zaken: twee toetsen

In het *Van Binsbergen*-arrest heeft het HvJ EU voor het eerst uitgesproken dat lidstaten maatregelen mogen nemen om misbruik van het gemeenschapsrecht tegen te gaan.[90] Het misbruikconcept dat in het arrest werd beschreven was ruim geformuleerd, waardoor de precieze reikwijdte lange tijd onduidelijk was. Overigens leek er vanuit academici weinig interesse te zijn voor het misbruikleerstuk.[91] In het arrest *Emsland-Stärke* formuleert het Hof voor het eerst criteria waarmee het bestaan van misbruik kan worden getoetst en geeft daarmee verduidelijking over het Unierechtelijke misbruikbegrip. Om van misbruik te mogen spreken is het ten eerste vereist dat uit een geheel van objectieve omstandigheden blijkt dat, in weerwil van de formele naleving van de door het Unierecht opgelegde voorwaarden, het beoogde doel van de betreffende regeling niet wordt bereikt (objectieve toets). Ten tweede is het vereist dat het de bedoeling is geweest om het voordeel te verkrijgen door kunstmatige voorwaarden te creëren waardoor recht op dat voordeel ontstaat (subjectieve toets).[92] Het is aan de nationale rechter om deze twee elementen van misbruik vast te stellen op basis van haar nationale bewijsregels, voor zover deze geen afbreuk doen aan de volle werking van het gemeenschapsrecht.

Sinds het *Halifax*-arrest is bekend dat het algemene beginsel van het verbod van misbruik eveneens van toepassing is op de btw. Het HvJ EU herhaalt de tweeledige misbruiktoets uit *Emsland-Stärke*, maar is daarbij niet geheel consistent in zijn terminologie. Daarin overweegt het namelijk dat het 'louter artificiële karakter van de handelingen' kan wijzen op het bestaan van een wezenlijk doel tot verkrijging van een belastingvoordeel.[93] Een loutere verkrijging impliceert dat een (marginale) zakelijke overweging zou kunnen leiden tot een 'escape'. Later kiest het Hof echter voor een andere terminologie, namelijk 'wezenlijke doel' of 'hoofddoel of een van de hoofddoelen'.[94] Dit kenmerkt een ruimer toepassingsbereik, immers, zakelijke overwegingen zullen niet ipso facto tot gevolg hebben dat niet aan het subjectieve vereiste is voldaan.[95]

Zoals in paragraaf 2.3.3 beschreven, bepaalt het HvJ EU in het *Cadburry Schweppes*-arrest dat een beroep op rechtvaardiging door de lidstaten slechts uitkomst biedt indien er sprake is van volstrekt kunstmatige constructies. Van volstrekt kunstmatige constructies is sprake indien een daadwerkelijke economische activiteit ontbreekt in de lidstaat van vestiging, hetgeen op basis van objectieve criteria kan worden beoordeeld.[96] Van een volstrekt kunstmatige constructie is in ieder geval sprake in het geval van een brievenbusmaatschappij of een schijnvennootschap. Het Hof maakte in het arrest eveneens een koppeling naar de zaken *Emsland-Stärke* en *Halifax* en erkende de dubbele toets die daarin ligt besloten.

In de Deense beneficial-ownership zaken beslist het Hof op de eerste plaats dat het voorkomen van misbruik van het Unierecht een plicht van de lidstaten is.[97] In de literatuur wordt betoogd dat deze overweging de wisseling van het

[90] HvJ EG 3 december 1974, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131 (*Van Binsbergen*).
[91] R. de la Feria, 'Introducing the Principle of Prohibition of Abuse of Law', in: R. de la Feria & S. Vogenauer (red.): *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Oxford & Portland, Oregon: Hart 2011.
[92] HvJ EG 14 december 2000, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695 (*Emsland-Stärke*), r.o. 52 en 53.
[93] HvJ EG 21 februari 2006, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121 (*Halifax*), r.o. 81. Overigens spreekt het Hof ook van 'loutere verkrijging van belastingvoordelen' in r.o. 75.
[94] HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*).
[95] Zie in dit verband ook HvJ EG 21 februari 2008, C-425/06, ECLI:EU:C:2008:108 (*Parts Service*), r.o. 62, waarin economische doelen als marketing, organisatie en garantie geen afbreuk deden aan het feit dat het verkrijgen van belastingvoordeel het wezenlijke doel was.
[96] HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadburry Schweppes*), r.o. 51.
[97] HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-116/16, C-117/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*Deense beneficial ownership-zaken*), r.o. 82.

paradigma demonstreert.[98] Misbruikbestrijding was tenslotte een *bevoegdheid* van lidstaten en was slechts onder bepaalde voorwaarden mogelijk. Men zou ook kunnen spreken van een verschuiving van 'voorkoming van overkill' naar 'voorkoming van underkill'.[99] Het HvJ EU vervolgt haar arrest door de voorgenoemde dubbele toets als uitgangspunt voor misbruik te hanteren, waarbij zij overigens niet meer spreekt van een 'wezenlijk doel' of een 'hoofddoel', maar van een 'voornaamste doel'. Daarmee lijkt de toets of er sprake is van misbruik verruimd.[100] Verder is er volgens het Hof met name sprake van een kunstmatige constructie als een doorstroomvennootschap aan de concernstructuur wordt toegevoegd tussen de uitkerende entiteit en de uiteindelijk gerechtigde.[101] Een onderneming fungeert als doorstroomvennootschap indien zij zich uitsluitend bezighoudt met het ontvangen en doorbetalen van rente en royalty's aan de uiteindelijk gerechtigde. Het ontbreken van een daadwerkelijke economische activiteit kan volgens het Hof worden afgeleid uit een onderzoek naar alle relevante gegevens zoals het beheer van de onderneming, haar boekhoudkundige balans, haar kostenstructuur, de werkelijk gemaakte kosten, haar werknemersbestand, alsmede haar kantoor en uitrusting.

2.3.5.2 Uiteindelijk gerechtigde: een afzonderlijke toets?

Het HvJ EU wijst in de interestzaken van de Deense beneficial ownership-zaken op de uiteindelijkgerechtigde-eis. Zoals hiervoor aan bod gekomen, vloeit deze eis voort uit artikel 1, eerste lid Interest- en royaltyrichtlijn en bepaalt dat vrijstelling van bronbelasting op rente en royalty's slechts wordt verleend indien de uiteindelijk gerechtigde is gevestigd in een andere lidstaat. Voor een uitleg van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' verwijst het HvJ EU op de eerste plaats naar het OESO-commentaar uit 1977 op het begrip 'uiteindelijk gerechtigde', alsmede de wijzigingen c.q. preciseringen die het daarna heeft ondergaan tot en met 2003.[102] Met wijzingen daarna houdt het geen rekening.[103]

Het Hof hanteert bij de uitleg van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' geen strikt juridische, maar een meer economische benadering. De uiteindelijk gerechtigde is de entiteit die daadwerkelijk het genot heeft van de aan haar uitgekeerde interest.[104] Het komt er dan op neer dat doorstroomvennootschappen, die overigens niet in enge en technische zin moeten worden uitgelegd, niet als uiteindelijk gerechtigde kunnen worden aangemerkt.[105] Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat dit niet noodzakelijk betekent dat er sprake is van misbruik. Indien de doorstroomvennootschap de rente of royalty's betaalt aan een uiteindelijk gerechtigde die gevestigd is in een lidstaat en bovendien voldoet aan alle voorwaarden uit de richtlijn, is er geen sprake van misbruik.[106]

Marres vraagt zich af of de uiteindelijkgerechtigde-eis als een afzonderlijke eis voor misbruik of als een onderdeel daarvan aangemerkt dient te worden. Als er sprake is van een afzonderlijke toets, kan deze eis namelijk niet worden tegengeworpen aan justitiabelen tenzij deze eerst is omgezet in nationaal recht.[107] In de Deense beneficial ownership-zaken kunnen voor

[98] P.J. Wattel, 'Misbruikbestrijding van interne bevoegdheid naar EU-plicht', *NJB* 2019/836.
[99] Zie ook D.S. Smit, 'Recente ontwikkelingen in de Nederlandse dividendbelasting', *Ondernemingsrecht* 2020/21, par 3.2.
[100] D.M. Weber, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.5.1.7.B.a (online, laatst bijgewerkt op 15 maart 2020). Of er daadwerkelijk sprake is van een verruiming, is niet duidelijk. Het HvJ EU is, zoals opgemerkt, niet altijd consistent geweest in haar terminologie. De stelling is echter verdedigbaar dat 'het voornaamste doel' grammaticaal een ruimere toepassingsbereik heeft dan 'wezenlijk doel' of 'hoofddoel'.
[101] HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*T Danmark*), r.o. 100.
[102] HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*Deense beneficial ownership-zaken*), r.o. 4.
[103] O.C.R. Marres, 'Panta rhei: de doorstroomarresten', *NTFRB* 2019/23, par. 2.3. De auteur betoogt dat dit komt doordat het OESO-commentaar uit 2014 richtlijnposterieur is.
[104] HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*Deense beneficial ownership-zaken*), r.o. 88.
[105] HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*Deense beneficial ownership-zaken*), r.o. 92.
[106] HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*Deense beneficial ownership-zaken*), r.o. 94.
[107] O.C.R. Marres, 'Panta rhei: de doorstroomarresten', *NTFRB* 2019/23, par. 4.

beide stellingen argumenten worden gevonden, zo concludeert Marres. Mijns inziens is de stelling dat het een afzonderlijke toetsing betreft *meer* verdedigbaar. In het arrest wordt namelijk uit een aantal punten duidelijk dat het Hof de uiteindelijkgerechtigde-eis niet zonder meer in het misbruikleerstuk heeft verwerkt. Zo spreekt het van 'rechtsmisbruik' *of* 'erkenning als uiteindelijk gerechtigde'. Verder wordt door het HvJ EU in de paragraaf 'bestanddelen van rechtsmisbruik' de uiteindelijkgerechtigde-eis expliciet noch impliciet als bestanddeel van rechtsmisbruik aangemerkt.[108] De conclusie die men hieraan moet verbinden is dat zij geen onderdeel is van het Unierechtelijke misbruikbeginsel en derhalve niet zonder omzetting aan belastingplichtigen kan worden tegengeworpen.[109]

Het is opmerkelijk dat het HvJ EU in de dividendzaken van de Deense beneficial ownership-zaken ook aandacht besteedt aan de uiteindelijkgerechtigde-eis. Anders dan de Interest- en Royaltyrichtlijn, kent de Moeder-Dochterrichtlijn namelijk geen aanvullende uiteindelijkgerechtigde-eis. Het HvJ EU lijkt daarmee de uiteindelijkgerechtigde-eis toch van belang te achten voor de vaststelling van misbruik in de Moeder-dochterrichtlijn. Marres heeft, mijns inziens terecht, opgemerkt dat het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' in de Moeder-dochterrichtlijn een rol speelt bij de beoordeling of er sprake is van misbruik. Het is dus niet zozeer een eis, zoals dat in de Interest- en royaltyrichtlijn wel het geval is, maar eerder een indicatie voor de beoordeling of er sprake is van misbruik. Het HvJ EU creëert mijns inziens dus ook geen nieuwe eis in de Moeder-dochterrichtlijn, die omgezet zou moeten worden naar de buitenlands aanmerkelijkbelangregeling en de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting.

2.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is stilgestaan bij de Unierechtelijke aspecten van het leerstuk van rechtsmisbruik en stonden de eerste en tweede deelvraag centraal.

Wat wordt in het Unierecht verstaan onder misbruik?

Het Unierecht kent één uniform antimisbruikbegrip in het primaire en secundaire Unierecht. Misbruik van het Unierecht kan worden vastgesteld op grond van (i) een geheel van objectieve omstandigheden waaruit blijkt dat in weerwil van formele naleving de door de Unieregeling opgelegde voorwaarden, het beoogde doel van de regeling niet wordt bereikt (objectieve toets) en (ii) de bedoeling om een door de Unieregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat (subjectieve toets). De intentie van de belastingplichtige kan worden opgemaakt uit objectieve omstandigheden, waardoor de twee toetsen haast terug lijken te vallen op de kunstmatigheid van de constructie of transactie. Er is sprake van een kunstmatige constructie indien een doorstroomvennootschap zonder daadwerkelijke economische activiteit aan de concernstructuur wordt toegevoegd. Het ontbreken van daadwerkelijke economische activiteiten kan volgens het Hof worden afgeleid uit een onderzoek naar alle relevante gegevens zoals het beheer van de onderneming, haar boekhoudkundige balans, haar kostenstructuur, de werkelijk gemaakte kosten, haar werknemersbestand, alsmede haar kantoor en uitrusting. Volledigheidshalve dient te worden opgemerkt dat de Interest- en royaltyrichtlijn nog een antimisbruikbepaling hanteert naast het bovenstaande, namelijk de uiteindelijkgerechtigde-eis. Dit vereiste is echter geen onderdeel van het Unierechtelijk misbruikbegrip en kan derhalve niet aan belastingplichtigen worden tegengeworpen zonder omzetting naar het nationaal recht.

[108] HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*Deense beneficial ownership-zaken*), r.o. 124 e.v.
[109] Ik verwijs hiervoor naar HvJ EG 8 oktober 1987, C-80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis Nijmegen*), r.o. 10, waarin het HvJ EG het verbod op omgekeerd verticaal directe werking formuleerde.

Welke voorwaarden stelt het Unierecht aan fiscale antimisbruikbepalingen?

Indien antimisbruikbepalingen fundamentele verdragsvrijheden beperken, kan de belemmering die daaruit volgt slechts onder bepaalde voorwaarden gerechtvaardigd zijn. Uit de jurisprudentie van het HvJ volgen een aantal voorwaarden:

- De maatregel mag geen algemene rechtsregel zijn die elke grensoverschrijding als fiscale fraude kwalificeert. Of er in een specifiek geval sprake is van misbruik of bedrog moet van geval tot geval op basis van objectieve gegevens worden bepaald, waarbij tevens rekening gehouden dient te worden met het doel van de betrokken bepalingen.
- De maatregel kan slechts als rechtvaardiging dienen indien zij gericht is op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken. Een belastingmaatregel moet buiten toepassing blijven, indien uit objectieve en door derden controleerbare elementen blijkt dat, ondanks het bestaan van fiscale beweegredenen, er sprake is van daadwerkelijke economische activiteiten.
- Voor de vaststelling van misbruik mogen lidstaten evenmin vooraf vastgestelde criteria hanteren, maar moeten zij de transactie in haar geheel onderzoeken.
- Een belastingregel die bepaalde categorieën van belastingplichtigen automatisch van een belastingvoordeel uitsluit, zonder dat de belastingdienst een begin van bewijs of aanwijzingen voor fraude of misbruik moet overleggen, kan worden aangemerkt als een algemeen vermoeden van misbruik.
- Een bewijsvermoeden mag slechts worden gehanteerd indien de transactie uitsluitend strekt tot het behalen van een belastingvoordeel en niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. Alle andere dan fiscale motieven kunnen als ‘zakelijke overwegingen’ worden beschouwd.
- Een onweerlegbaar vermoeden van misbruik of fraude is een belemmering die evenmin is gerechtvaardigd. De belastingplichtige moet bij een vermoeden van misbruik in de gelegenheid worden gesteld om zonder buitensporige administratieve lasten tegenbewijs te leveren.

3 De antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is stilgestaan bij het Unierechtelijke misbruikbegrip. In dit hoofdstuk staat het misbruikbegrip in de conditionele bronbelasting centraal. De conditionele bronbelasting zal vanaf 1 januari 2021 worden geïmplementeerd, waardoor zij mogelijk nog geen grote bekendheid geniet. Derhalve zal in paragraaf 3.2 kort worden stilgestaan bij de werking van de conditionele bronbelasting. Vervolgens zal paragraaf 3.3 worden toegespitst op de misbruiksituaties die de wetgever beoogt te voorkomen. In paragraaf 3.4 zal een analyse worden gemaakt van de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting in relatie tot het Unierecht, waarbij de kernelementen van misbruik in de conditionele bronbelasting nader worden beschouwd. De beantwoording van de probleemstelling is in belangrijke mate afhankelijk van de analyse die in paragraaf 3.4 zal worden gemaakt. Zij vormt dan ook de kern van dit hoofdstuk. Het slotstuk van dit hoofdstuk bestaat uit een deelconclusie in paragraaf 3.5.

3.2 De conditionele bronbelasting in hoofdlijnen

De conditionele bronbelasting treedt in beginsel in werking als een in Nederland gevestigde entiteit rente of royalty's betaalt aan een gelieerd lichaam dat is gevestigd in een LBJ.[110] De belastingplichtige voor de conditionele bronbelasting is de voordeelgerechtigde, zijnde het lichaam dat is gevestigd in de LBJ. De inhoudingsplichtige van de bronbelasting is het betalende lichaam dat de rente of royalty's is verschuldigd. De staatssecretaris geeft aan dat de conditionele bronbelasting een prohibitief karakter heeft, omdat naar verwachting bestaande rente- en royaltybetalingen naar LBJ's worden verlegd of ophouden te bestaan. Het prohibitieve karakter van de conditionele bronbelasting blijkt ook uit de keuze van de wetgever om bedrijven met een reële aanwezigheid in Nederland of de LBJ niet uit te zonderen van de bronbelasting.[111] Daarnaast is ervoor gekozen om rente die door een aftrekbeperking reeds is beperkt, niet uit te zonderen van de bronbelasting. Deze cumulatie van bronheffing en vennootschapsbelasting is tevens een gevolg van de prohibitieve werking van de conditionele bronbelasting.

