De Nederlandse misbruiktoets en EU-houdbaarheid

Een onderzoek naar de Unierechtelijke houdbaarheid van de antimisbruikbepaling in de inhoudingsvrijstelling van de Wet op de dividendbelasting 1965

Masterthesis Fiscale Economie

Tilburg School of Economics and Management

Naam:	E.M. (Evelien) Smits
Studentnummer:	2021095
Scriptiebegeleider:	prof. mr. E.C.C.M. (Eric) Kemmeren
Tweede beoordelaar:	drs. A.W.G. (Auke) Lamers-van Rossum LLM
Datum:	Maart 2024



Abstract

In mijn thesis onderzoek ik of de Nederlandse antimisbruikbepaling van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 in strijd is met de antimisbruikbepaling van art. 1, leden 2 en 3, MDR en/of met de vrijheid van vestiging en/of het vrij verkeer van kapitaal. Aangezien ik van mening ben dat de antimisbruikbepaling in de MDR geen uitputtend geharmoniseerde bepaling betreft, dient de Nederlandse misbruiktoets tevens aan deze vrijheden te worden getoetst. Aan de hand van een literatuuronderzoek ben ik vervolgens gaan onderzoeken in hoeverre de Nederlandse antimisbruikbepaling overeenstemt met het misbruikconcept in het secundaire en primaire Unierecht. Hierbij ben ik tot de conclusie gekomen dat de huidige antimisbruikbepaling in de Wet DB 1965 te weinig rekening houdt met het HvJ-vereiste dat de inspecteur alle relevante feiten en omstandigheden dient te mee te nemen in zijn bewijsvoering dat sprake is van misbruik. Als gevolg hiervan is mijns inziens sprake van een Unierechtelijke disproportionele bewijslastverdeling, waardoor sprake is van strijdigheid met zowel de antimisbruikbepaling in de MDR als de fundamentele vrijheden. Mijn aanbeveling bestaat dan ook uit een tekstuele toevoeging aan art. 4, lid 12, tweede volzin, Wet DB 1965, die er naar mijn mening voor zorgt dat de Nederlandse misbruiktoets wél EU-conform is.

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen..... 5

Hoofdstuk 1: Inleiding..... 8

1.1 Aanleiding voor het onderzoek..... 8

1.2 Onderzoeksvraag..... 10

1.3 Wetenschappelijk en theoretisch kader..... 11

1.4 Verantwoording van de opzet..... 11

1.5 Onderzoeksmethode..... 12

Hoofdstuk 2: Toetsingskaders vanuit Europees recht..... 13

2.1 Inleiding..... 13

2.2 Antimisbruikbepaling in art. 1, leden 2 en 3, van de Moeder-dochterrichtlijn..... 13

2.2.1 Toegang tot de Moeder-dochterrichtlijn..... 13

2.2.2 Antimisbruikbepaling..... 14

2.2.3 Uitputtend geharmoniseerde antimisbruikbepaling?..... 18

2.3 Vrijheid van vestiging en vrij verkeer van kapitaal..... 20

2.3.1 Strekking vrijheid van vestiging..... 20

2.3.2 Strekking vrij verkeer van kapitaal..... 22

2.4 Beslisschema van het Hof van Justitie..... 23

2.4.1 Toegang tot Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU)..... 23

2.4.2 Objectief vergelijkbare situaties..... 24

2.4.3 Rechtvaardigingsgronden..... 25

2.4.3.1 Bestrijden van misbruik..... 25

2.4.3.2 Het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid..... 27

2.4.3.3 Fiscale territorialiteitsbeginsel..... 28

2.4.4 Geschikt..... 29

2.4.5 Proportioneel..... 30

2.5 Deelconclusie..... 31

Hoofdstuk 3: Misbruiktoets in de inhoudingsvrijstelling dividendbelasting..... 34

3.1 Inleiding..... 34

3.2 Misbruiktoets in de inhoudingsvrijstelling..... 34

3.2.1 Inhoudingsvrijstelling..... 34

3.2.2 Subjectieve toets..... 35
3.2.2.1 Beschrijving.....35
3.2.2.2 Beoordeling subjectieve toets in het licht van EU-recht..... 36
3.2.3 Objectieve toets.....42
3.2.3.1 Beschrijving.....42
3.2.3.2 Beoordeling objectieve toets in het licht van EU-recht.....43
3.2.4 Bewijslastverdeling.....46
3.3 Deelconclusie.....56
Hoofdstuk 4: Conclusie.....59
5. Literatuurlijst..... 62
5.1 Artikelen..... 62
5.2 Boeken..... 65
5.3 Jurisprudentielijst.....66
5.4 Parlementaire stukken.....69
5.5 Brieven.....70
5.6 Verdragen.....70
5.7 Overig..... 70
6. Bijlagen..... 71
Bijlage I: Substance-eisen (art. 1bis UB DB 1965).....71