3.2.1 Gelieerdheid

De conditionele bronbelasting is alleen van toepassing in gelieerde verhoudingen. Van gelieerdheid is sprake wanneer de voordeelgerechtigde een kwalificerend belang heeft in de inhoudingsplichtige, de inhoudingsplichtige een kwalificerend belang heeft in de voordeelgerechtigde of als een derde een kwalificerend belang heeft in zowel de inhoudingsplichtige als de voordeelgerechtigde.[112] Tevens kan er van gelieerdheid sprake zijn, als een samenwerkende groep, in de zin van artikel 10a, zesde lid Wet VPB een middelijk of onmiddellijk kwalificerend belang heeft.[113] Er is sprake van een kwalificerend belang, indien direct of indirect een zodanige invloed op de besluitvorming kan worden uitgeoefend dat daarmee de activiteiten van dat andere lichaam kunnen worden bepaald. Deze uitleg van het begrip kwalificerend belang vloeit voort uit de Europese rechtspraak omtrent de vrijheid van vestiging.[114] Volgens de wetgever zal hier in ieder geval aan voldaan

[110] Artikel 2.1, eerste lid, Wet BB.

[111] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 3, p. 8.

[112] Artikel 1.2, eerste lid, onderdeel c, onder 1 tot en met 3, Wet BB.

[113] In dit onderzoek wordt verder niet stilgestaan bij het leerstuk van de samenwerkende groep. Volledigheidshalve kan worden opgemerkt dat van een samenwerkende groep sprake is indien een gecoördineerde gezamenlijke investering wordt gedaan, zoals in het kader van een overnamestructuur bij een private equity fonds, die tenminste een derde belang vertegenwoordigd. Zie hiervoor tevens de behandeling van Belastingplan 2017 (*Kamerstukken II* 2016/17, 34552, 3, p. 29).

[114] HvJ EG 13 april 2000, C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205 (*Baars*); Zie ook D.S. Smit, 'Hoofdlijnen fiscaal pakket 2019 voor multinationaal bedrijfsleven: verliezen fiscale kroonjuwelen hun glans?', *WFR* 2018/185.

zijn als minstens een belang wordt gehouden dat 50% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigt. Een ruimere toepassing van het kwalificerend belang is volgens de wetgever niet gewenst, omdat in dat geval de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing zou kunnen zijn.[115] Aangezien de vrijheid van kapitaalverkeer ook geldt ten aanzien van landen buiten de EU, zullen LBJ's met een beroep daarop mogelijk de werking van de conditionele bronbelasting kunnen beperken.

3.2.2 Laagbelastende jurisdictie

De ingangsvoorwaarde voor de conditionele bronbelasting is dat de rente of royalty's worden betaald aan een lichaam dat is gevestigd in een LBJ. Het concept LBJ is reeds bekend van de CFC-wetgeving uit artikel 13ab Wet VPB en het Besluit vooroverleg rulings met een internationaal karakter.[116] Voor de toets of al dan niet sprake is van een LBJ, moeten twee "zwarte lijsten" worden geraadpleegd: een Nederlandse en een Europese lijst. De per 31 december 2018 in werking getreden 'Regeling laagbelastende staten en niet-coöperatieve rechtsgebieden voor rechtsdoeleinden', bepaalt dat – voor de Nederlandse lijst - een staat als LBJ wordt aangemerkt, als deze een statutair winstbelastingtarief van minder dan 9% heeft. Het minimumtarief van 9% sluit aan bij het laagste winstbelastingtarief in de EU, namelijk dat van Hongarije.[117] Hoewel de wetgever zijn keuze voor het statutair tarief niet heeft gemotiveerd[118], lijkt de keuze voor een minimumtarief van 9% dus vooral te zijn gemaakt vanuit praktische, dan wel politieke overwegingen. Een voor de hand liggende reden hiervoor is dat de wetgever de andere EU-lidstaten niet zal willen belasten met de kwalificatie 'laagbelastend' of 'belastingparadijs'.

Waar de Nederlandse lijst zich vooral toespitst op het statutair winstbelastingtarief en een binair karakter heeft, sluit de Europese lijst zich daarnaast aan bij het non-coöperatieve karakter van de staat. Zoals impliciet is af te leiden uit de preambule van de conclusies van de Raad, beoogt de Europese lijst meer fiscale transparantie, billijke belastingheffing en eerlijke belastingconcurrentie aan te moedigen bij niet-EU-lidstaten.[119] Indien derde landen zich committeren om aan bepaalde Europese minimumnormen te voldoen, worden zij niet op de Europese lijst geplaatst.

Het is niet uit te sluiten dat op het moment van inwerkingtreding van de conditionele bronbelasting, een land op de lijst van LBJ's wordt opgenomen terwijl deze een belastingverdrag heeft gesloten met Nederland. In het wetsvoorstel is daarom aangekondigd dat de conditionele bronbelasting, vanaf het moment van eerste aanwijzing op de lijst, gedurende drie kalenderjaren niet van toepassing is op verdragslanden.[120] Deze termijn van drie kalenderjaren wordt gehanteerd zodat staten degelijk overleg kunnen voeren over de eventuele wijzigingen in het belastingverdrag.

3.3 De antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting

Vanuit de wetenschap hoe de conditionele bronbelasting werkt, kan worden overgegaan naar de voor dit onderzoek relevante misbruiksituaties. De conditionele bronbelasting is niet alleen van toepassing op rechtstreekse betalingen naar LBJ's, maar treft ook kunstmatige structuren die bedoeld zijn om Nederlandse bronbelasting te ontwijken.[121] De

[115] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 3, p. 4.
[116] Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2019, DGB 2019/13003, *Stcrt.* 2019, 35519.
[117] *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, onderdeel 2.8.
[118] L.C van Hulten, 'Tweede Kamer akkoord met implementatievoorstel ATAD1', *NLF* 2018/2456.
[119] Conclusies van de Raad van 5 december 2017 over de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden, nr. 15429/17.
[120] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 3, p. 5.
[121] Artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c, Wet BB.

conditionele bronbelasting zou namelijk eenvoudig kunnen worden ontgaan door de betaling niet rechtstreeks te laten plaatsvinden, maar via een of meerdere tussenschakels die niet zijn gevestigd in een LBJ.[122] Rente- en royaltybetalingen vanuit Nederland naar dergelijke tussenschakels worden in beginsel niet onderworpen aan een bronbelasting. De rente en royalty's die zonder bronbelasting zijn ontvangen door de tussenschakel, kunnen zonder bronbelasting of tegen een laag tarief door de tussenschakel worden doorbetaald aan de voordeelgerechtigde. Uiteraard is het daarvoor noodzakelijk dat de tussenschakel in een staat is gevestigd met een gunstig regime ten aanzien van rente en royalty's, zoals een laag bronbelastingtarief of een afwezigheid van een bronbelasting op rente en royalty's. Immers, zonder een dergelijk regime zal een tussenschakel fiscaal gezien weinig nut hebben.

De tussenschakel kan door de belastingplichtige aldus worden gebruikt als een middel om de werking van de conditionele bronbelasting te neutraliseren. Voor dergelijke gevallen heeft de wetgever een antimisbruikbepaling opgenomen in artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c Wet BB. Indien misbruik wordt vastgesteld, ontstaat als gevolg van deze antimisbruikbepaling een belastingplicht ten aanzien van de tussenschakel die de rente en royalty's rechtstreeks ontvangt. De wetgever geeft aan dat deze antimisbruikbepaling vergelijkbaar is met de antimisbruikbepalingen in de vennootschaps- en dividendbelasting. Daarmee worden respectievelijk de antimisbruikbepalingen in de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling en de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting bedoeld.

De in artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c Wet BB opgenomen antimisbruikbepaling bepaalt dat er sprake is van misbruik indien de voordeelgerechtigde is gerechtigd tot de voordelen met het hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van belasting bij een ander te ontgaan en er sprake is van een kunstmatige constructie of transactie. De wettekst bepaalt tevens dat indien aan de relevante substance-eisen is voldaan, de belastingplichtige niet wordt geacht gerechtigd te zijn tot de voordelen met het hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing bij een ander te ontgaan.[123] Evenmin wordt er geacht sprake te zijn van een kunstmatige constructie. De relevante substance-eisen vormen derhalve een bewijsvermoeden voor de vaststelling van misbruik. Indien niet aan de relevante substance-eisen wordt voldaan, is het aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat niet aan de subjectieve of objectieve toets is voldaan. In de hiernavolgende subparagrafen zullen deze kernelementen van de antimisbruikbepaling nader worden beschouwd.

3.3.1 De objectieve toets: kunstmatige constructie

3.3.1.1 Een kunstmatige constructie

Er is sprake van een kunstmatige constructie of transactie indien zij niet is ingegeven door geldige zakelijke motieven die de economische realiteit weerspiegelen.[124] Voor de vennootschaps- en dividendbelasting geldt in beginsel dat het buitenlandse lichaam dat direct in de rechte lijn het belang in de Nederlandse vennootschap heeft, een materiële onderneming moet drijven.[125] Het belang in de Nederlandse vennootschap moet daarbij tot het functioneel ondernemingsvermogen van het buitenlandse lichaam behoren. In voorkomende gevallen drijft de buitenlandse vennootschap geen materiële onderneming, maar bevindt de onderneming zich op een ander niveau.[126] Gezien de

[122] Het is hierbij niet relevant of de tussenschakels in dezelfde staat zijn gevestigd. Zie ook *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 3, p. 6.
[123] Artikel 2.1, vijfde lid, Wet BB.
[124] Artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c, onder 2, Wet BB; R.P.C. Adema, NDFR commentaar artikel 17 Wet VPB 1969 (online, laatst bijgewerkt op 19 november 2019).
[125] *Kamerstukken II* 2017/18, 34788, 3.
[126] In dat geval fungeert de directe aandeelhouder als een tussenhoudster.

systematiek van de conditionele bronbelasting lijkt de eis van een materiële onderneming van ondergeschikt belang. Anders dan in de vennootschaps- en dividendbelasting is de conditionele bronbelasting namelijk ook van toepassing in 'niet-verticale' rechtsverhoudingen.[127] In de vennootschaps- en dividendbelasting had de belastingplichtige (tussenhoudster) dan nog de mogelijkheid om aan te tonen dat sprake was van geldige zakelijke motieven. Indien hij een schakelfunctie vervulde en aan de relevante substance-eisen werd voldaan, was er in ieder geval geen sprake van misbruik. De tussenhoudster vervulde een schakelfunctie als zij een verband legde tussen de bedrijfsmatige activiteiten of hoofdkantooractiviteiten van de moedermaatschappij en de kleindochtermaatschappij(en).[128] De schakelfunctie-eis in de vennootschaps- en dividendbelasting is echter per 1 januari 2020 vervallen en zal daarom ook niet gelden in de conditionele bronbelasting.[129]

3.3.1.2 Relevante substance

Om tot een correcte beschouwing te komen van de werking van de substance-eisen, is het op zijn plaats om een korte toelichting op de ontwikkeling van deze eisen te geven. De substance-eisen zijn voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling, per 1 januari 2018, opgenomen in artikel 1bis Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting 1965.[130] De criteria die in dit artikel zijn opgenomen omvatten de 'reguliere' substance-eisen zoals deze golden voor de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling in 2016 en 2017. Daarnaast zijn, als gevolg van de motie Grashoff c.s.[131], twee eisen toegevoegd in onderdelen de g en h: het loonkostencriterium en het vereiste van de aanwezigheid van een eigen kantoorruimte.[132]

De substance-eisen hadden naar aanleiding van het arrest *Deister & Juhler Holding* van het HvJ EU een bijzondere positie gekregen. In dat arrest had het HvJ EU bepaald dat het voor de belastingplichtige mogelijk moet zijn om op aanvullende wijze aannemelijk te maken dat er sprake is van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Bij de vaststelling of er sprake is van misbruik volstaat niet het toepassen van vooraf vastgestelde algemene criteria. Per geval moeten alle aspecten worden onderzocht, zoals organisatorische, economische en andere relevante kenmerken, alsmede de structuur en strategie van het concern.[133] Vanaf 1 januari 2019 fungeerden deze eisen daardoor als een 'safe harbour': indien aan deze vereisten werd voldaan, was er in ieder geval geen sprake van misbruik. In dat geval werd namelijk niet voldaan aan de objectieve toets.

Een keerpunt in de rol van de substance-eisen vond een jaar later plaats, toen het HvJ EU in de Deense beneficial ownership-zaken een nadere uitleg gaf over het misbruikbegrip en de plicht van lidstaten om fraude en misbruik te bestrijden. Dientengevolge heeft de staatssecretaris in zijn antwoorden op de Kamervragen aangegeven dat niet is uit te sluiten dat ook na het voldoen aan de substance-eisen, beoordeeld naar alle feiten en omstandigheden, toch sprake kan zijn van misbruik.[134] Bij het wetsvoorstel van de conditionele bronbelasting is dan ook voorgesteld om per 1 januari 2020 de vennootschaps- en dividendbelasting op de relevante punten aan te passen. De status van de substance-eisen als safe harbour is per 1 januari 2020 derhalve genuanceerd en deze eisen spelen nog slechts een rol bij de bewijslastverdeling. Als

[127] Rente- of royalty's kunnen immers ook worden betaald aan bijvoorbeeld zuster- of dochtervennootschappen.
[128] Deze definitie voor een schakelende tussenhoudster hanteert de wetgever in *Kamerstukken II* 2017/2018, 34788, 3, onderdeel 2.3.3.
[129] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 3, p. 9.
[130] In artikel 4, twaalfde lid, Wet DB wordt verwezen naar artikel 1bis Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting 1965.
[131] *Kamerstukken II* 2016/17, 25087, 139.
[132] R.P.W.C.M. Brandsma, in: *Cursus Belastingrecht* Div.bel 2.1.4.e.j4 (online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2019).
[133] HvJ EU 20 december 2017, in de gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009, *Jur.* 2017, r.o. 74 (*Deister & Juhler Holding)*.
[134] *Aanhangsel Handelingen II* 2018/19, 3070, p. 2.

aan de substance-eisen is voldaan, blijft er een mogelijkheid bestaan voor de inspecteur om misbruik aannemelijk te maken. Met de wijziging van de rol van de substance-eisen lijkt de staatssecretaris tevens andere gezichtspunten voor misbruik te hanteren, zoals de wijze van financiering van de tussenschakel, de omvang van het eigen vermogen en de duur van de periode tussen ontvangst en doorbetaling van de rente en royalty's door de tussenschakel.[135] Nu er overlap bestaat tussen de substance-eisen en de aanwijzingen van het HvJ EU inzake misbruik, acht de staatssecretaris de Nederlandse antimisbruikbepaling in hoofdlijnen in overeenstemming met deze arresten.[136]

3.3.2 De subjectieve toets: hoofddoel of een van de hoofddoelen

Een van de voorwaarden voor misbruik is, net als in de antimisbruikbepalingen in de vennootschaps- en dividendbelasting, dat belastingverijdeling het hoofddoel of een van de hoofddoelen van de onderliggende constructie of transactie is. Deze subjectieve toets, die ook wel het motiefvereiste wordt genoemd, wordt ten uitvoer gelegd met behulp van de wegdenkgedachte. Voor de toepassing van de conditionele bronbelasting wordt daarbij de vergelijking gemaakt tussen de situatie dat de rechtsverhouding (zoals een geldlening of licentie) uit hoofde waarvan het in Nederland gevestigde lichaam de voordelen is verschuldigd, is aangegaan door een tussenschakel en de situatie dat de rechtsverhouding zonder tussenkomst van de tussenschakel zou zijn aangegaan.[137] Indien de rechtsverhouding zonder de tussenschakel leidt tot een hogere bronbelastingdruk, vormt dat een indicatie dat er sprake is van het ontgaan van bronbelasting. De wetgever neemt in dat geval aan dat het verijdelen van belasting het hoofddoel of een van de hoofddoelen van de constructie of transactie is. Als de rechtsverhouding zonder tussenschakel niet leidt tot een hogere bronbelastingdruk, kan er geen sprake zijn van misbruik.

In een situatie met meerdere tussenschakels is het de vraag bij welke vennootschap moet worden gestopt met wegdenken. Waar het wegdenken in de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling stopt bij de eerste vennootschap die het middellijk belang houdt als ondernemingsvermogen[138], is dit bij de conditionele bronbelasting anders.[139] Volgens de MvT stopt het wegdenken in de conditionele bronbelasting bij het eerste lichaam na de kunstmatige tussenschakel, dat in een LBJ is gevestigd of zelf niet kunstmatig is. Met de eventuele kunstmatigheid van het lichaam dat is gevestigd in een LBJ wordt geen rekening gehouden.