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel
ATAD 1	Richtlijn van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, nr. 2016/1164/EU, *PbEU* 2016, L 193/1
ATAD 2	Richtlijn van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2016/1164/EU wat betreft hybridemismatches met derde landen, nr. 2017/952/EU, *PbEU* 2017, L 144/1
ATAD 3	Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter voorkoming van misbruik van lege entiteiten voor belastingdoeleinden en tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU, nr. 2021/0434/CNS, COM(2021) 565 final
BNB	Beslissingen in Belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
BPP	Burgerlijk Proces & Praktijk
concl.	conclusie
Deister & Juhler	Deister Holding AG & Juhler Holding A/S
de misbruiktoets	de misbruiktoets van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet op de dividendbelasting 1965
diss.	dissertatie
EBR	Europees Belastingrecht
EC	Europese Commissie
EER	Europese Economische Ruimte
EG-Verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EStG	Einkommensteuergesetz
ET	European Taxation
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal Weekblad FED
FFB	Fed Fiscale Brochure
Fusierichtlijn	Richtlijn van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van

	een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, nr. 2009/133/EG, *PbEU* 2009, L 310/34
het Verdrag	Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IRR	Richtlijn van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten, nr. 2003/49/EC, *PbEU* 2003, L 157
jo.	juncto
lidstaten	de lidstaten van de Europese Unie
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
MDR	Moeder-dochterrichtlijn, richtlijn van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (herschikking), nr. 2011/96/EU, *PbEU* 2011, L 345, zoals gewijzigd door Richtlijn 2014/86/EU en Richtlijn 2015/121/EU
m.nt.	met noot
MvT	Memorie van Toelichting
NLF	NL Fiscaal
NnavV	Nota naar aanleiding van het verslag
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
nr.	nummer
p.	pagina(’s)
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
Raad	Raad van de Europese Unie
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
Richtlijn 88/361/EEG	Richtlijn van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag, nr. 88/361/EEG, PbEG 1988, L 178
Richtlijn 2015/121/EU	Richtlijn van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en

	dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, PbEU 2015, L 21/1
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
T Denmark & Y Denmark Aps	Deense zaken
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
UB DB 1965	Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting 1965
V-N	Vakstudie Nieuws
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

Het bestrijden van misbruik van belastingwetgeving, zoals belastingontwijking, is al geruime tijd één van de doelstellingen van de EC en de Raad.[1] Volgens de EC en de Raad is een richtlijn het meest effectieve instrument voor de bestrijding van misbruik.[2] Om die reden bevatten Europese richtlijnen antimisbruikbepalingen, zoals bij fiscale faciliteiten.[3] Een antimisbruikbepaling voorkomt dat in misbruiksituaties van de faciliteit gebruik kan worden gemaakt. Van misbruik is sprake als wordt voldaan aan de in die antimisbruikbepaling gestelde eisen voor het constateren van misbruik, behoudens een succesvol beroep van de belastingplichtige op een eventueel bijbehorende tegenbewijsregeling.[4]

Antimisbruikbepalingen dienen verplicht door de lidstaten in hun nationale wet te worden geïmplementeerd. Een voorbeeld hiervan is de antimisbruikbepaling in art. 1, leden 2 en 3, van de MDR. Op grond van art. 5 van de MDR kent de richtlijn aan lidstaten een zogenoemde inhoudingsvrijstelling van bronbelasting toe. Dit heeft tot gevolg dat de winsten die een dochteronderneming uitdeelt aan haar, in een andere lidstaat gevestigde, moedermaatschappij zijn vrijgesteld van de heffing van bronbelasting.[5] Aangezien de MDR op deze manier een fiscale faciliteit voor grensoverschrijdende concerns bewerkstelligt, is het zaak de situaties van misbruik van deze faciliteit te voorkomen dan wel aan te pakken. Om te bepalen of sprake is van misbruik dienen alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking te worden genomen.[6]

De MDR is een EU-richtlijn. Richtlijnbepalingen zijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor de richtlijn bestemd is. Aan nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen ten aanzien van de precieze implementatie van de richtlijnbepaling in de nationale wet.[7] Dit impliceert *enige* ruimte voor de lidstaten om de antimisbruikbepaling in de MDR naar eigen inzicht te vormen tot een voor hen wenselijke en passende bepaling.[8]

---

[1] Zie bijvoorbeeld de voor lidstaten bestaande verplichting tot implementatie van EU-richtlijnen ATAD 1 (2019) en ATAD 2 (2020) in hun nationale wetgeving.
[2] Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2015/16, 34 306, nr. 3, p. 3 (MvT).
[3] Zie bijvoorbeeld art. 1, leden 2 en 3, MDR.
[4] Zie bijvoorbeeld art. 14, lid 4, Wet Vpb 1969: “tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt”.
[5] Art. 5 jo. art. 1, lid 1, onderdeel b, MDR.
[6] Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 26 juni 2020, nr. AWB - 19_879, ECLI:NL:RBNHO:2020:5138, r.o. 22.
[7] Art. 288, alinea 3, VwEU.
[8] Zie bijvoorbeeld *Vakstudie deel 8 Nederlands Internationaal Belastingrecht*, art. 288 VwEU, aant. 4.2 *(online, laatst bijgewerkt 15 augustus 2023)*. Zie bijvoorbeeld ook *Kamerstukken II* 2015/16, 34 306, nr. 6, p. 5 (NnavV), alsook HvJ EG 5 juli 2007, nr. C-321/05, FED 2007/71, r.o. 43-44, m.nt. D.S. Smit *(Kofoed)*.

Nederland heeft de antimisbruikbepaling van art. 1, leden 2 en 3, van de MDR geïmplementeerd in art. 4, lid 3, onderdeel c, van de Wet DB 1965.[9] Ingeval van dividenduitkeringen vanuit Nederland aan een lichaam gevestigd in een andere kwalificerende (lid)staat[10] is de inhoudingsvrijstelling van dividendbelasting van toepassing indien de misbruiktoets van laatstgenoemd wetsartikel wordt doorstaan. De vrijstelling kan in dat geval worden toegepast in de situatie van een dividenduitkering van een Nederlandse dochteronderneming aan haar in een andere kwalificerende (lid)staat gevestigde moedermaatschappij. De buitenlandse moedermaatschappij dient hierbij een belang in de Nederlandse dochtermaatschappij te hebben waarop de deelnemingsvrijstelling[11] of de deelnemingsverrekening[12] van toepassing zou zijn indien de moedermaatschappij in Nederland zou zijn gevestigd.[13]

De Nederlandse misbruiktoets bevat criteria om te kunnen beoordelen of er in de betreffende situatie van winstuitdeling sprake is van misbruik. De vraag is of deze door Nederland gestelde criteria binnen de aan de lidstaten geboden ruimte van de antimisbruikbepaling in de MDR vallen. Indien deze criteria niet binnen de betreffende aan de lidstaten geboden ruimte vallen, is de Nederlandse misbruiktoets *in strijd met* de antimisbruikbepaling in de MDR.[14]

Het feit dat de nationale antimisbruikbepaling in art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 slechts in *grensoverschrijdende* misbruiksituaties de toepassing van de inhoudingsvrijstelling afwijst, brengt een volgend discussiepunt naar voren. Als de antimisbruikbepaling in de MDR als een niet uitputtend geharmoniseerde richtlijnbepaling[15] kan worden gezien, zou het slechts in grensoverschrijdende misbruiksituaties weigeren van de inhoudingsvrijstelling kunnen leiden tot een schending van de vrijheid van vestiging en/of het vrij verkeer van kapitaal.[16] Ingeval de antimisbruikbepaling in de MDR *niet* uitputtend is geharmoniseerd, dient de nationale antimisbruikbepaling namelijk zowel aan het secundair (MDR) als aan het primair (fundamentele verdragsvrijheden) EU-recht te worden getoetst.[17] Dit heeft tot gevolg dat de nationale bepaling de uit het primair EU-recht voortvloeiende fundamentele verdragsvrijheden, zoals de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal, dient te waarborgen.[18]