3.4 De conditionele bronbelasting in relatie tot het Unierecht

3.4.1 Secundair Unierecht

Zoals reeds opgemerkt, wijst de wetgever op de mogelijkheid voor de belastingplichtige om een beroep te doen op de Interest- en royaltyrichtlijn indien zij geconfronteerd wordt met de conditionele bronbelasting. Om te beoordelen of de conditionele bronbelasting onder de reikwijdte van het secundaire Unierecht valt, moet zij Unierechtelijk worden gekwalificeerd. Daarbij is in het bijzonder van belang of de afwezigheid van een bronheffing op rente en royalty's een voordeel betreft dat voortvloeit uit de Interest- en royaltyrichtlijn. Het richtlijnvoordeel dat in de Interest- en royaltyrichtlijn

[135] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 3, p. 29;
[136] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 6, p. 15;
[137] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 3, p. 29.
[138] P.G.H. Albert, 'De misbruiktoets van 4-3-c Wet DB 1965 en 17-3-b Wet VPB 1969: voorrang gewijzigd?', *NTFR* 2018/41.
[139] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 3, p. 29-30.

ligt besloten, verbiedt lidstaten namelijk om een bronbelasting in te houden op rente- en royaltybetalingen naar andere lidstaten, tenzij er sprake is van misbruik.[140]

De afwezigheid van een bronbelasting op rente en royalty's, die wel eens een van de kroonjuwelen van het Nederlandse fiscale stelsel wordt genoemd, is een nationaal voordeel voor de belastingplichtige.[141] Een dergelijke bronheffing heeft in Nederland nooit bestaan en is derhalve niet het resultaat van de per 1 januari 2004 geïmplementeerde Interest- en royaltyrichtlijn. Immers, ook in rente- en royaltytransacties naar derde landen heeft Nederland nimmer bronbelasting ingehouden. De conditionele bronbelasting ligt in feite in het verlengde van deze afwezigheid van bronbelasting, zij het dat daar in specifieke gevallen een beperking op wordt gelegd. In de literatuur wordt de vraag gesteld of de afwezigheid van een bronbelasting op rente en royalty's een richtlijnvoordeel is dat in misbruiksituaties geweigerd zou moeten worden.[142] Boulogne staat kritisch tegenover deze benadering. Het kan namelijk betekenen dat de Interest- en royaltyrichtlijn in misbruikgevallen een verplichting tot weigering van een richtlijnvoordeel oplegt, terwijl er geen richtlijnvoordeel is dat moet worden geweigerd.

Ondanks dat een nationale regeling reeds bestond ten tijde van de implementatie van een Europese richtlijn, kan betoogd worden dat de nationale regeling een richtlijnvoordeel betreft. Pancham[143], Marres[144] en Boulogne[145] trekken deze conclusie ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling. Ter discussie staat of de deelnemingsvrijstelling als Unierechtelijk voordeel kan worden aangemerkt en derhalve impact ondervindt van de Deense beneficial ownership-zaken. De staatssecretaris kan dit niet bevestigen.[146] De deelnemingsvrijstelling bestond al ten tijde van de invoering van de Moeder-dochterrichtlijn en heeft bovendien ook een ruimere werking. Een relevante toets om de deelnemingsvrijstelling al dan niet als Unierechtelijke voordeel te kwalificeren is volgens *Boulogne* om de vergelijking te trekken tussen de situatie ten tijde van de implementatie van de deelnemingsvrijstelling en de latere wijzigingen daarvan als gevolg van de Moeder-dochterrichtlijn. Indien de deelnemingsvrijstelling voor de wijziging niet, maar na de wijziging wel van toepassing is, dan kan worden gesproken van een Unierechtelijke voordeel. Deze toets is naar mijn mening geheel begrijpelijk, aangezien het Unierechtelijke voordeel tot uitdrukking komt in de ruimere toepassing van de deelnemingsvrijstelling. De uitkomst van deze toets naar analogie op de afwezigheid van een bronbelasting op rente en royalty's laat zich raden. De Interest- en royaltyrichtlijn heeft in het geheel geen invloed gehad op het ontbreken van een Nederlandse bronheffing op rente en royalty's. Daaraan kan men mijns inziens drie consequenties verbinden. Op de eerste plaats kan men concluderen dat de conditionele bronbelasting niet wordt aangemerkt als een richtlijnvoordeel dat voortvloeit uit de Interest- en royaltyrichtlijn. Op de tweede plaats moet daaraan de conclusie worden verbonden dat de conditionele bronbelasting niet is gebonden aan de bepalingen in de Interest- en royaltyrichtlijn, zoals de uiteindelijkgerechtigde-eis. Ten derde betekent dit dat men niet meer toekomt aan de vraag of getoetst kan worden aan het primaire Unierecht. In paragraaf 2.3.4 is opgemerkt dat een nationale wet die zowel onder de reikwijdte van het primaire als het secundaire Unierecht valt en betrekking heeft op materie die op Unierechtelijk niveau

[140] Artikel 1, eerste lid jo. artikel 5, eerste lid, Interest- en royaltyrichtlijn.
[141] J. Vleggeert & H. Vording, 'Is Nederland een belastingparadijs?', *NJB* 2018/139; *Kamerstukken II* 2015/16, 34451, 2, p. 2.
[142] G.F. Boulogne, 'Interestbetalingen tussen lidstaten: verplichting om richtlijnmisbruik te bestrijden en uitleg eis uiteindelijk gerechtigde', *FED* 2019/53, par. 10.4.
[143] S.R. Pancham, 'HvJ over Deense weigering de in de Moeder-dochterrichtlijn bedoelde vrijstelling van bronbelasting te verlenen', *NTFR* 2019/693.
[144] O.C.R. Marres, 'Panta rhei: de doorstroomarresten', *NTFRB* 2019/23, par. 2.3.
[145] G.F. Boulogne, 'Interestbetalingen tussen lidstaten: verplichting om richtlijnmisbruik te bestrijden en uitleg eis uiteindelijk gerechtigde', *FED* 2019/53, par. 10.2 en 10.3.
[146] *Aanhangsel Handelingen II* 2018/19, 3070, p. 12.

uitputtend is geharmoniseerd, niet kan worden getoetst aan het secundaire Unierecht. De conditionele bronbelasting valt niet onder de reikwijdte van het secundaire Unierecht en kan dus aan het primaire Unierecht worden getoetst.

3.4.2 Primair Unierecht

Voor de beoordeling welke verkeersvrijheid van toepassing is, heeft het HvJ EU de doel-en-strekkingbenadering als uitgangspunt genomen. Daarvoor moet worden gekeken naar de ratio van de wettelijke bepaling. Indien deze gericht is op meerderheidsdeelnemingen, betreft het een vestigingshandeling.[147] Nu de wetgever heeft gekozen om aan te sluiten bij het *Baars*-criterium, welke vereist dat een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap bestaat dat zij de activiteiten ervan kan bepalen, zijn de relevante verdragsvrijheden voor de conditionele bronbelasting beperkt tot de vrijheid van vestiging.[148] De vrijheid van kapitaalverkeer is dus niet van toepassing, zoals ook de bedoeling is geweest van de wetgever. De vrijheid van vestiging verbiedt beperkingen van vestigingsvrijheid van een primaire vestiging in een lidstaat (*primair vestigingsrecht*). Daarnaast verbiedt zij het oprichten van agentschappen, filialen en dochtervennootschappen in een lidstaat (*secundair vestigingsrecht*).[149]

Nu de toepasselijke verkeersvrijheid is vastgesteld, rijst de vraag of deze vrijheid wordt beperkt. Er is sprake van een beperking van fundamentele verkeersvrijheden indien een grensoverschrijdende situatie nadeliger wordt behandeld dan een objectief vergelijkbare nationale situatie. De nadeligere behandeling van grensoverschrijdende situaties wordt in dit onderzoek verondersteld. Een belastingplichtige die in Nederland zou zijn gevestigd, wordt namelijk niet getroffen door de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting. Daarmee valt de conditionele bronbelasting onder het toepassingsbereik van het primaire Unierecht en moet het misbruikbegrip zo worden uitgelegd dat geen inbreuk op het Unierecht wordt gemaakt.[150]

3.4.3 De objectieve toets in relatie tot het Unierecht

3.4.3.1 De relevante substance-eisen

Wat betreft inhoud van de relevante substance-eisen, lijkt de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie aan te sluiten bij het begrip van volstrekt kunstmatige constructie dat het HvJ EU heeft geschetst. Het HvJ EU geeft diverse niet-uitputtende indices van misbruik die overlap hebben met de thans geldende substance-eisen in de Nederlandse wetgeving. Ook de andere gezichtspunten die door het Hof zijn geschetst, zoals onder andere de lengte van de periode tussen ontvangst en doorbetaling van de interest- en royaltybetalingen zullen door de wetgever in zijn beoordeling bij misbruik worden meegewogen.[151] De relevante substance-eisen hebben, zoals de wetgever ook aangeeft, overlap met de aanwijzingen die het HvJ EU voor misbruik geeft.

3.4.3.2 De objectieve toets: een algemeen rechtsvermoeden van misbruik?

Vanuit het perspectief van bewijslastverdeling kan men vraagtekens plaatsen bij de toepassing van de objectieve toets. In paragraaf 2.3.3.2 is aan bod gekomen dat het begin van bewijs voor misbruik ligt bij de inspecteur. Een belastingregel die

[147] HvJ EG 12 december 2006, C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), r.o. 37.
[148] HvJ EG 13 april 2000, C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205 (*Baars*).
[149] Artikel 49 VWEU; J.L. Schutte-Veenstra, 'Europees vennootschapsrecht: het harmonisatieprogramma en de vestigingsvrijheid van vennootschappen', in: J.B.S. Hijink & M.A. Verbrugh, *Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio,* Deventer: Kluwer 2011.
[150] J.J.A.M. Korving, 'Misbruik en primair EU-recht', *TFO* 2013.3.
[151] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 6, p. 16.

bepaalde categorieën belastingplichtigen van een belastingvoordeel uitsluit, zonder dat de inspecteur is gehouden een begin van bewijs te leveren, vormt een algemeen rechtsvermoeden van misbruik. Een dergelijk algemeen rechtsvermoeden is onverenigbaar met het Unierecht.[152] Het is niet geheel duidelijk of de objectieve toets een algemeen rechtsvermoeden van misbruik teweegbrengt, al zijn daar wel aanwijzingen voor.

De thans geldende verdeling van bewijslast in de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting is als volgt: als de belastingplichtige voldoet aan de relevante substance-eisen, rust de bewijslast dat er sprake is van misbruik op de inspecteur. Andersom, als de belastingplichtige niet voldoet aan de relevante substance-eisen, rust op haar de bewijslast dat er geen sprake is van misbruik. In essentie wordt de bewijslast dus omgekeerd op het moment dat er niet wordt voldaan aan de substance-eisen. Hier ligt het pijnpunt van de objectieve toets: de vraag is immers in hoeverre er een objectieve verdenking van fraude of misbruik bestaat als er niet aan (een van) de substance-eisen wordt voldaan.

Een arrest van het HvJ EU die het voorgaande mijns inziens goed illustreert, is het arrest *Eqiom*. Daarin werden alle ontvangers van Frans dividend een algemeen vermoeden van misbruik tegengeworpen, indien zij direct of indirect werden gecontroleerd door een lichaam dat was gevestigd in een derde land.[153] De belastingplichtige kreeg daarop de mogelijkheid om aan te tonen dat de keten van deelnemingen niet als voornaamste doel of als een van de voornaamste doelen had om het betreffende voordeel te verkrijgen. Het doel van de betreffende maatregel was om te voorkomen dat onderdanen van derde landen bronbelasting zouden ontwijken door een binnen de EU gevestigde vennootschap in de structuur tussen te schuiven.[154] Het Hof overwoog in het arrest dat deze regeling er niet op was gericht om volstrekt kunstmatige constructies van een belastingvoordeel uit te sluiten, maar zag op elke moedervennootschap die, om wat voor reden dan ook, door een ingezetene buiten de Unie werd gecontroleerd. Het gevolg was dat bepaalde categorieën belastingplichtigen automatisch van het belastingvoordeel werden uitgesloten, zonder dat de belastingdienst was gehouden om een begin van bewijs aan te dragen. Het HvJ EU oordeelde daarom dat de Franse inhoudingsvrijstelling in strijd was met het Unierecht.

Dan rijst de vraag of de relevante substance-eisen wel zijn gericht op het voorkomen van volstrekt kunstmatige constructies. In de Deense beneficial ownership overweegt het HvJ EU dat het aan de belastingautoriteit is om aan te tonen dat beide bestanddelen van rechtsmisbruik, dus zowel de objectieve als de subjectieve toets, zijn verenigd. Daarbij zijn alle relevante gegevens van belang: het Hof vereist in wezen een *case-by-case*-benadering. Mijns inziens is dat in de objectieve toets niet het geval. Op de eerste plaats omdat er geen afweging wordt gemaakt van alle relevante omstandigheden. Zo kan de enkele omstandigheid dat de boekhouding van de tussenschakel niet wordt gevoerd in de staat van de tussenschakel al leiden tot een omkering van de bewijslast, terwijl uit andere, gewichtige omstandigheden zou kunnen blijken dat daar daadwerkelijke economische activiteiten plaatsvinden. Daarnaast zegt het feit dat bijvoorbeeld de boekhouding in een ander land wordt gevoerd mijns inziens te weinig over de misbruikintentie van de belastingplichtige. In feite komt het bewijs dat andere dan fiscale motieven spelen, systematisch bij de belastingplichtige te liggen, zonder dat de inspecteur afdoende aanwijzingen voor misbruik levert. Aldus lijkt de objectieve toets een algemeen rechtsvermoeden van misbruik op te leveren, welke onverenigbaar is met het Unierecht.[155]

[152] HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*), r.o. 32.
[153] HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*).
[154] Conclusie A-G Kokott 19 januari 2017 bij HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*), punt 50.
[155] Een greep uit de jurisprudentie van het HvJ EU: HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*); HvJ EG 26 september 2000, C-478/98, ECLI:EU:C:2000:497 (*Commissie/België*); HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*); HvJ EU 5 juli 2012, C-

3.4.4 De subjectieve toets in relatie tot het Unierecht

De belastingplichtige die niet voldoet aan de relevante substance-eisen, krijgt de mogelijkheid om aan te tonen dat niet aan de subjectieve toets is voldaan. Zoals reeds behandeld, kan de belastingplichtige dat aantonen met behulp van de wegdenkgedachte. Als de belastingplichtige dit succesvol doet, is er geen sprake van misbruik. Vanuit Unierechtelijk perspectief roept dat twee vragen op. Op de eerste plaats is het de vraag of er (voldoende) tegenbewijsmogelijkheden bestaan voor de belastingplichtige. Ten tweede roept het de vraag op of de subjectieve toets een safe harbour is, hetgeen door het HvJ EU niet wordt toegestaan.

3.4.4.1 De tegenbewijsmogelijkheid in de subjectieve toets

In hoofdstuk 2 is geconstateerd dat de belastingplichtige de mogelijkheid moet hebben om zonder buitensporige administratieve lasten tegenbewijs te leveren. Indien een dergelijke mogelijkheid niet wordt geboden aan de belastingplichtige, is de belastingregel disproportioneel en derhalve niet in lijn met het Unierecht. De antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting kent op het eerste gezicht wel een tegenbewijsmogelijkheid. Indien de belastingplichtige niet aan de substance-eisen voldoet, kan zij namelijk tegenbewijs leveren door aannemelijk te maken dat niet aan de subjectieve of objectieve toets is voldaan. Het is echter de vraag of deze tegenbewijsmogelijkheid ook geldt in structuren waarin de in een LBJ gevestigde entiteit niet de uiteindelijk gerechtigde is. Het een en ander kan het best worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld.[156]

> Een in Nederland gevestigde financieringsmaatschappij (BV NL) houdt verschillende deelnemingen in het buitenland. De rente die zij in het kader van haar activiteiten ontvangt wordt, met inhouding van een spread, doorbetaald aan haar directe 100%-moedermaatschappij gevestigd in Luxemburg (LUX SARL). Gegeven is dat LUX SARL niet voldoet aan de relevante substance-eisen. Na een periode van zes maanden betaalt LUX SARL de rente, met inhouding van een spread, door aan een lichaam dat is gevestigd in een LBJ (BERMUDA LTD). De eveneens substance-loze BERMUDA LTD heeft een schuld aan de in de Verenigde Staten gevestigde topmaatschappij (US LLC). Het idee is om de rente binnen een periode van zes maanden door te betalen aan US LLC. Volgens de MvT bij de conditionele bronbelasting is er een bewijsvermoeden van misbruik, omdat LUX SARL niet voldoet aan de substance-eisen. BV NL of LUX SARL heeft de mogelijkheid om door middel van de wegdenkgedachte in de subjectieve toets dit bewijsvermoeden te ontzenuwen. Een strikte toepassing van de subjectieve toets ontzenuwt dit bewijsvermoeden echter niet. Immers, zonder tussenkomst van LUX SARL zou een bronbelastingdruk van 21,7% van toepassing zijn, terwijl de rentebetaling door tussenkomst van LUX SARL is vrijgesteld. Bewijs dat de rente uiteindelijk wordt doorbetaald aan US LLC lijkt voor de subjectieve toets niet relevant te zijn. Een andere tegenbewijsmogelijkheid in de subjectieve toets lijkt er niet te zijn. Er rest haar nog de mogelijkheid om aan te tonen dat niet is voldaan aan de objectieve toets. De Nederlandse vennootschap kan dat op de eerste plaats door substance op het niveau van LUX SARL aannemelijk te maken. Dat is vanzelfsprekend niet mogelijk, aangezien dat nu juist de reden is dat het bewijsvermoeden is ontstaan. Daarnaast kan aan de objectieve

318/4255, ECLI:EU:C:2012:415 (*SIAT*); HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16, ECI:EU:C:2017:177 (*Euro Park Service*); HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*).