---

[9] Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 6-9 (MvT).
[10] Zie art. 4, lid 2, onderdeel a, Wet DB 1965 voor de kwalificerende (lid)staten.
[11] Art. 13, Wet Vpb 1969.
[12] Art. 13aa, Wet Vpb 1969.
[13] Zie art. 4, lid 2, onderdeel b, Wet DB 1965.
[14] Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 26 juni 2020, nr. AWB - 19_862, ECLI:NL:RBNHO:2020:5137. Zie tevens bijvoorbeeld Weber, *WFR* 2015/864.
[15] Een niet uitputtend geharmoniseerde richtlijnbepaling houdt in dat de lidstaten de vrijheid toekomt om strengere of soepelere regels op te nemen in hun nationale wetgeving dan in de betreffende richtlijnbepaling genoemd staan. Zie bijvoorbeeld Roelofs, *VDHI* 2014/2.2.3, nr. 122.
[16] Voor de vrijheid van vestiging en vrij verkeer van kapitaal, zie art. 49 jo. art. 54 respectievelijk art. 63 VwEU. Zie in dit kader ook bijvoorbeeld Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, r.o. 17, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
[17] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 8 maart 2017, nr. C-14/16, ECLI:EU:C:2017:177, r.o. 19 *(Euro Park Service)*.
[18] Zie bijvoorbeeld Korving, *TFO* 2022/182.1, paragraaf 3.

In een recent arrest van Hof Amsterdam van 2 juni 2022 wordt onder meer de vraag gesteld of de Nederlandse misbruiktoets in art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 in strijd is met EU-recht.[19] Kort gezegd oordeelde Hof Amsterdam dat de Nederlandse misbruiktoets niet in strijd is met de antimisbruikbepaling in de MDR en de fundamentele vrijheden. Rechtbank Noord-Holland oordeelde met betrekking tot deze zaak dat er wél sprake is van strijdigheid met het Unierecht.[20] A-G Wattel schrijft in zijn recentelijk gepubliceerde conclusie betreffende deze zaak dat Hof Amsterdam de juiste juridische maatstaf heeft aangelegd en dat Hofs feitelijke oordelen niet onbegrijpelijk zijn.[21] Wattel adviseert de Hoge Raad derhalve het cassatieberoep ongegrond te verklaren. De zaak is momenteel in afwachting van het oordeel van de Hoge Raad.

Om te zorgen dat het Europese stelsel van richtlijnen en vrijheden zijn waarde behoudt, is het van belang deze potentiële strijdigheid onder de loep te nemen en, indien nodig, de Nederlandse misbruiktoets bij te stellen.

1.2 Onderzoeksvraag

Naar aanleiding van bovenstaande kwestie heb ik voor mijn thesis de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

Is de Nederlandse misbruiktoets van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 in strijd met de antimisbruikbepaling in art. 1, leden 2 en 3, van de Moeder-dochterrichtlijn en/of met de vrijheid van vestiging en/of het vrij verkeer van kapitaal? Zo ja, hoe dient de Nederlandse misbruiktoets te worden aangepast?

Waar ik in mijn thesis schrijf over ‘de misbruiktoets’, doel ik op de Nederlandse misbruiktoets ten aanzien van uitgekeerde dividenden, neergelegd in art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965.

Bij grensoverschrijdende dividenduitkeringen spelen twee verdragsvrijheden een rol; de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal.[22] De overige EU-verdragsvrijheden zal ik derhalve niet betrekken in mijn onderzoek.

De volgende deelvragen zijn van belang voor de beantwoording van mijn onderzoeksvraag:

1. Is de antimisbruikbepaling van art. 1, leden 2 en 3, MDR een uitputtend geharmoniseerde bepaling?

[19] Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
[20] Rb. Noord-Holland 26 juni 2020, nr. AWB - 19_862, ECLI:NL:RBNHO:2020:5137.
[21] A-G Wattel 26 mei 2023, nr. 22/02695, ECLI:NL:PHR:2023:540.
[22] Zie bijvoorbeeld Marres 2018, p. 223.

2. Welke criteria zijn volgens het HvJ van belang voor de beoordeling of sprake is van misbruik van Unierecht?
3. Hoe wordt de Nederlandse misbruiktoets in de rechtspraak uitgelegd?
4. Zijn de subjectieve en objectieve criteria van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 dezelfde criteria als in de antimisbruikbepaling van de MDR en de rechtspraak van het HvJ ten aanzien van het verbod van misbruik van Unierecht?
5. Dient de Nederlandse misbruiktoets te worden aangepast als gevolg van strijdigheid met de antimisbruikbepaling van de MDR, de vrijheid van vestiging en/of het vrij verkeer van kapitaal? Zo ja, hoe?

1.3 Wetenschappelijk en theoretisch kader

Om te beoordelen of de Nederlandse misbruiktoets in strijd is met de antimisbruikbepaling in de MDR, de vrijheid van vestiging en/of het vrij verkeer van kapitaal, zal ik het beslisschema van het HvJ doorlopen. Allereerst dien ik vast te stellen of er toegang is tot het EU-recht én of sprake is van een verschil in behandeling bij objectief vergelijkbare situaties. Ingeval van toegang tot het (primair) EU-recht én het bestaan van objectief vergelijkbare situaties die verschillend worden behandeld, zal ik bepalen of dit verschil in behandeling leidt tot een beperking van de vrijheid van vestiging en/of het vrij verkeer van kapitaal. Alsdan kan pas worden toegekomen aan de vraag of er een rechtvaardigingsgrond bestaat die een beperking van de vrijheid van vestiging en/of het vrij verkeer van kapitaal in de betreffende situatie kan rechtvaardigen. Hierbij zal ik de criteria die het HvJ hanteert bij de bepaling of sprake is van misbruik van Unierecht vergelijken met de door Nederland gestelde criteria in de misbruiktoets. Als de door Nederland gestelde criteria, mijns inziens, *niet* in strijd zijn met de criteria van het HvJ, zal ik ten slotte onderzoeken of de Nederlandse antimisbruikbepaling geschikt en proportioneel is.

Om te bepalen hoe de antimisbruikbepaling in de MDR dient te worden uitgelegd, zal ik jurisprudentie bespreken waarin het HvJ heeft beslist over onder meer de toepassing van soortgelijke antimisbruikbepalingen in andere Europese richtlijnen[23].

Aangezien ik in hoofdstuk 2 de toetsingskaders nader bespreek, zal ik de verdere details omtrent de toetsingskaders vooralsnog onbesproken laten.

1.4 Verantwoording van de opzet

De opzet van mijn thesis is als volgt: na dit inleidende hoofdstuk zal ik in hoofdstuk 2 de toetsingskaders bespreken. Ik bespreek allereerst wie toegang heeft tot de voordelen van de MDR, en

[23] Zoals bijvoorbeeld de Fusierichtlijn en de IRR.

voor wie zodoende de antimisbruikbepaling in de MDR geldt. Er dient te worden beoordeeld of deze antimisbruikbepaling als een niet uitputtend geharmoniseerde bepaling kan worden gezien. Als het een niet uitputtend geharmoniseerde bepaling betreft, kan de Nederlandse misbruiktoets tevens getoetst worden aan de vrijheid van vestiging en/of het vrij verkeer van kapitaal. Een beperking van deze vrijheden is niet toegestaan, behoudens het bestaan van een rechtvaardigingsgrond voor deze beperking. Aangezien het bestrijden van misbruik, het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het territorialiteitsbeginsel de voornaamste rechtvaardigingsgronden *kunnen* zijn in het kader van mijn onderzoeksvraag, zal de focus in mijn thesis voornamelijk op deze rechtvaardigingsgronden liggen.

In hoofdstuk 3 beschrijf ik de door Nederland gehanteerde criteria voor de bepaling van misbruik bij gebruik van de inhoudingsvrijstelling (de "misbruiktoets" in de inhoudingsvrijstelling). Mede aan de hand van literatuur bespreek ik daarnaast de standpunten van bijvoorbeeld de lagere rechters, advocaten-generaal, Belastingdienst en wetgever ten aanzien van de EU-houdbaarheid van deze Nederlandse misbruiktoets. Op basis van de toetsingskaders uit hoofdstuk 2 zal ik bovendien mijn visie geven omtrent de EU-houdbaarheid van de Nederlandse misbruiktoets en doe ik eventueel een aanbeveling tot aanpassing van deze misbruiktoets.

Ten slotte geef ik in hoofdstuk 4 een algehele samenvatting van mijn thesis en beantwoord ik mijn onderzoeksvraag. Indien mijn conclusie hiertoe aanleiding geeft, zal ik tevens een aanbeveling doen ten aanzien van een (gedeeltelijke) aanpassing van de Nederlandse misbruiktoets.