[156] Er kan gemakshalve van uit worden gegaan dat alle leningen tegen een at-arm's-length vergoeding zijn verstrekt.

toets worden voldaan door alle relevante aspecten van de tussenschakel in aanmerking te nemen.[157] Het blijkt niet uit de MvT of het aantonen van een andere uiteindelijk gerechtigde een relevant aspect is voor de objectieve toets. Het bovenstaande leidt daarom tot de conclusie dat er in de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting geen tegenbewijsmogelijkheid lijkt te bestaan voor structuren zoals het onderhavige.

In een recent gewezen arrest in het kader van de buitenlands aanmerkelijkbelangregeling heeft de Hoge Raad, in navolging van de Deense beneficial ownership-zaken, beslist dat een bewijsvermoeden kan worden ontzenuwd door feiten te stellen, en zo nodig aannemelijk te maken, dat er geen sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie.[158] In deze uitspraak lijkt de Hoge Raad te beslissen dat de subjectieve toets kan worden ontzenuwd door te voldoen aan de objectieve toets. Het is onduidelijk of deze benadering van de Hoge Raad onverkort van toepassing zal zijn op de conditionele bronbelasting.[159] Indien zulks het geval is, bevestigt de Hoge Raad dat er geen ruimte bestaat om tegenbewijs door middel van de subjectieve toets te leveren.

Het HvJ EU overweegt in de Deense beneficial ownership-zaken dat het niet kan worden uitgesloten dat in een situatie waarin de betaling rechtstreeks aan een in een derde staat gevestigde vennootschap zou zijn vrijgesteld, de structuur van het concern er niet op is gericht rechtsmisbruik tot stand te brengen.[160] In een dergelijk geval kan de belastingplichtige niet worden verweten dat hij de betaling niet rechtstreeks heeft gedaan. In het voorgenoemde voorbeeld betekent het dat er niet noodzakelijk sprake is van misbruik, omdat een rechtstreekse betaling aan US LLC zou zijn vrijgesteld van bronbelasting. Anders gezegd: het feit dat een rechtstreekse betaling zou zijn vrijgesteld, is een indicatie dat er geen misbruikintentie bestaat. Dat strekt mijns inziens tot de conclusie dat de doorbetaling aan een derde staat, zoals US LLC in het hiervoor geschetste voorbeeld, een relevant aspect zou moeten zijn voor de subjectieve toets. Of de wetgever deze visie deelt is nog niet duidelijk. Mocht blijken dat in een dergelijke situatie geen tegenbewijsmogelijkheid bestaat voor de belastingplichtige, dan is de regeling wat dit onderzoek betreft in strijd met het Unierecht.

3.4.4.2 De safe harbour in de subjectieve toets

Uit de rechtspraak van het HvJ EU blijkt impliciet dat er geen safe harbours mogen worden gehanteerd bij de beoordeling of er sprake is van misbruik. Alle relevante feiten en omstandigheden die kunnen wijzen op misbruik moeten namelijk worden meegenomen. De notie dat er geen sprake is van misbruik indien niet aan de subjectieve toets wordt voldaan, lijkt juist wel een safe harbour te impliceren. Mijns inziens is dat Unierechtelijk niet houdbaar. Het HvJ EU lijkt daar in de Deense beneficial ownership-zaken duidelijk in te zijn: bij het onderzoek naar de structuur van het concern is het niet van belang dat de uiteindelijk gerechtigde tot de opbrengsten, bij een rechtstreekse rechtsverhouding, aanspraak had kunnen maken op een vrijstelling in een belastingverdrag.[161] Het bestaan van een vrijstelling op grond van een belastingverdrag sluit immers niet uit dat er sprake is rechtsmisbruik. Het Hof voegt daaraan toe dat het bovendien niet uit het bestaan van een belastingverdrag kan worden afgeleid dat die betaling daadwerkelijk is verricht. Zoals in het vorige paragraaf beschreven, is het feit dat een rechtstreekse betaling vrijgesteld zou zijn, slechts een indicatie dat er geen misbruikintentie

[157] *Kamerstukken II* 2019/20, 35305, 6, p. 29.

[158] HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:21, r.o. 2.6.7.

[159] Het arrest ziet namelijk op de toepassing van artikel 17, derde lid, onderdeel b Wet VPB zoals deze luidde voor 1 januari 2020.

[160] HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*Deense beneficial ownership-zaken*), r.o. 137.

[161] HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*Deense beneficial ownership-zaken*), r.o. 135 en 136. Hoewel het Hof in dit geval een vrijstelling onder een belastingverdrag bespreekt, geldt dit mijns inziens ook in situaties waarin, bijvoorbeeld, geen bronheffing op rente en royalty's wordt geheven.

bestaat. Er zouden immers andere subjectieve omstandigheden kunnen zijn die erop wijzen dat er wel sprake is van misbruik.

3.5 Fraus legis: een misbruikvangnet?

Het Nederlandse fiscale recht beschikt tevens over een in de jurisprudentie ontwikkelde generieke antimisbruikbepaling, namelijk fraus legis.[162] In binnenlandse verhoudingen heeft de Hoge Raad in de *HIR*-arresten bepaald dat het bestaan van antimisbruikbepalingen de toepassing van fraus legis niet in de weg staat.[163] Dit algemene antimisbruikbeginsel kan derhalve, naast de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting, in theorie nog worden gebruikt als een misbruikvangnet.[164] De vraag die zich in dit verband voordoet is of er feitelijk wel sprake is van afzonderlijke antimisbruikbepalingen. Met de implementatie van de eerste EU-belastingontwijkingsrichtlijn (hierna: "ATAD1") moet deze vraag ontkennend worden beantwoord.

De ATAD1 legt de lidstaten een verplichting op om een algemene antimisbruikbepaling te implementeren.[165] De Nederlandse wetgever heeft er voor gekozen om de algemene antimisbruikbepaling uit ATAD1 (hierna: "ATAD1-GAAR") niet op te nemen als wettelijke bepaling, omdat het leerstuk van fraus legis een algemeen rechtskader is waarmee het met de ATAD1-GAAR beoogde doel wordt bereikt.[166] Daarmee committeert de wetgever zich om het leerstuk van fraus legis in lijn met het Europese misbruikbegrip uit te leggen. Ontwikkelingen op het gebied van misbruik van recht op Europees niveau zullen dan ook rechtstreeks van invloed zijn op de uitleg van het leerstuk van fraus legis. Nu zowel de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting als fraus legis EU-conform zullen worden uitgelegd, kan men concluderen dat beide antimisbruikbepalingen *de facto* dezelfde draagwijdte en betekenis hebben.

3.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is stilgestaan bij de derde, vierde en vijfde deelvraag van dit onderzoek.

Wat wordt in de conditionele bronbelasting verstaan onder misbruik?

Misbruik in de conditionele bronbelasting wordt in het wetsvoorstel gedefinieerd als een kunstmatige constructie of transactie, waarvan het hoofddoel of een van de hoofddoelen is gelegen in het ontgaan van belasting bij een ander. De wetgever geeft daarbij aan voor de uitleg van het misbruikbegrip aan te willen sluiten bij de uitleg van het HvJ EU.

De belastingplichtige die voldoet aan de relevante substance-eisen, wordt geacht niet aan de subjectieve en objectieve toets te voldoen. Het is dan aan de inspecteur om aan te tonen dat aan beide toetsen is voldaan. Indien de belastingplichtige niet voldoet aan de substance-eisen, heeft hij de schijn tegen zich, en moet hij aantonen dat niet aan de subjectieve of objectieve toets is voldaan. Aan de subjectieve toets is voldaan indien de hoofddoel of een van de hoofddoelen van de constructie of transactie is gelegen in het ontgaan van bronbelasting bij een ander. Deze subjectieve toets wordt aangelegd met behulp van de wegdenkgedachte. Daarbij wordt de situatie waarin de rechtsverhouding uit hoofde waarvan de rente of royalty's zijn verschuldigd, is aangegaan via een tussenschakel, vergeleken met de situatie waarin de rechtsverhouding rechtstreeks

[162] HR 26 mei 1926, ECLI:NL:HR:1926:78.
[163] HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1186, *BNB* 2014/171-178 (*HIR-arresten*).
[164] *Kamerstukken II* 2017/2018, 34788, 6, onderdeel 5.
[165] Artikel 6 ATAD1.
[166] *Kamerstukken II* 2018/19, 35030, 3, onderdeel 2.3.

is aangegaan. Indien de hypothetische situatie zonder tussenschakel leidt tot een hogere belastingdruk, is voldaan aan de subjectieve toets.

Voor de vraag of er sprake is van een kunstmatige constructie of transactie, is het van belang of er aan de constructie of transactie geldige zakelijke motieven ten grondslag liggen die de economische realiteit weerspiegelen. De substance-eisen die voor de objectieve toets van belang zijn, vormen een indicatie voor de inspecteur om de kunstmatigheid van de constructie of transactie vast te stellen. Naast deze gecodificeerde substance-eisen hecht de wetgever tevens waarde aan de gezichtspunten die in de Deense beneficial ownership-zaken zijn gegeven, zoals de verstreken tijd tussen het ontvangen en doorbetalen van de rente of royalty's door de tussenschakel. De wetgever verdedigt de stelling dat de huidige substance-eisen in hoofdlijnen in overeenstemming zijn met de Europese jurisprudentie omtrent misbruik.

Valt de conditionele bronbelasting onder het toepassingsbereik van het primaire c.q. secundaire EU-recht?
Het feit dat de Nederlandse wetgever zich heeft gecommitteerd aan een EU-conforme uitleg van de antimisbruikbepaling, is op zichzelf een voldoende indicatie dat zij onder de reikwijdte van het Unierecht valt. De conditionele bronbelasting valt daarmee echter niet onder de reikwijdte van het secundair Unierecht. De conditionele bronbelasting is in feite een verlengstuk van de afwezigheid van een bronheffing op rente en royalty's. Deze afwezigheid van een bronbelasting vloeit niet voort uit de Interest- en royaltyrichtlijn. Zij bestond immers reeds op het moment dat de Interest- en royaltyrichtlijn werd geïntroduceerd. Dit op zichzelf staande feit leidt echter niet automatisch tot de conclusie dat er geen sprake is van een Unierechtelijke voordeel. Indien de implementatie van de Interest- en royaltyrichtlijn een ruimere werking in de nationale wetgeving teweeg heeft gebracht, kan men namelijk wel spreken van een Unierechtelijke voordeel. De Interest- en royaltyrichtlijn heeft echter in het geheel geen invloed gehad op de afwezigheid van een bronbelasting op rente en royalty's. Indien men de afwezigheid van een bronbelasting op rente en royalty's analoog aan de toetsing onderwerpt die in de literatuur wordt beschreven, moet worden geconcludeerd dat er geen sprake is van een richtlijnvoordeel dat voortvloeit uit de Interest- en royaltyrichtlijn. Het voorgaande leidt eveneens tot de conclusie dat de conditionele bronbelasting niet is gebonden aan de bepalingen uit de Interest- en royaltyrichtlijn, zoals de uiteindelijkgerechtigde-eis.

Is de Nederlandse antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting in lijn met het Unierechtelijke misbruikbegrip?
De thans geldende relevante substance-eisen komen in grote lijnen overeen met de indices die het HvJ EU in de Deense beneficial-ownership zaken heeft geschetst. In die zijn de substance-eisen dus een juiste weerspiegeling van de feiten en omstandigheden die tot misbruik kunnen leiden.

Het bewijsvermoeden in de objectieve toets is echter onverenigbaar met het Unierecht, omdat zij een algemeen bewijsvermoeden van misbruik vormt. Volgens de rechtspraak van het HvJ EU ligt de bewijslast primair bij de inspecteur om aan te tonen dat beide bestanddelen van misbruik zijn verenigd. Daarbij moeten alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking worden genomen, hetgeen in de objectieve toets niet het geval is. Het enkele feit dat aan een van de substance-eisen niet wordt voldaan, kan ertoe leiden dat de belastingplichtige wordt bezwaard met de bewijslast, terwijl uit andere omstandigheden kan blijken dat er sprake is van daadwerkelijke economische activiteiten. Daarnaast is, naar mijn mening, een enkele substance-eis te weinig indicatie voor de misbruikintentie van de belastingplichtige.

Ook de subjectieve toets lijkt niet te voldoen aan de Unierechtelijke normen van misbruikbestrijding. Het is onduidelijk of in de subjectieve toets een andere mogelijkheid bestaat om tegenbewijs te leveren dan de wegdenkgedachte, al lijkt dat niet het geval te zijn. Hoewel het nog niet duidelijk is of de uitspraak van de Hoge Raad onverkort van toepassing is op de conditionele bronbelasting, lijkt deze het vermoeden dat een andere tegenbewijsmogelijkheid in de subjectieve toets niet mogelijk is, te bevestigen. Dat werkt in situaties waarin de vennootschap in de LBJ niet de uiteindelijk gerechtigde is disproportioneel uit. Het is gezien de uitspraak in de Deense beneficial ownership-zaken echter verdedigbaar dat met een eventuele doorbetaling rekening gehouden moet worden in de objectieve toets. Volgens het HvJ EU is het namelijk een indicatie dat geen sprake is van misbruik, als een rechtstreekse betaling aan de uiteindelijk gerechtigde zou zijn vrijgesteld.

Tegelijkertijd lijkt er in de subjectieve toets een safe harbour te bestaan, hetgeen niet in lijn is met het Unierecht. Er is volgens de wet geen sprake van misbruik, indien niet aan de subjectieve toets wordt voldaan. Andere relevante omstandigheden die wel kunnen wijzen op misbruik, worden niet meegenomen in die beoordeling. Het HvJ EU overweegt echter dat de situatie waarin een rechtstreekse betaling zou zijn vrijgesteld, niet relevant is voor de vaststelling van misbruik. Een vrijstelling betekent immers niet dat er geen sprake kan zijn van misbruik.

4 Verdragsmisbruik

4.1 Inleiding

Indien misbruik op grond van de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting wordt vastgesteld, speelt de vraag of (met vrucht) een beroep gedaan kan worden op de verdragsvoordelen in bilaterale belastingverdragen. Nationale bepalingen, zoals de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting, kunnen namelijk geen belemmering vormen voor verdragstoepassing. Met de komst van het multilateraal instrument (MLI), waarin onder meer de PPT als minimumstandaard wordt geïmplementeerd in belastingverdragen, verwacht de staatssecretaris dat dit slechts een theoretische discussie betreft. Men kan zich echter afvragen of verdragsvoordelen niet ook al zonder de PPT zouden moeten worden geweigerd. Er zou namelijk sprake kunnen zijn van conflicterende verplichtingen tussen het Unierecht en bilaterale belastingverdragen. Dit vraagstuk komt aan bod in paragraaf 4.2. In belastingverdragen met andere EU-lidstaten, moet de PPT mogelijk in lijn met het Unierecht worden uitgelegd. De vraag is dan hoe de PPT zich verhoudt tot het Unierechtelijke misbruikbegrip. In paragraaf 4.3 wordt daarom eerst stilgestaan bij de achtergrond van de PPT en het misbruikbegrip dat daarin wordt beschreven. Net als in het derde hoofdstuk, wordt in dit hoofdstuk de misbruikbepaling getoetst aan het Unierechtelijke misbruikbegrip. Deze toetsing vindt plaats in paragraaf 4.4. Ook dit hoofdstuk zal worden afgesloten met een deelconclusie in paragraaf 4.5.

4.2 Conflicterende verplichtingen

In hoofdstuk 2 is aan bod gekomen dat er een Unierechtelijke plicht bestaat om voordelen te weigeren in geval van misbruik. Deze verplichting zou haaks kunnen staan op de uit belastingverdragen voortvloeiende verplichting van Nederland om, onder voorwaarden, verdragsvoordelen toe te kennen. Deze mogelijk conflicterende verplichtingen geven aanleiding voor een nadere analyse over de verhouding tussen Unierechtelijke en verdragsrechtelijke verplichtingen.

4.2.1 Voorrang van het Unierecht in conflictsituaties

Op de eerste plaats dient opgemerkt te worden dat het Unierecht voorrang heeft boven het nationaal recht.[167] Dat geldt voor zowel het primaire als het secundaire Unierecht.[168] Zoals besproken in paragraaf 2.1, blijkt de voorrang van het Unierecht ten opzichte van belastingverdragen ook expliciet uit de jurisprudentie van het HvJ EU.[169] Deze voorrang lijkt een basis te hebben in het Unierechtelijke beginsel van loyale samenwerking.[170] Lidstaten zijn volgens dit beginsel verplicht om de volle werking van het Unierecht te verzekeren en belastingverdragen conform het Unierecht uit te leggen.[171] Ook het effectiviteitsbeginsel dat ervoor zorgt dat de uitoefening van de door de EU-rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk worden gemaakt, onderschrijft deze voorrang. Dergelijke beginselen hebben dus tot gevolg dat belastingverdragen in lijn met het Unierecht moeten worden uitgelegd om een '*effet utile*', ofwel doeltreffendheid, aan het Unierecht te geven.[172] Mocht er een conflict bestaan tussen een verplichting die voortvloeit uit het Unierecht en een

[167] HvJ EG 15 juli 1965, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*).