1.5 Onderzoeksmethode

Om bovenstaande opzet in mijn thesis te kunnen verwezenlijken, zal ik juridisch-dogmatisch onderzoek doen.

Het te verrichten *juridisch-dogmatisch onderzoek*[24] zal bestaan uit een beschrijving, analyse en evaluatie van jurisprudentie, gepubliceerd beleid, wetgeving, parlementaire geschiedenis en literatuur. Ik zal allereerst beschrijvend te werk gaan, gevolgd door een analyse. Vervolgens evalueer ik mijn bevindingen en vorm ik aan de hand van de toetsingskaders een onderbouwde conclusie, inclusief aanbevelingen.

[24] Zie bijvoorbeeld Van Lochem, *Open normen in het huurrecht (R&P nr. VG11)* 2019/1.9.1.

Hoofdstuk 2: Toetsingskaders vanuit Europees recht

2.1 Inleiding

Hoewel bij de huidige stand van het recht de directe belastingen behoren tot de bevoegdheid van de lidstaten, zijn deze niettemin verplicht die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen.[25] De door Nederland gehanteerde misbruiktoets in de inhoudingsvrijstelling dividendbelasting dient derhalve EU-conform te zijn.[26]

In dit hoofdstuk zal ik de voor mijn onderzoeksvraag relevante Europeesrechtelijke toetsingskaders nader uitwerken, welke bestaan uit de antimisbruikbepaling in de MDR, de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal.

2.2 Antimisbruikbepaling in art. 1, leden 2 en 3, van de Moeder-dochterrichtlijn

2.2.1 Toegang tot de Moeder-dochterrichtlijn

De MDR maakt deel uit van het *secundaire* Unierecht, dat in beginsel geen directe werking heeft.[27] Aan de hand van een gemeenschappelijke regeling streeft de MDR naar **fiscale neutraliteit** door winstuitkeringen van een in een lidstaat gevestigde kwalificerende dochteronderneming aan haar in een andere lidstaat gevestigde kwalificerende moedermaatschappij vrij te stellen van bronbelasting en dubbele belastingheffing van zulke inkomsten op het niveau van de moedermaatschappij te elimineren.[28]

Op die grondslag bevindt zich in art. 5 van de MDR een vrijstelling van bronbelasting in de uitkerende lidstaat *("inhoudingsvrijstelling")*.[29] Elke lidstaat is onder meer *verplicht* de bepalingen van de MDR toe te passen op winst die door vennootschappen van die lidstaat is uitgekeerd aan vennootschappen van andere lidstaten, waarvan zij dochterondernemingen zijn.[30] De volgende cumulatieve voorwaarden gelden voor **toegang**[31] tot de (voordelen van de) MDR:

1. De vennootschappen dienen één van de in de bijlage genoemde rechtsvormen te hebben,[32] en;

---

[25] Zie bijvoorbeeld Douma, *TFO* 2013/125.4, paragraaf 3.2. Zie bijvoorbeeld ook HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03, BNB 2006/72, r.o. 29 *(Marks & Spencer II)*.
[26] Het Unierecht heeft immers voorrang op het nationaal recht, zie bijvoorbeeld HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62, BNB 1964/134 *(Van Gend & Loos)*, alsook Van Mierlo, *WFR* 2023/69, paragraaf 3.2.
[27] Zie bijvoorbeeld Van Mierlo, *WFR* 2023/69, paragraaf 3.2.
[28] Zie de overwegingen bij de Richtlijn van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, nr. 90/435/EEG, PbEG 1990, L 225 *(Preambule 2011)*.
[29] Art. 6 MDR bevat ook een vrijstelling van bronbelasting, maar dan in de lidstaat van ontvangst, welke vrijstelling niet relevant is in het kader van mijn thesis.
[30] Art. 1, lid 1, onderdeel b, MDR *(onderdelen a, c en d zijn minder relevant in het kader van mijn thesis)*.
[31] Art. 2 en 3, MDR.
[32] Bijlage I, deel A, MDR; bijvoorbeeld naamloze en besloten vennootschappen.