[168] R.A. Bosman & F.P.G. Pötgens, 'De toekomst van artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 als antimisbruikbepaling', in: A.JA. Stevens & J.L. van de Streek, *De toekomst van de vennootschapsbelasting: Lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Kluwer 2019; D.M. Weber, 'The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law', *Erasmus Law Review* vol. 10, no. 1, 2017.

[169] HvJ EG 18 juni 1998, C-36/96, ECLI:EU:C:1998:303 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 15 februari 1984, C-278/82, ECLI:EU:C:1984:59 (*Rewe en Hauptzollamter*) r.o. 29.

[170] Artikel 4, derde lid, VEU. Dit beginsel wordt ook wel het beginsel van 'Unietrouw' of 'gemeenschapstrouw' genoemd.

[171] R.A. Bosman & F.P.G. Pötgens, 'De toekomst van artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 als antimisbruikbepaling', in: A.JA. Stevens & J.L. van de Streek, *De toekomst van de vennootschapsbelasting: Lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Kluwer 2019.

[172] S.R. Pancham, 'Antwoorden Kamervragen arresten van het HvJ over doorstroomvennootschappen', *NTFR* 2019/1913.

verplichting uit een bilateraal belastingverdrag, dan zou Nederland derhalve de verplichting uit het bilaterale belastingverdrag buiten toepassing moeten laten.

4.2.2 Het ontzeggen van verdragsvoordelen aan de (Unie)rechtsmisbruiker

De staatssecretaris heeft bij de beantwoording van de Kamervragen over de gevolgen van de Deense beneficial ownership-zaken, impliciet bevestigd dat ook in geval van misbruik (volgens het HvJ EU) een beroep op verdragsvoordelen openstaat.[173] De strekking van de argumentatie van de staatssecretaris is dat verdragsvoordelen geen Unierechtelijke voordelen zijn en derhalve niet geweigerd hoeven te worden. Anders geformuleerd: de plicht van lidstaten om voordelen uit het Unierecht te weigeren, brengt niet zonder meer een heffingsverplichting voor de lidstaten mee.[174] Hieruit kan de conclusie worden getrokken dat de staatssecretaris geen conflicterende verplichtingen ziet. In de eerder aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de buitenlands aanmerkelijkbelangregeling, staat de inspecteur een vennootschapsbelastingtarief van 2,5% toe, na toepassing van het belastingverdrag met Luxemburg.[175] Hoewel het geen vraag was waar de Hoge Raad zich over moest buigen, illustreert dit arrest eveneens dat de Nederlandse wetgever geen conflicterende verplichting ziet.

Ondanks het feit dat het Unierecht niet uit zichzelf verplichtingen aan belastingplichtigen kan opleggen, zijn de lidstaten er wel aan gehouden om het nationale recht in het licht van doel en strekking van het Unierecht uit te leggen.[176] In wezen betekent dit dat om de volle werking van het Unierecht te verzekeren, het van toepassing zijnde belastingverdrag geen voordelen kan toekennen in situaties waarin er sprake is van een Unierechtelijke misbruiksituatie. Als verdragsvoordelen in een dergelijk geval wel toegekend worden, kunnen lidstaten in feite om de Unierechtelijke plicht tot misbruikbestrijding heen. De vraag of dit wenselijk is daargelaten, kan men zich afvragen of de staatssecretaris niet voorbij gaat aan de voorgenoemde beginselen die ten grondslag liggen aan het Unierecht.[177] Wat dit onderzoek betreft, is dat wel het geval. Het voorgaande leidt er in principe toe dat men niet meer aan de PPT toekomt, aangezien de verdragsvoordelen reeds zijn geweigerd. Desondanks blijkt uit de praktijk, bijvoorbeeld in het reeds aangehaalde arrest van de Hoge Raad, dat de verdragsvoordelen toch worden toegekend. Naar verwachting liggen daar politiek-economische redenen aan ten grondslag, die in dit onderzoek verder niet worden behandeld. Derhalve zal in het hiernavolgende wel worden stilgestaan bij de Unierechtelijke aspecten van de PPT.

4.3 Het verdragsrechtelijke misbruikbegrip

4.3.1 Het multilateraal instrument

In het kader van het bestrijden van agressieve *tax planning* heeft de Committee on Fiscal Affairs van de OESO het zogenaamde BEPS-actieplan ontwikkeld, waarin 15 ‘actiepunten’ worden genoemd om grondslaguitholling en winstverschuiving te voorkomen.[178] Een van de actiepunten van het BEPS-project is het ontwikkelen van een zogenaamd

[173] *Aanhangsel Handelingen II* 2018/19, 3070, p. 8; Overigens lijkt de inspecteur ook in misbruiksituaties het belastingverdrag toe te passen, zie HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:21, r.o. 2.1.11.
[174] H. Lohuis, ‘Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015’, *NTFR* 2015/2510.
[175] HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:21.
[176] Artikel 4, derde lid VEU; Zie in dit verband ook HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*Deense beneficial ownership-zaken*), r.o. 114 en 115.
[177] S.R. Pancham, ‘Antwoorden Kamervragen arresten van het HvJ over doorstroomvennootschappen’, *NTFR* 2019/1913.
[178] OESO, *Explanatory statement to the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting (OECD/G20 BEPS Project)*, Parijs: OECD Publishing 2015.

Multilateraal Instrument (MLI). Het MLI beoogt bestaande bilaterale belastingverdragen op een efficiënte manier aan te passen aan de nieuwe verdrags-gerelateerde OESO-standaarden om belastingontwijking te voorkomen. Voor aanpassingen van bilaterale belastingverdragen aan de BEPS-actiepunten, is het vereist dat beide verdragspartners deelnemen aan het MLI en aangeven welke aanpassing zij via het MLI wensen.[179] Het belastingverdrag wordt aangepast op de punten waarop de gezamenlijke verdragspartners hebben ingestemd. Het MLI verschaft daarin enige mate van flexibiliteit: verdragsstaten genieten de keuzevrijheid om een artikel in het geheel niet toe te passen of te dien aanzien een voorbehoud te maken. Ten aanzien van sommige bepalingen is de MLI dwingender van aard. Dit zijn de zogenoemde minimumstandaarden. Deze maatregelen worden geacht minimaal nodig te zijn voor een effectieve bestrijding van belastingontwijking.[180] Staten kunnen derhalve geen uitzondering maken op deze bepalingen. Nederland heeft het MLI op 7 juni 2017 getekend en daarmee is het per 1 januari 2019 al voor bepaalde belastingverdragen in werking getreden.[181]

BEPS-actiepunt 6 lijkt voor dit onderzoek met name relevant, dat beoogt namelijk het voorkomen van verdragsmisbruik. Dit actiepunt bestaat uit twee maatregelen, welke beide als minimumstandaard moeten worden geïmplementeerd in de bilaterale belastingverdragen. Het eerste onderdeel van dit actiepunt bestaat uit de wijziging van de preambule, om duidelijk te maken dat bilaterale belastingverdragen dienen ter voorkoming van dubbele belasting, zonder mogelijkheden tot dubbele niet-heffing of belastingontwijking.[182] Met een dergelijke wijziging in de preambule wordt nogmaals bevestigd dat *treaty-shopping*-structuren, welke uitdrukkelijk in de preambule worden genoemd, niet van de voordelen uit het verdrag mogen genieten. Doel en strekking van bilaterale belastingverdragen strekt derhalve niet hoofdzakelijk tot voorkoming van dubbele belasting, maar strekt eveneens tot het voorkomen van belastingontwijking. Hoewel een dergelijk preambule al onderdeel is van het Nederlands verdragsbeleid[183], maakt Nederland geen voorbehoud voor verdragen die een dergelijke preambule bevatten. Het tweede onderdeel van BEPS-actiepunt 6 wordt in het hiernavolgende paragraaf 4.3.2 behandeld.

4.3.2 De Principal Purpose Test

Naast het voorgenoemde wijziging in van de preambule, bestaat actiepunt 6 uit de implementatie van een algemene antimisbruikbepaling in de belastingverdragen. Deelnemende landen hebben afspraken gemaakt over minimumstandaarden in de bestrijding van verdragsmisbruik. Drie varianten van misbruikbestrijding voldoen aan de minimumstandaarden: de PPT, een combinatie van de 'versimpelde' limitation-on-benefitsbepaling (hierna: "LOB") met de PPT, en de 'gedetailleerde' LOB in combinatie met een anti-doorstroombepaling.[184] Nederland heeft gekozen voor de implementatie van de PPT, omdat deze bepaling op zichzelf voldoet aan de minimumstandaarden en zo tevens *overkill* en *underkill* worden voorkomen. Ook de open norm wordt geprezen door de staatssecretaris, omdat met een open norm alle vormen van misbruik kunnen worden tegengegaan.[185] Overigens heeft Nederland met zijn keus voor de PPT invulling gegeven aan het advies van de Europese Commissie om in belastingverdragen een algemene antimisbruikbepaling op te nemen.[186] Om de

[179] *Kamerstukken II* 2016/17, 25087, 135, par. 2.1.
[180] OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report (OECD/G20 BEPS Project)*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 14.
[181] 'Multilateraal Instrument (MLI) en Nederlandse belastingverdragen', *Rijksoverheid* 17 februari 2020, Rijksoverheid.nl; Het MLI is echter op zijn vroegst van toepassing op belastbare feiten (dividendbelasting) of boekjaren (vennootschapsbelasting) vanaf 1 januari 2020.
[182] Artikel 6 MLI.
[183] *Kamerstukken II* 2016/17, 25087, 135, par. 2.2.3.
[184] OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, *Action 6 - 2015 Final Report (OECD/G20 BEPS Project)*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 9.
[185] Redactie Vakstudie Nieuws, 'Reactie staatssecretaris van Financiën op 'Final Reports' van BEPS-actiepunten', *V-N* 2015/56.4.
[186] Redactie Vakstudie Nieuws, 'Aanbeveling Europese Commissie over implementatie maatregelen tegen misbruik belastingverdragen', *V-N* 2016/12.7.

PPT in overeenstemming te brengen met het Unierechtelijke misbruikbegrip, heeft de Europese Commissie de lidstaten echter aanbevolen om een gewijzigde vorm van de PPT op te nemen. Dat kan volgens de Europese Commissie door de zinsnede "tenzij wordt aangetoond dat hierin een reële economische activiteit besloten ligt" aan de PPT toe te voegen.[187]

De PPT wordt zo geformuleerd dat een verdragsvoordeel niet kan worden toegekend, indien een van de voornaamste doelen van een structuur of transactie het behalen van dat verdragsvoordeel is (motiefvereiste). Het voordeel wordt echter toch toegekend, indien het toekennen van dat voordeel in overeenstemming is met doel en strekking van de betreffende bepaling (normvereiste). Onder het begrip 'voordeel' wordt verstaan alle heffingsbeperkingen van verdragsstaten onder artikel 6 tot en met artikel 22, de voorkoming van dubbele belasting onder artikel 23, de non-discriminatiebepaling onder artikel 24 en andere vergelijkbare bepalingen.[188]

4.3.2.1 Het motiefvereiste: een van de voornaamste doelen

Uit de tekst van de verdragsbepaling blijkt dat aan het motiefvereiste is voldaan indien, rekening houdend met alle feiten en omstandigheden, redelijkerwijs kan worden geconcludeerd dat het verkrijgen van dat voordeel een van de voornaamste doelen was van een constructie of transactie die direct of indirect tot dat voordeel heeft geleid.[189] Deze toets kan men onderscheiden in twee delen: de 'redelijkheidstoets' en de 'voornaamste-doel-toets'.

De redelijkheidstoets houdt in dat er een redelijk vermoeden moet bestaan dat het verkrijgen van verdragsvoordelen het oogmerk van de constructie of transactie is. Sluitend bewijs is dus niet vereist. Dat redelijke vermoeden dient te zijn ontstaan uit een objectieve analyse van alle feiten en omstandigheden en de bedoelingen van alle partijen die betrokken zijn bij de constructie of transactie.[190] Zo beoogt de redelijkheidstoets deze subjectieve toets te objectiveren.[191] Voorts mogen belastingautoriteiten niet te snel aannemen dat het verkrijgen van verdragsvoordelen een van de voornaamste doelen van de belastingplichtige is, zo blijkt uit het OESO-commentaar.[192] Er kunnen geen conclusies over de intentie van de belastingplichtige worden getrokken door slechts de uitkomst van de transactie of constructie te analyseren. Hiermee wordt enigszins een poging gedaan om de belastingautoriteiten te beteugelen.[193]

Het motiefvereiste kent verder nog de 'voornaamste-doel-toets'. Daar is aan voldaan als een van de voornaamste motieven voor de transactie of constructie het verkrijgen van een verdragsvoordeel is. Uit de zinsnede 'een van de voornaamste doelen' blijkt dat het om een vrij lichte toets gaat.[194] Indien de belastingplichtige tevens andere dan fiscale motieven heeft voor de constructie of transactie, dan kan een beroep op de PPT evenwel slagen. Niet-fiscale motieven bieden op zichzelf

[187] Aanbeveling van de Commissie van 28 januari 2016 over de implementatie van maatregelen om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan, C(2016) 271 Final.
[188] OESO, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017 (OECD/G20 BEPS Project)*, Parijs: OECD Publishing 2015, par. 175.
[189] Artikel 29 OESO-Modelverdrag.
[190] OESO, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017 (OECD/G20 BEPS Project)*, Parijs: OECD Publishing 2015, par. 178.
[191] D.M. Weber, 'The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law', *Erasmus Law Review* Vol. 10, no. 1, 2017.
[192] OESO, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017 (OECD/G20 BEPS Project)*, Parijs: OECD Publishing 2015, par. 178.
[193] R.A. Bosman, 'Bestrijding van verdragsmisbruik in de 2017-update van het OESO-Modelverdrag', *MBB* 2018/6-09.
[194] Q.W.J.H.C. Kok, 'Enkele aspecten van de 'principle purpose test'', *WFR* 2015/184. Zie ook HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadburry Schweppes*) en HvJ EG 22 mei 2008, C-162/07, ECLI:E:C:2008:301 (*Ampliscientifica*).

dus geen 'escape'.[195] In het OESO-commentaar wordt een voorbeeld geschetst waarin een belastingplichtige het voornemen heeft om onroerend goed te verkopen en zich daarvoor vestigt in een verdragsland. Indien de belastingplichtige twee gelijke motieven heeft voor deze vestiging, enerzijds het verkrijgen van een verdragsvoordeel en anderzijds het herinvesteren van zijn opbrengsten, kunnen de verdragsvoordelen niettemin aan hem worden ontzegd.[196] Het voornaamste doel van de transactie of constructie is in ieder geval niet het verkrijgen van verdragsvoordelen, indien de constructie onlosmakelijk met een commerciële activiteit is verbonden.

4.3.2.2 Het normvereiste: doel en strekking

Indien aan de oogmerktoets is voldaan, is in beginsel voldaan aan de PPT en mogen de verdragsvoordelen worden geweigerd. De belastingplichtige heeft echter nog de mogelijkheid om aannemelijk te maken dat het verkrijgen van verdragsvoordelen in overeenstemming is met doel en strekking van de relevante verdragsbepalingen. Voor een uitleg van doel en strekking van relevante verdragsbepalingen moeten deze tevens in de context van de rest van het verdrag, preambule incluis, worden geplaatst.[197] Het OESO-commentaar blijft echter kort op dit punt en geeft geen uitgebreide uitleg over de inhoud van de toets.[198]

4.4 De PPT in relatie tot het Unierecht

Er is in dit onderzoek reeds geconcludeerd dat het Unierecht een EU-conforme uitleg van de PPT in intra-EU-situaties verplicht.[199] Tot dusver wordt het Unierecht niet in acht genomen in de door de OESO gepubliceerde documenten, terwijl het van grote invloed kan zijn op de effectiviteit van de getroffen maatregelen.[200] Dat geeft aanleiding tot een nadere analyse van de PPT in het licht van het Unierechtelijke misbruikbegrip. Mochten er afwijkingen zijn tussen de verschillende misbruikbegrippen, dan bestaat er overigens voldoende ruimte om de PPT in overeenstemming met het Unierecht uit te leggen, bijvoorbeeld via artikel 31 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna: "Wvv").[201] Volgens dit artikel is onder andere "iedere ter zake dienende regel van het volkerenrecht die op de betrekkingen tussen partijen kan worden toegepast" relevant voor de uitleg van verdragen.[202] Hoewel niet iedereen het eens is met de kwalificatie van het Unierecht als 'regel van het volkerenrecht', lijkt dat wel de heersende opvatting te zijn. Verder blijkt uit de woorden 'tussen partijen kan worden toegepast', dat de interpretatie volgens het Unierecht slechts kan worden toegepast in EU-verhoudingen. Een Unierechtelijke interpretatie van verdragen volgens artikel 31 Wvv kan derhalve niet worden toegepast in relatie tot derde landen. Daar het Unierechtelijke misbruikconcept vooral door het HvJ EU is vormgegeven, lijkt deze interpretatie van het

[195] R.A. Bosman, 'Bestrijding van verdragsmisbruik in de 2017-update van het OESO-Modelverdrag', *MBB* 2018/6-09.

[196] 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; Een voorbeeld van gelijke strekking wordt gegeven in B. Kuzniacki, 'Constitutional Issues Arising from the Principal Purpose Test: The Lesson from Poland, *Studia Iuridica Lublinensia* Vol. XXVII.

[197] OESO, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017 (OECD/G20 BEPS Project)*, Parijs: OECD Publishing 2015, par. 173.

[198] Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat een situatie waarin de nationale wetgeving afziet van heffing om, bijvoorbeeld, export te stimuleren, niet noodzakelijk als treaty-shopping en dus als strijdig met het doel en strekking van het belastingverdrag hoeft te worden beschouwd. Zo heeft de Indiase Hoge Raad, in Supreme Court 7 oktober 2003, Case 8161-8162, Union of India v. Azadi Bachao Andolan, *treaty-shopping*-structuren via Mauritius toegestaan om export te stimuleren. Hetzelfde geldt voor het Maquiladora-regime in Mexico, waarbij, onder omstandigheden, een vrijstelling wordt verleend aan vaste inrichtingen. Ik verwijs hiervoor naar het verslag van de Ronderafelbijeenkomst van 5 maart 2020, zie A.L. Kennedy, 'Een Exploratief Onderzoek naar de Toepassing van de PPT', *WFR* 2020/117.

[199] HvJ EG 21 september 1999, C-307/97, ECLI:EU:C:1999:439 (*Saint-Gobain*); HvJ EG 28 februari 2008, C-293/06, ECLI:EU:C:2008:129 (*Deutsche Shell*).

[200] E.C.C.M. Kemmeren, 'Where is EU law in the OECD BEPS discussion?', *EC Tax Review* 23(4), p. 190.

[201] F. Avella, 'Using EU Law To Interpret Undefined Tax Treaty Terms: Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Article 3(2) of the OECD Model Convention, *World Tax Journal*, IBFD juni 2012.

[202] Artikel 31, derde lid, onderdeel c Wvv.

Unierecht van belang te zijn voor de uitleg van belastingverdragen. Deze opvatting wordt ondersteund door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.[203] Het voorgaande leidt ertoe dat, in voorkomende gevallen, de PPT niet buiten toepassing gelaten hoeft te worden als het volgens het Unierechtelijke misbruikbegrip wordt uitgelegd. Vanuit rechtszekerheidsperspectief is een EU-conforme uitleg van belastingverdragen wenselijk. De belastingplichtige kan er dan vanuit gaan dat een en hetzelfde misbruikbegrip wordt gehanteerd in transacties naar andere EU-lidstaten.

4.4.1 Het motiefvereiste in relatie tot het Unierecht

4.4.1.1 De 'redelijkheidstoets'

Vanuit het oogpunt van het rechtszekerheidsbeginsel, dat deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde, is over de redelijkheidstoets het een en ander op te merken.[204] In het kader van rechtszekerheid heeft het HvJ EU bepaald dat regels, vooral als die nadelige gevolgen kunnen hebben voor particulieren en ondernemingen, voldoende helder, precies en voorspelbaar moeten zijn.[205] Het feit dat er geen sluitend bewijs voor verdragsmisbruik hoeft te zijn maar dat daarvoor slechts een redelijk vermoeden hoeft te bestaan, is daarmee in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, zo stelt Kemmeren.[206] Daarbij wordt een verwijzing gemaakt naar het arrest *Itelcar* van het HvJ EU, waarin het Hof oordeelde dat de Portugese renteaftrekbeperking in strijd was met het rechtszekerheidsbeginsel en daardoor als disproportioneel kan worden beschouwd. Ook elders in de literatuur wordt het standpunt inzake de strijdigheid met het rechtszekerheidsbeginsel verdedigd.[207] Naar mijn mening is dit een terechte constatering van de auteurs. Wanneer er precies sprake is van een redelijk vermoeden, is namelijk niet duidelijk en lijkt daarnaast afhankelijk te zijn van de redelijkheid van de betreffende belastingautoriteiten.

Weber concludeert dat de PPT niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. Immers, zo stelt hij, sluit het HvJ EU in de arresten *SIAT*, *Itelcar* en *Commissie/Griekenland* consistent aan bij de kwalificatie van lidstaten of een specifieke bepaling in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel.[208] In de onderhavige zaken toetste het HvJ EU of de reikwijdte van de onderliggende bepaling voldoende precies vast te stellen was. Daarbij sloten lidstaten zich aan bij het standpunt dat de bepaling niet – of in het geval van *Itelcar* wel – in lijn was met het rechtszekerheidsbeginsel. Dit standpunt werd in de betreffende zaken door het HvJ EU als uitgangspunt genomen. Volgens Weber kunnen deze arresten dan ook niet van toepassing zijn op de PPT. Daarnaast was het rechtszekerheidsbeginsel in deze arresten van subsidiair belang. Het diende als extra argument voor strijdigheid met het Unierecht. Het Unierecht was van toepassing, ofwel door de toepassing van een richtlijn, ofwel door de Europese verdragsvrijheden. De PPT levert, volgens Weber, op zichzelf geen strijdigheid met het Unierecht op, waardoor men dus niet aan de vraag zal toekomen of de redelijkheidstoets in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel.

[203] EHRM 12 november 2008, 34503/97, ECLI:CE:ECHR:2008:1112JUD003450397 (*Demir en Baykara/Turkije*), r.o. 85.
[204] HvJ EG 21 september 1983, C-205/82, ECLI:EU:C:1983:233 (*Deutsche Milchkontor GmbH*).
[205] HvJ EU 3 oktober 2013, C-282/12, ECLI:EU:C:2013:629 (*Itelcar*), r.o. 44; HvJ EU 5 juli 2012, C-318/4255, ECLI:EU:C:2012:415 (*SIAT*), r.o. 58-59.
[206] E.C.C.M. Kemmeren, 'Where is EU law in the OECD BEPS discussion?', *EC Tax Review* 23(4), p. 190-193. Zie ook H.J.I. Panayi, 'The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law', *Bulletin for International Taxation* Vol. 70.
[207] R.C. Cunha, 'BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule', *Global Taxation 2* Vol. 1.
[208] D.M. Weber, 'The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law', *Erasmus Law Review* Vol. 10, no. 1; Ook andere auteurs nuanceren deze strijdigheid met het rechtszekerheidsbeginsel, zie P. Baker, 'The BEPS Action Plan in light of the EU Law: Treaty Abuse', *British Tax Review* Vol. 3.

Om in te gaan op het tweede punt van Weber: de constatering vanuit de literatuur dat de redelijkheidstoets een mogelijke strijdigheid met het rechtszekerheidsbeginsel meebrengt, is mijns inziens een wetenschappelijke. De effectuering van het rechtszekerheidsbeginsel is praktischer van aard en moet dan ook los van die discussie worden gezien. Verder ben ik het met Weber eens dat er in de onderhavige arresten steeds sprake was van een interpretatie die lidstaten aan een specifieke bepaling geven. De daaraan verbonden conclusie dat de PPT geen strijdigheid met het rechtszekerheidsbeginsel kan meebrengen is echter voorbarig. Al zou het zo zijn dat het rechtszekerheidsbeginsel afhankelijk is van de interpretatie van lidstaten, wat overigens niet expliciet uit die arresten blijkt, dan kunnen lidstaten zich in aandienende gevallen nog uitspreken over de reikwijdte van de redelijkheidstoets in het toepasselijke belastingverdrag. Verdragsstaten zullen voor de interpretatie van de PPT overigens aansluiten bij het OESO-commentaar, dat ook niet geheel duidelijk is over de reikwijdte.[209]

Daarbij kan men zich afvragen of het Unierechtelijke misbruikbegrip zelf wel voldoende rechtszekerheid biedt. Een GAAR, zoals het Unierechtelijk misbruikbegrip, brengt door zijn algemeenheid en brede toepassingsbereik namelijk altijd (een mate van) onzekerheid met zich mee. Niet voor niets wordt in de literatuur gewezen op de noodzakelijke compromissen die zich voordoen tussen het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.[210] In hoeverre het Unierechtelijk misbruikbegrip aan het rechtszekerheidsbeginsel voldoet, heeft door de omvang van die vraag echter geen plaats in dit onderzoek.

4.4.1.2 De 'voornaamste-doel-toets'

Hoewel in de literatuur meermaals is gewezen op de brede(re) reikwijdte van de voornaamste-doel-toets ten opzichte van de subjectieve toets in het Unierecht, lijkt deze stelling inmiddels achterhaald.[211] Waar de jurisprudentie van het HvJ EU vanaf *Emsland-Stärke* en *Halifax* categorisch sprak van een 'wezenlijke doel' of 'hoofddoel', spreekt zij in de Deense beneficial ownership-zaken van een 'voornaamste doel'. De strekking van dit kritiekpunt in de literatuur was dat de PPT, anders dan in het Unierecht, geen doorslaggevende motief vereiste. Na de Deense beneficial ownership-zaken werd echter geconstateerd dat ook in het Unierecht geen doorslaggevend motief vereist is, nu het HvJ EU een ruimere toets leek te hanteren. Naar mijn mening zou dan ook geconcludeerd moeten worden dat de voornaamste-doel-toets in lijn is met het Unierechtelijke misbruikbegrip.

4.4.2 Het normvereiste in relatie tot het Unierecht

Het curieuze aan het normvereiste is dat het presumeert dat niet in overeenstemming met doel en strekking van de relevante verdragsbepaling wordt gehandeld, indien aan de eerste toets wordt voldaan.[212] Daarmee wordt de bewijslast van het normvereiste verschoven naar de belastingplichtige, terwijl deze in eerste instantie bij de inspecteur ligt.[213] Deze verdeling

[209] R.J. Danon, 'Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups', *Bulletin for International Taxation* Vol. 72 no. 1.

[210] A. Saydé, *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 167.

[211] E.C.C.M. Kemmeren, 'Where is EU law in the OECD BEPS discussion?', *EC Tax Review* 23(4), p. 190-193; B. Kuzniacki, 'Constitutional Issues Arising from the Principal Purpose Test: The Lesson from Poland, *Studia Iuridica Lublinensia* Vol. XXVII; Q.W.J.H.C. Kok, 'Enkele aspecten van de 'principle purpose test'', *WFR* 2015/184.

[212] H.J.I. Panayi, 'The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law', *Bulletin for International Taxation* Vol. 70; A.P. Dourado, 'Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6', *Intertax* Vol. 43.

[213] HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16, ECI:EU:C:2017:177 (*Euro Park Service*); M. Muller, 'Maatregel tegen verdragsmisbruik en Europees recht geen goede combi', *TaxLive* 17 mei 2019, Taxlive.nl; V. Chand, 'The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis', *Intertax* Vol 46.

van bewijslast lijkt onevenwichtig nu de inspecteur kan volstaan met een redelijk vermoeden van verdragsmisbruik. Deze onevenwichtigheid wordt ook geconstateerd door Lang.[214] Het is dan de vraag of het normvereiste in de PPT een algemeen misbruikvermoeden oproept, hetgeen verder gaat dan ter voorkoming van fraude of misbruik noodzakelijk is.

In de literatuur wordt op de eerste plaats betoogd dat een dergelijke presumptie niet terug te vinden is in de GAAR uit de Moeder-dochterrichtlijn. Voorts wordt gesteld dat een dergelijke verdeling van bewijslast mogelijk in strijd is met de proportionaliteitseis die voortvloeit uit de fundamentele verdragsvrijheden.[215] Ook elders wordt deze strijdigheid met het Unierecht onderschreven, onder verwijzing naar de arresten *Eqiom* en *Euro Park Service*.[216]

Een tegenargument komt uit de hoek van Kuzniacki, die beargumenteert dat de bewijslast bij zowel de inspecteur als de belastingplichtige ligt. De inspecteur moet namelijk eerder aannemelijk maken dat aan de eerste toets is voldaan, waarna de belastingplichtige de gelegenheid krijgt om tegenbewijs te leveren. Pas nadat aan de eerste toets is voldaan, is het aan de belastingplichtige om te bewijzen dat in overeenstemming met doel en strekking van de relevante verdragsbepaling wordt gehandeld. Indien niet aan de eerste toets is voldaan, zo stelt Kuzniacki, dan is er ook geen reden voor de inspecteur om de PPT toe te passen en voor de belastingplichtige om zich te verdedigen.[217] Dat de bewijslast daarom in strijd is met het Unierecht, zou derhalve geen juridische basis hebben. Hij merkt echter wel op dat het herformuleren van de PPT, waardoor de bewijslast voor beide toetsen initieel bij de inspecteur ligt, voordelen kan hebben. Door het gebrek aan uitleg in het OESO-commentaar over de exacte invulling van het normvereiste, zou een eerste bewijs van de inspecteur de belastingplichtige een handvat kunnen bieden om het tegendeel aannemelijk te maken.

Wat dit onderzoek betreft is de opvatting van Kuzniacki dat de bewijslast in overeenstemming is met het Unierecht niet geheel op zijn plaats. Zijn argumenten gaan mijns inziens voorbij aan de onevenwichtigheid van de bewijslastverdeling in de PPT. De bewijslast in de PPT ligt namelijk niet initieel bij de inspecteur. Hij hoeft geen begin van bewijs te leveren, maar slechts redelijkerwijs te concluderen dat het verkrijgen van verdragsvoordelen een van de voornaamste doelen is. Het bewijs lijkt volgens de PPT vanuit de kant van de belastingplichtige te moeten komen, die moet immers *bewijzen* dat aan doel en strekking van de relevante verdragsbepaling is voldaan.[218] Net zoals bij de toepassing van de objectieve toets in hoofdstuk 3, lijkt een dergelijke verdeling van de bewijslast in het normvereiste op gespannen voet te staan met de arresten van het HvJ EU.[219] Het normvereiste zorgt er immers voor dat de bewijslast dat geen sprake is van misbruik, systematisch bij de belastingplichtige komt te liggen, zonder dat de inspecteur is gehouden om een begin van bewijs te leveren.

Als afsluitende opmerking kan hierbij nog worden opgemerkt dat het in aandienende gevallen niet veel zal uitmaken bij wie de bewijslast voor het normvereiste ligt. Het is immers geen feitenkwestie, maar een rechtsvraag. Voor de vraag of de

[214] M. Lang, 'BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties', *Tax Notes International* Vol. 74, nr. 7.
[215] A.P. Dourado, 'Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6', *Intertax* Vol. 43.
[216] M. Muller, 'Maatregel tegen verdragsmisbruik en Europees recht geen goede combi', *TaxLive* 17 mei 2019, Taxlive.nl; HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*); HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16, ECI:EU:C:2017:177 (*Euro Park Service*).
[217] B. Kuzniacki, 'Untangling the PPT's burden of proof', *Kluwer International Tax Blog*.
[218] V. Chand, 'The Guiding Principle and the Principal Purpose Test', *International Taxation* Vol. 12.
[219] HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*); HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16, ECI:EU:C:2017:177 (*Euro Park Service*).

constructie of transactie in overeenstemming is met het doel en strekking van de verdragsbepalingen, komt het dus niet aan op de overtuigingskracht van degene die de bewijslast draagt.[220]

4.4.3 Een kunstmatigheidsvereiste

De PPT bevat verder geen expliciete uitzondering voor reële economische activiteiten. Deze uitzondering heeft wel een plaats in het Unierecht, in de vorm van een kunstmatigheidsvereiste (de objectieve toets). Aan het advies van de Europese Commissie, om een dergelijk kunstmatigheidsvereiste wel op te nemen, is voor zover bekend nog geen uitvoering gegeven. Dat roept de vraag op of dat een materieel verschil teweegbrengt in vergelijking met het Unierechtelijke misbruikbegrip. Mijns inziens is dat niet het geval, omdat reële economische activiteiten van belang zijn bij de vaststelling of aan het motiefvereiste is voldaan.[221]

4.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is stilgestaan bij de zesde en zevende deelvraag van dit onderzoek.

Wat wordt in de PPT verstaan onder misbruik?

De PPT bepaalt dat een verdragsvoordeel niet kan worden toegekend, indien een van de voornaamste doelen van een structuur of transactie het behalen van dat verdragsvoordeel is (motiefvereiste). Indien het toekennen van dat voordeel in overeenstemming is met doel en strekking van de betreffende bepaling, wordt het voordeel echter toch toegekend (normvereiste).

Aan het motiefvereiste is voldaan indien, na een objectieve analyse van alle feiten en omstandigheden, redelijkerwijs kan worden geconcludeerd dat het verkrijgen van dat voordeel een van de voornaamste doelen was van een constructie of transactie die direct of indirect tot dat voordeel heeft geleid. Sluitend bewijs is niet nodig.

Indien aan het motiefvereiste is voldaan, heeft de belastingplichtige nog de mogelijkheid om aannemelijk te maken dat het verkrijgen van verdragsvoordelen in overeenstemming is met doel en strekking van de relevante verdragsbepalingen. Voor een uitleg van doel en strekking van relevante verdragsbepalingen moet die in de context van de rest van het verdrag, waaronder de preambule, worden geplaatst.

Is de PPT in lijn met het Unierechtelijke misbrikbegrip?

In intra-EU-situaties zullen verdragsbepalingen conform het Unierecht uitgelegd moeten worden. Het is dan ook cruciaal dat de PPT in belastingverdragen in overeenstemming is met het Unierecht. Uit de analyse in dit hoofdstuk kunnen de volgende conclusies worden getrokken:

- De PPT vergt geen sluitend bewijs van de inspecteur: een redelijk vermoeden van misbruik is voldoende. Dat strookt niet met het in het Unierecht vervatte rechtszekerheidsbeginsel dat bepaalt dat regels voldoende helder, precies en voorspelbaar moeten zijn. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is de redelijkheidstoets onvoldoende duidelijk.

[220] J. Gooijer, 'Het normvereiste in de Principal Purpose Test', *NTFR* 2020/19. De auteur behandelt een zaak van de Canadese *Court of Appeal*, waarin het belastingverdrag tussen Luxemburg en Canada centraal staat.
[221] OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report (OECD/G20 BEPS Project)*, Parijs: OECD Publishing 2015, voorbeeld C en G.

- Hoewel het HvJ EU doorgaans heeft gesproken over ‘hoofddoel of een van de hoofddoelen’, wat een doorslaggevend motief vereist, spreekt het tegenwoordig van een ‘voornaamste doel of een van de voornaamste doelen’. In zowel het Unierechtelijk misbruikbegrip als de PPT is dus geen doorslaggevend motief vereist. Het voornaamste-doel-toets lijkt derhalve in overeenstemming met het Unierecht.
- In tegenstelling tot het Unierechtelijke misbruikbegrip heeft de PPT geen expliciete kunstmatigheidsvereiste. Desalniettemin is het kunstmatigheidsvereiste een belangrijk onderdeel bij de beoordeling of aan het motiefvereiste is voldaan. In die zin wijken het Unierecht en de PPT dus materieel niet van elkaar af.
- Aan het normvereiste in de PPT is in beginsel niet voldaan, tenzij de belastingplichtige het tegendeel bewijst. Jurisprudentie van het HvJ EU bepaalt juist dat de belastingautoriteiten een begin van bewijs moeten leveren. Het normvereiste in de PPT voldoet niet aan de notie van een ‘begin van bewijs’, omdat de belastingautoriteiten slechts een redelijk vermoeden van misbruik hoeven te hebben. Daarmee ligt de bewijslast in beginsel bij de belastingplichtige, hetgeen niet in lijn is met het Unierechtelijke misbruikbegrip.

5 Conclusies en aanbevelingen

5.1 Inleiding

In deze thesis is onderzocht of de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting en de PPT in bilaterale belastingverdragen voldoen aan het misbruikbegrip volgens het Unierecht. Om dit onderzoek te kunnen verrichten, is aan de hand van zeven deelvragen stilgestaan bij de uitleg van het misbruikbegrip in de verschillende rechtssferen. De deelconclusies die per hoofdstuk zijn geformuleerd vormen dan ook een voorschot op de in dit onderzoek centrale probleemstelling: "*Voldoen de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting en de Principal Purpose Test in belastingverdragen aan de Unierechtelijke normen van misbruikbestrijding?*". In dit hoofdstuk zal een poging worden gedaan om een antwoord te formuleren op deze probleemstelling door een 'strik' te leggen in de deelconclusies. De probleemstelling wordt in twee delen beantwoord: (i) "*Voldoet de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting aan de Unierechtelijke normen van misbruikbestrijding*?" en (ii) "*Voldoet de PPT in bilaterale belastingverdragen aan de Unierechtelijke normen van misbruikbestrijding*?" Bij deze vragen zal worden stilgestaan in respectievelijk paragraaf 5.2 en paragraaf 5.3. Tot slot worden ten aanzien van de bevindingen in dit onderzoek enkele aanbevelingen geformuleerd in paragraaf 5.4.

5.2 Voldoet de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting aan de Unierechtelijke normen van misbruikbestrijding?

In hoofdstuk 3 is onderzocht op welke manier de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting uitgelegd dient te worden. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis te kennen gegeven dat met de antimisbruikbepaling wordt aangesloten bij artikel 17, derde lid, onderdeel b Wet VPB en artikel 4, derde lid onderdeel c Wet DB. Voorts geeft de wetgever aan dat voor een uitleg van het misbruikbegrip aangesloten zal worden bij de jurisprudentie van het HvJ EU. Het Unierechtelijke misbruikbegrip, zoals in hoofdstuk 2 omschreven, vormt derhalve het toetsingskader voor dit onderzoek.

Tekstueel laat artikel 2.1, eerste lid onderdeel c Wet BB zich als volgt lezen: "[...] gerechtigd is tot die voordelen met als *hoofddoel of een van de hoofddoelen* om de heffing van belastingen bij een ander te ontgaan en er sprake is van een *kunstmatige constructie of transactie of reeks van kunstmatige constructies of transacties* [...]". Aldus geldt voor de beoordeling of er sprake is van misbruik cumulatief een subjectieve toets en een objectieve toets.

Overeenkomsten

Als gevolg van de Deense beneficial ownership-zaken, heeft de wetgever in de conditionele bronbelasting een tegenbewijsmogelijkheid voor de inspecteur opgenomen als de belastingplichtige voldoet aan de substance-eisen. Het is immers niet uit te sluiten dat er in dat geval toch sprake is van misbruik. De substance-eisen fungeren als een bewijsvermoeden voor zowel de subjectieve als de objectieve toets. Het HvJ EU heeft niet-uitputtende indices gegeven die als bewijsvermoeden voor geldige zakelijke redenen kunnen worden gehanteerd. Deze indices vertonen een overlap met de substance-eisen in de nationale wet.

Verschillen

Er zijn echter ook een aantal verschillen aangewezen tussen de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting en het Unierechtelijke misbruikbegrip. Op de eerste plaats is aangetoond dat de bewijslastverdeling in de conditionele

bronbelasting disproportioneel is vanuit Unierechtelijk perspectief. In de objectieve toets verschuift de bewijslast als de belastingplichtige niet voldoet aan de relevante substance-eisen. Uit de jurisprudentie van het HvJ EU blijkt echter dat de belastingautoriteiten de last draagt om te bewijzen dat aan zowel de subjectieve als de objectieve toets is voldaan.

Ten tweede is aangetoond dat de tegenbewijsmogelijkheid in de subjectieve toets in strijd is met het Unierechtelijke misbruikbegrip. Volgens de parlementaire geschiedenis wordt de subjectieve toets aangelegd met behulp van de wegdenkgedachte, waarbij de vergelijking wordt gemaakt tussen (1) de situatie dat de rechtsverhouding uit hoofde waarvan het in Nederland gevestigde lichaam de voordelen is verschuldigd via een tussenschakel is aangegaan en (2) de situatie dat de rechtsverhouding zonder tussenkomst van de tussenschakel zou zijn aangegaan. In paragraaf 3.4.4.2 is een voorbeeld geschetst van een Nederlandse vennootschap die rente betaalt aan haar uiteindelijke moedervennootschap in de Verenigde Staten, via een Luxemburgse vennootschap en een Bermudaanse vennootschap. In een dergelijke situatie kan de omstandigheid dat de Bermudaanse vennootschap niet de uiteindelijk gerechtigde is tot de opbrengsten, de subjectieve toets niet ontzenuwen.

De Hoge Raad heeft in een uitspraak over de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling beslist dat dit bewijsvermoeden kan worden ontzenuwd door aan te tonen dat er geen sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie. Daarvan is volgens de Hoge Raad sprake indien de doorstroomvennootschap die is tussengeschoven, geen reële betekenis heeft. Deze uitspraak leidt tot de conclusie dat, indien onverkort toegepast op de conditionele bronbelasting, de belastingplichtige of inhoudingsplichtige het bewijsvermoeden van misbruik niet kan ontzenuwen. De belastingplichtige verkeert daarmee, fiscaal gezien, in een weinig benijdenswaardige positie.

Het HvJ EU overweegt in de Deense beneficial ownership-zaken echter dat het niet kan worden uitgesloten dat in een situatie waarin de betaling rechtstreeks aan een in een derde staat gevestigde vennootschap zou zijn vrijgesteld, de structuur van het concern er niet op is gericht rechtsmisbruik tot stand te brengen. In een dergelijk geval kan de belastingplichtige niet worden verweten dat hij de betaling niet rechtstreeks heeft gedaan. Dat strekt mijns inziens tot de conclusie dat de doorbetaling aan een derde staat, zoals US LLC in het geschetste voorbeeld, een relevant aspect is voor de subjectieve toets. Indien in de praktijk blijkt dat er geen andere tegenbewijsmogelijkheid bestaat, is de subjectieve toets strijdig met de eisen van proportionaliteit en dus onverenigbaar met het Unierecht. Het strookt namelijk niet met de jurisprudentie van het HvJ EU, waarin wordt bepaald dat belastingplichtige de mogelijkheid moet krijgen om zonder buitensporige administratieve lasten tegenbewijs te leveren.

Op de derde plaats is ook stilgestaan bij de omgekeerde situatie: als er niet wordt voldaan aan de subjectieve toets is er geen sprake van misbruik. Dat levert een safe harbour op, hetgeen niet in lijn is met het Unierechtelijke misbruikbegrip. Het HvJ EU overweegt tenslotte dat het enkele feit dat een rechtstreekse betaling zou zijn vrijgesteld, het bestaan van rechtsmisbruik niet uitsluit.

Bovenstaande punten in overweging genomen, is de conclusie dat de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting niet geheel in lijn is met de Unierechtelijke normen van misbruikbestrijding. Het is niet uit te sluiten dat, in aandienende gevallen, het HvJ EU de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting ofwel buiten toepassing zal verklaren, ofwel EU-conform uit zal leggen.

Ter verdediging van de Nederlandse wetgever moet worden aangevoerd dat de reikwijdte van het Unierechtelijke misbruikbegrip ook niet voldoende duidelijk is. Daarnaast lijkt het er op dat de wetgever zijn best doet om de antimisbruikbepaling in lijn met het Unierecht uit te leggen, maar dat hij dat niet perfect *kan* doen. Misbruikbestrijding blijft namelijk maatwerk, waarin *overkill* en *underkill* voorkomen moeten worden. Er moet worden gezocht naar een perfecte balans tussen het recht van de belastingplichtige om de fiscaal gunstigste weg te kiezen en de plicht om structuren van fraude en misbruik te voorkomen. Het is de vraag of er aan de zoektocht naar een perfecte balans ooit een einde zal komen. Vanuit praktisch oogpunt kan daarbij nog worden opgemerkt dat de relevante substance-eisen ook als een te lichte toets kan worden gezien. Het zijn immers eisen die door een multinational eenvoudig kunnen worden voldaan. Hoewel de inspecteur een mogelijkheid heeft om tegenbewijs te bieden dat wel sprake is van misbruik, is de prikkel daarvoor erg klein. Dat komt immers niet ten goede aan het vestigings- en investeringsklimaat in Nederland. Naar verwachting zullen de wijzigingen in de antimisbruikbepaling dan ook niet veel kritiek opleveren vanuit de praktijk.

5.3 Voldoet de PPT in belastingverdragen aan de Unierechtelijke normen van misbruikbestrijding?

Voordat de PPT aan het Unierechtelijke misbruikbegrip is getoetst, is eerst ingegaan op de mogelijk conflicterende verplichting van Nederland. De argumentatie van de staatssecretaris bepleit een beroep op het belastingverdrag, ook indien er sprake is van misbruik volgens het Unierechtelijke begrip. De verplichting van lidstaten om Unierechtelijke voordelen te weigeren, zou tenslotte niet tot een heffingsverplichting leiden. In hoofdstuk 4 is geprobeerd om aan te tonen dat die heffingsverplichting wel bestaat. Het HvJ EU beslist namelijk dat het nationaal recht zoveel mogelijk in lijn met doel en strekking van het Unierecht moet worden uitgelegd. Dat brengt mijns inziens met zich mee dat geen verdragsvoordelen kunnen worden toegekend in situaties waarin er Unierechtelijk sprake is van misbruik.

Vanuit de wetenschap wat het Unierechtelijke misbruikbegrip inhoudt, is verder onderzocht hoe dit zich tot de PPT verhoudt. Aangezien de PPT in intra-EU-situaties volgens het Unierecht moet worden uitgelegd, is het Unierecht als toetsingskader gehanteerd.

De PPT bestaat eveneens uit twee vereisten: het motiefvereiste en het normvereiste. In hoofdstuk vier is onderzocht hoe deze vereisten moeten worden uitgelegd. Aan het motiefvereiste is voldaan indien redelijkerwijs kan worden geconcludeerd dat het verkrijgen van een verdragsvoordeel het voornaamste of een van de voornaamste doelen van de constructie of transactie is. Indien aan dit vereiste is voldaan, kan de belastingplichtige tegenbewijs leveren door te bewijzen dat het verkrijgen van dat verdragsvoordeel in overeenstemming is met doel en strekking van de relevante verdragsbepaling.

Overeenkomsten

Het Unierechtelijke misbruikbegrip en de PPT kennen beide een kunstmatigheidsvereiste. Hoewel het kunstmatigheidsvereiste niet voortvloeit uit de letterlijke tekst van de PPT, lijkt het niettemin van belang te zijn bij de beoordeling of aan het motiefvereiste is voldaan. Een soortgelijke benadering is terug te zien in de verhouding tussen fraus legis en ATAD1-GAAR. Ook de reikwijdte van de ‘voornaamste-doel-toets’ lijkt in overeenstemming met het Unierecht. Zowel de PPT als het HvJ EU hebben het namelijk over een ‘voornaamste doel’, hetgeen betekent dat geen doorslaggevend fiscaal motief is vereist.

Verschillen

In hoofdstuk 4 zijn verder een aantal afwijkingen geconstateerd van de PPT ten aanzien van het Unierechtelijke misbruikbegrip. Zo is voor het motiefvereiste in de PPT vereist dat een 'redelijk vermoeden' van een ontgaansmotief moet bestaan. Het is verdedigbaar om te stellen dat een dergelijke formulering in strijd is met het Europese rechtszekerheidsbeginsel, welke vereist dat regels voldoende helder, precies en voorspelbaar moeten zijn. Het is immers niet precies duidelijk wanneer er een redelijk vermoeden bestaat. Daarbij moet overigens wel als kanttekening worden vermeld dat een algemene antimisbruikbepaling (GAAR) zoals de PPT, maar ook zoals het Unierechtelijke misbruikbegrip zelf, door haar aard altijd een vorm van onzekerheid meebrengt.

De PPT is tevens geformuleerd als een hoofdregel en uitzondering. Dit heeft tot gevolg dat bij voldoening van het motiefvereiste, een presumptie heerst dat er sprake is van misbruik, tenzij de belastingplichtige kan bewijzen dat de constructie of transactie niet in strijd is met doel en strekking van de relevante verdragsbepalingen. De bewijslast verschuift daarmee van de inspecteur naar de belastingplichtige. In de zaken *Euro Park Service* en *Eqiom* heeft het HvJ EU echter beslist dat het aan de inspecteur is om een begin van bewijs voor misbruik te leveren. Deze verschuiving van bewijslast kan ook tot gevolg hebben dat niet aan de proportionaliteitseis van het Unierecht wordt voldaan.

De PPT voldoet op bovenstaande punten dus niet aan het Unierecht. Dat heeft in beginsel tot gevolg dat in intra-EU-situaties, de PPT buiten toepassing moet blijven. Volgens artikel 31 Wvv kan de PPT echter in overeenstemming met het Unierecht worden uitgelegd, waardoor bovenstaande afwijkingen niet direct zullen leiden tot het buiten toepassing laten van de PPT. In plaats van 'voorrang van het Unierecht' en 'buiten toepassing laten van de PPT' zou men dus eerder kunnen spreken van het Unierecht als hulpmiddel van interpretatie.

5.4 Aanbevelingen

Zowel vanuit de staatssecretaris als vanuit de wetenschappelijke literatuur is de behoefte naar uniformiteit van antimisbruikbepalingen uitgesproken. Nu is vastgesteld hoe de antimisbruikbegrippen in diverse rechtssferen zich tot elkaar verhouden en wat de verschillen zijn, kan ook een aanbeveling worden gedaan om die antimisbruikbepalingen (verder) te uniformeren. Zoals in de inleiding van dit onderzoek aangekondigd, wordt niet gepoogd om een nieuw en ideaal misbruikbegrip te formuleren. Wel kan de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting zodanig worden aangepast dat zij in lijn is met het Unierecht.

Om de antimisbruikbepaling in de conditionele bronbelasting in lijn te brengen met het Unierechtelijke misbruikbegrip, kan de wetgever de volgende acties ondernemen:

1. De bewijslastverdeling in de objectieve toets: de wetgever kan de wettekst aanpassen, zodat alle relevante feiten en omstandigheden voor misbruik, bij de beoordeling of beide elementen van misbruik zijn verenigd, in aanmerking worden genomen. Dat kan, bijvoorbeeld, door de volgende zinsnede toe te voegen aan artikel 2.1, vijfde lid Wet BB:

   "[...] Indien niet aan de voorwaarden, bedoeld in de eerste zin, wordt voldaan, en indien een onderzoek naar alle relevante feiten en omstandigheden er op wijst dat sprake is van een kunstmatige constructie, dient de voordeelgerechtigde of de inhoudingsplichtige aannemelijk te maken dat:

a. de voordeelgerechtigde niet gerechtigd is tot de voordelen met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van belasting bij een ander te ontgaan; of
b. sprake is van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen."

2. De tegenbewijsmogelijkheid in de subjectieve toets en de safe harbour: om de objectieve toets in lijn te brengen met het Unierechtelijke misbruikbegrip, dient er een tegenbewijsmogelijkheid te worden opgenomen, zodat belastingplichtigen ook in situaties waarin de vennootschap in de LBJ niet de uiteindelijk gerechtigde is tot de rente en royalty's, kunnen bewijzen dat er geen sprake is van misbruik. Aangezien de 'wegdenkgedachte' niet in de wet is opgenomen, kan de staatssecretaris een beleidsnota uitvaardigen, bijvoorbeeld in de vorm van een goedkeuringsbesluit. Daarin kan worden goedgekeurd dat de belastingplichtige de subjectieve toets, naast de wegdenkgedachte, ook op andere manieren kan ontzenuwen. Om tegelijkertijd de safe harbour in de subjectieve toets weg te nemen, is het van belang dat de tegenbewijsmogelijkheid in de subjectieve toets ook voor de inspecteur geldt.

Indachtig het feit dat verdragsstaten in intra-EU-situaties conflicterende verplichtingen hebben, is het verdedigbaar om te stellen dat verdragsvoordelen geweigerd moeten worden voordat aan de toepassing van de PPT wordt toegekomen. Het zou de wetgever sieren om een nadere toelichting te geven op deze mogelijk conflicterende verplichtingen. Daarbij zou in het bijzonder in kunnen worden gegaan op Unierechtelijke beginselen zoals loyale samenwerking en effectiviteit.

Uit dit onderzoek is verder gebleken dat de PPT op bepaalde punten afwijkt van het Unierechtelijke misbruikconcept. Mocht het erop aan komen, dan is mijns inziens de kans groot dat het HvJ EU de PPT in lijn met het Unierecht zal toepassen. Zoals uit dit onderzoek blijkt, bestaat daartoe de mogelijkheid in artikel 31 Wvv.

6 Bronnenlijst

6.1 Literatuur

Adema 2019

R.P.C. Adema, NDFR commentaar artikel 17 Wet VPB 1969 (online, laatst bijgewerkt op 19 november 2019).

Andenas & Roth 2003

M. Andenas en W.H. Roth, *Services and Free movement in EU Law*, Oxford (etc.): Oxford University Press 2003.

Arnull 1993

A. Arnull, 'Owning Up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice', *Common Market Law Review 30*.

Avella 2012

F. Avella, 'Using EU Law To Interpret Undefined Tax Treaty Terms: Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Article 3(2) of the OECD Model Convention, *World Tax Journal*, IBFD juni 2012.

Bagci, Brandsma, Ruige & Zuidhof 2019

R. Bagci, R.P.C.W.M. Brandsma, P. Ruige & H.R. Zuidhof, 'Enige wetenswaardigheden van een belasting zonder opbrengst: Wet bronbelasting 2021', *WFR* 2019/207.

Baker 2015

P. Baker, 'The BEPS Action Plan in light of the EU Law: Treaty Abuse', *British Tax Review*, Vol. 3.

Boomsluiter 2018

E. Boomsluiter, 'Bewijsvermoedens in de Wet VPB 1969: de grenzen verder aangescherpt', *WFR* 2018/60

Boulogne 2019

G.F. Boulogne, 'Interestbetalingen tussen lidstaten: verplichting om richtlijnmisbruik te bestrijden en uitleg eis uiteindelijk gerechtigde', *FED* 2019/53.

Bosman 2018

R.A. Bosman, 'Bestrijding van verdragsmisbruik in de 2017-update van het OESO-Modelverdrag', *MBB* 2018/6-09.

Bosman & Pötgens 2019

R.A. Bosman & F.P.G. Pötgens, 'De toekomst van artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 als antimisbruikbepaling', in: A.JA. Stevens & J.L. van de Streek, *De toekomst van de vennootschapsbelasting: Lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Kluwer 2019.

Brandsma 2019

R.P.W.C.M. Brandsma, in: *Cursus Belastingrecht* Div.bel 2.1.4.e.j4 (online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2019).

Chand 2015

V. Chand, 'The Guiding Principle and the Principal Purpose Test', *International Taxation* Vol. 12.

Chand 2018

V. Chand, 'The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis, *Intertax* vol. 46.

Cunha 2016

R.C. Cunha, 'BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule', *Global Taxation 2*, Vol. 1.

Danon 2018

R.J. Danon, 'Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups', *Bulletin for International Taxation*, 2018, Vol. 72 no. 1.

Dourado 2015

A.P. Dourado, 'Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6', *Intertax* Vol. 43.

Feria, de la, 2011

R. de la Feria, 'Introducing the Principle of Prohibition of Abuse of Law', in: R. de la Feria & S. Vogenauer (red.): *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Oxford & Portland, Oregon: Hart 2011.

Hulten, van, 2018

L.C van Hulten, 'Tweede Kamer akkoord met implementatievoorstel ATAD1', *NLF* 2018/2456.

Hulten, van & Korving 2019

L.C. van Hulten & J.J.AM. Korving, 'Svig og misbrug: de Deense antimisbruikzaken', *WFR* 2019/129.

Kemmeren 2014

E.C.C.M. Kemmeren, 'Where is EU law in the OECD BEPS discussion?', *EC Tax Review* 23(4), p. 190-193.

Kennedy 2020

A.L. Kennedy, 'Een Exploratief Onderzoek naar de Toepassing van de PPT', *WFR* 2020/117.

Kok 2018

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

Korving 2013

J.J.A.M. Korving, 'Misbruik en primaire EU-recht', *TFO* 2013.3.

Kuzniacki 2018

B. Kuzniacki, 'Constitutional Issues Arising from the Principal Purpose Test: The Lesson from Poland, *Studia Iuridica Lublinensia*, Vol. XXVII.

B. Kuzniacki, 'Untangling the PPT's burden of proof', *Kluwer International Tax Blog*.

Lang 2014

M. Lang, 'BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties', *Tax Notes International* Vol. 74, nr. 7.

Lejour, Möhlmann & Van 't Riet 2019

A.M. Lejour, J.L. Möhlmann & M. van 't Riet, 'Belastingmaatregelen tegen NL doorsluisland, voldoende impact?', *WFR* 2019/40.

A.M. Lejour, J.L. Möhlmann & M. van 't Riet, 'Doorsluisland NL doorgelicht', CPB Policy brief januari 2019.

Lenaerts & Van Nuffel 2005

K. Lenaerts en P. van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, Tweede editie (R. Bray ed., Thomson Sweet & Maxwell 2005), p. 705.

Lohuis 2015

H. Lohuis, 'Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015', *NTFR* 2015/2510.

Marres 2019

O.C.R. Marres, 'Panta rhei: de doorstroomarresten', *NTFRB* 2019/23.

Muller 2019

M. Muller, 'Maatregel tegen verdragsmisbruik en Europees recht geen goede combi', *TaxLive* 17 mei 2019, Taxlive.nl.

M. Muller, 'Nieuwe bronbelasting legitiem maar ongebalanceerd', *TaxLive* 26 september 2019, Taxlive.nl.

Commissie Wetsvoorstellen NOB 2019

Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, 'NOB-commentaar op de Wet Bronbelasting 2021', Amsterdam, 4 oktober 2019 (online publiek).

OESO 2015

OESO, *Explanatory statement to the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting (OECD/G20 BEPS Project)*, Parijs: OECD Publishing 2015.

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

OESO 2017

OESO, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017 (OECD/G20 BEPS Project)*, Parijs: OECD Publishing 2017.

Panayi 2015

H.J.I. Panayi, 'The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law', *Bulletin for International Taxation*, 2015, Vol. 70;

Pancham 2019

S.R. Pancham, 'HvJ over Deense weigering de in de Moeder-dochterrichtlijn bedoelde vrijstelling van bronbelasting te verlenen', *NTFR* 2019/693.

S.R. Pancham, 'Antwoorden Kamervragen arresten van het HvJ over doorstroomvennootschappen', *NTFR* 2019/1913.

Pancham 2020

S.R. Pancham, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 8.3.4.E (online, laatst bijgewerkt op 10 januari 2020).

S.R. Pancham, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 8.3.7 (online, laatst bijgewerkt op 17 maart 2020).

Poelmann 2020

E. Poelmann, in: *Cursus Belastingrecht* FBR 5.3.1.E (online, laatst bijgewerkt op 25 januari 2020).

Pötgens & Straathof 2014

F.P.G. Pötgens & M.J.E. Straathof, 'Vestiging en substance vanuit EU-rechtelijk perspectief', in: J. Gooijer e.a., *Substance en de Nederlandse houdstervennootschap* (ZIFO-reeks nr. 12), Deventer: Kluwer 2014, p. 75.

Redactie Vakstudie Nieuws 2015

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Reactie staatssecretaris van Financiën op 'Final Reports' van BEPS-actiepunten', *V-N* 2015/56.4.

Redactie Vakstudie Nieuws 2016

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Aanbeveling Europese Commissie over implementatie maatregelen tegen misbruik belastingverdragen', *V-N* 2016/12.7.

Redactie Vakstudie Nieuws 2019

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Wet Bronbelasting 2021, Voorgestelde wettekst met artikelsgewijze toelichting, Artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c', *V-N* 2019-47.13.

Saydé 2014

A. Saydé, *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Oxford: Hart Publishing 2014.

Schmidt 2019

C. Schmidt, 'Volgens het Europarlement is Nederland nu officieel een belastingparadijs', *Trouw* 26 maart 2019.

Schutte-Veenstra

J.L. Schutte-Veenstra, 'Europees vennootschapsrecht: het harmonisatieprogramma en de vestigingsvrijheid van vennootschappen', in: J.B.S. Hijink & M.A. Verbrugh, *Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio*, Deventer: Kluwer 2011.

Smit 2018

D.S. Smit, 'Hoofdlijnen fiscaal pakket 2019 voor multinationaal bedrijfsleven: verliezen fiscale kroonjuwelen hun glans?', *WFR* 2018/185.

Smit, Van Eijsden & Kiekebeld 2019

D.S. Smit, J.A.R. van Eijsden & B.J. Kiekebeld, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief* (FED Fiscale Brochures), Deventer: Wolters Kluwer 2019

Smit 2020

D.S. Smit, 'Recente ontwikkelingen in de Nederlandse dividendbelasting', *Ondernemingsrecht* 2020/21.

Szudoczky 2013

R. Szudoczky, *The sources of EU law and their relationships: Lessons for the field of taxation* (diss. Amsterdam UvA), Dare.uva.nl.

Vleggeert & Vording 2018

J. Vleggeert & H. Vording, 'Is Nederland een belastingparadijs?', *NJB* 2018/139.

J. Vleggeert & H. Vording, 'Bronbelasting 2020; een wassen neus', *WFR* 2018/190.

Vleggeert & Vording 2019

J. Vleggeert & H. Vording, 'Nederland doorsluisland: hoe nu verder?', *WFR* 2019/41.

Wattel 2019

P.J. Wattel, 'Misbruikbestrijding van interne bevoegdheid naar EU-plicht', *NJB* 2019/836.

Weber 2003

D.M. Weber, *Misbruikbestrijding en EG-verdragsvrijheden*, Deventer: Kluwer 2003

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 2*.

Weber 2017

D.M. Weber, 'The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law', *Erasmus Law Review* Vol. 10, no. 1, 2017.

Weber 2018

D.M. Weber, 'Enkele EU-aspecten van de antimisbruikbepaling van inhoudingsvrijstelling dividendbelasting', *WFR* 2018/75.

Weber 2019

D.M. Weber, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 2.0.0.A (online, laatst bijgewerkt op 25 februari 2019).

D.M. Weber, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 2.0.0.B.a (online, laatst bijgewerkt op 25 februari 2019).

D.M. Weber, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 5.0.2.A (online, laatst bijgewerkt op 25 februari 2019).

D.M. Weber, in: *Cursus Belastingrecht* EBR 5.1.2.C (online, laatst bijgewerkt op 25 februari 2019).

6.2 Jurisprudentie

EHRM 12 november 2008, 34503/97, ECLI:CE:ECHR:2008:1112JUD003450397 (*Demir en Baykara/Turkije*).

HvJ EG 15 juli 1965, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*).

HvJ EG 3 december 1974, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131 (*Van Binsbergen*).

HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*).

HvJ EG 21 september 1983, C-205/82, ECLI:EU:C:1983:233 (*Deutsche Milchkontor GmbH*).

HvJ EG 15 februari 1984, C-278/82, ECLI:EU:C:1984:59 (*Rewe en Hauptzollamter*).

HvJ EG 27 september 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456 (*Daily Mail*).

HvJ EG 25 juli 1991, C-221/89, ECLI:EU:C:1991:320 (*Factortame*).

HvJ EG 25 juli 1991, C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323 (*Gouda*).

HvJ EG 4 oktober 1991, C-246/89, ECLI:EU:C:1989:368 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*).

HvJ EG 3 juni 1992, C-206/94, ECLI:EU:C:1992:236 (*Paletta*).

HvJ EG 31 maart 1993, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125 (*Kraus*).

HvJ EG 5 oktober 1994, C-23/93, ECLI:EU:C:1994:362 (*TV10*).

HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*).

HvJ EG 1 juni 1997, C-70/95, ECLI:EU:C:1997:301 (*Sodemare*).

HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*).

HvJ EG 18 juni 1998, C-36/96, ECLI:EU:C:1998:303 (*Commissie/Italië)*.

HvJ EU 16 juli 1998, C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370 (*ICI*).

HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 (*Centros*).

HvJ EG 21 september 1999, C-307/97, ECLI:EU:C:1999:439 (*Saint-Gobain*).

HvJ EG 13 april 2000, C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205 (*Baars*).

HvJ EG 6 juni 2000, C-35/98, ECLI:EU:C:2000:294 (*Verkooijen*).

HvJ EG 14 december 2000, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695 (*Emsland-Stärke*).

HvJ EG 21 november 2002, C-436/00, ECLI:EU:C:2002:704 (*X en Y*).

HvJ EG 12 december 2002, C-324/00, ECLI:EU:C:2002:749 (*Lankhorst-Hohorst*).
HvJ EG 6 november 2003, C-413/01, ECLI:EU:C:2003:600 (*Ninni-Orasche*).
HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138 (*De Lasteyrie du Saillant*).
HvJ EG 21 februari 2006, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121 (*Halifax*).
HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadburry Schweppes*).
HvJ EG 3 oktober 2006, C-290/04, ECLI:EU:C:2006:630 (*Scorpio*).
HvJ EG 12 december 2006, C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*).
HvJ EG 13 maart 2007, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*).
HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*).
HvJ EG 21 februari 2008, C-425/06, ECLI:EU:C:2008:108 (*Parts Service*).
HvJ EG 28 februari 2008, C-293/06, ECLI:EU:C:2008:129 (*Deutsche Shell*).
HvJ EG 22 mei 2008, C-162/07, ECLI:E:C:2008:301 (*Ampliscientifica*).
HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*).
HvJ EU 5 juli 2012, C-318/4255, ECLI:EU:C:2012:415 (*SIAT*).
HvJ EU 3 oktober 2013, C-282/12, ECLI:EU:C:2013:629 (*Itelcar*).
HvJ EU 8 maart 2017, C-14/16, ECI:EU:C:2017:177 (*Euro Park Service*).
HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*).
HvJ EU 20 december 2017, in de gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009, *Jur.* 2017 (*Deister & Juhler Holding*).
HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134; HvJ EU 26 februari 2019, in de gevoegde zaken C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*Deense beneficial ownership-zaken*)
HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*T Danmark*).
HvJ EU 26 februari 2019, C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136 (*X GmbH*).

HR 26 mei 1926, ECLI:NL:HR:1926:78.
HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AI0739, *BNB* 2004/142.
HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1186, *BNB* 2014/171-178 (*HIR-arresten*).
HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:21.

6.3 Parlementaire geschiedenis en besluiten

Kamerstukken II 2015/16, 34451, 2.
Kamerstukken II 2016/17, 25087, 135.
Kamerstukken II 2016/17, 25087, 139.
Kamerstukken II 2016/17, 34552, 3.
Kamerstukken II 2017/18, 34788, 3.
Kamerstukken II 2017/18, 34788, 6.
Kamerstukken II 2017/18, 34853, 6.
Kamerstukken II 2019/20, 35028, 2.
Kamerstukken II 2019/20, 35305, 3.
Kamerstukken II 2019/20, 35305, C.

Aanhangsel Handelingen II 2018/19*,* 3070.

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2019, DGB 2019/13003, *Stcrt*. 2019, 35519.

6.4 Overige bronnen

Rijksoverheid 2020

'Multilateraal Instrument (MLI) en Nederlandse belastingverdragen', *Rijksoverheid* 17 februari 2020, Rijksoverheid.nl.