2. de vennootschappen mogen hun fiscale zetel niet *buiten* de EU hebben en moeten zonder keuzemogelijkheid of vrijstelling zijn onderworpen aan één van de in de bijlage genoemde belastingen,[33] en;
3. om als "moedermaatschappij" te kwalificeren, dient deze vennootschap een deelneming van ten minste 10% te bezitten in het kapitaal van een vennootschap van een andere lidstaat, waarbij laatstgenoemde vennootschap in dat geval de dochteronderneming betreft.[34]

2.2.2 Antimisbruikbepaling

Door de lidstaten op grond van art. 5 van de MDR te verbieden een bronbelasting in te houden op de winstuitkeringen van een dochteronderneming aan haar in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij, wordt de bevoegdheid van de lidstaten beperkt ten aanzien van het belasten van winsten die door op hun grondgebied gevestigde vennootschappen worden uitgekeerd aan vennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd. Aangezien de MDR beoogt de fiscale regeling van grensoverschrijdende samenwerkingsverbanden binnen de Unie te versoepelen, mogen lidstaten niet eenzijdig beperkende maatregelen vaststellen en het recht op deze inhoudingsvrijstelling van art. 5 MDR aan verschillende voorwaarden koppelen.[35]

Daarentegen mag de toepassing van een Unierechtelijke regeling niet zo ver gaan dat zij leidt tot het dekken van misbruiken van marktdeelnemers.[36] Zo kent art. 1, lid 2, MDR sinds 2015[37] een **minimumbepaling** ter bestrijding van misbruik.[38] Deze antimisbruikbepaling luidt als volgt:

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

"Een constructie kan uit verscheidene stappen of onderdelen bestaan."

---

[33] Art. 2, onderdeel a, onder ii) en iii), MDR, en bijlage I, deel B, MDR; de vennootschapsbelasting is de kwalificerende belasting voor een in Nederland gevestigde vennootschap.
[34] Art. 3, lid 1, MDR.
[35] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 51-52, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.
[36] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 5 juli 2007, nr. C-321/05, FED 2007/71, r.o. 38, m.nt. D.S. Smit *(Kofoed)*.
[37] Art. 1, lid 2, MDR van vóór 2015 is tot lid 4 vernummerd in de huidige MDR. Hierbij is nog toegevoegd "belastingontduiking" *(naast fraude en misbruik)*.
[38] Vijfde overweging bij Richtlijn van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, *PbEU* 2015, L 21/1 *(Preambule 2015)*.

Lidstaten zijn blijkens deze antimisbruikbepaling *verplicht*[39] de voordelen uit de MDR te weigeren indien sprake is van de bovenstaand beschreven misbruiksituatie. Lid 3 van laatstgenoemd artikel bepaalt dat een constructie of een reeks van constructies als kunstmatig wordt beschouwd *"voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen"*.

De antimisbruikbepaling kan zo **doeltreffend** mogelijk en op **evenredige wijze** worden toegepast, door deze bepaling slechts toe te passen op dat deel van de constructie dat kunstmatig is.[40] Op deze manier wordt tevens tegemoetgekomen aan de **strikte** uitlegging van de antimisbruikbepaling, als uitzonderingsbepaling op de bij de MDR ingevoerde belastingregels.[41] Met het oog op maatregelen ter bestrijding van misbruik wordt deze strikte uitlegging eveneens door het rechtszekerheidsbeginsel vereist, zodat deze manier van uitlegging mijns inziens de juiste is.[42]

Kenmerkend voor de huidige antimisbruikbepaling is het gebruik van **algemene bewoordingen** als "constructie of een reeks van constructies", "met als hoofddoel of een van de hoofddoelen", "doel of toepassing van de richtlijn ondermijnen", "kunstmatige opzet" en "geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen". Het gebruik van deze algemene bewoordingen bemoeilijkt de beoordeling van de door Nederland geïmplementeerde antimisbruikbepaling in de nationale wet. De grenzen van wat als misbruik wordt beschouwd kunnen echter vaak slechts in algemene bewoordingen worden omschreven, zodat de **feiten en omstandigheden in het individuele geval** uiteindelijk beslissend zijn voor het antwoord op de vraag of al dan niet sprake is van misbruik.[43] Specifieke nationale bepalingen mogen hierbij naar mijn mening wel een nadere invulling geven aan bewoordingen zoals "een ontgaansoogmerk", "kunstmatigheid" of "strijdigheid met het doel van een bepaling", mits deze invulling in lijn is met het Unierechtelijke concept van misbruik.[44]

Bij de implementatie wordt aan nationale instanties namelijk de bevoegdheid gelaten om vorm en middelen te kiezen ten aanzien van de precieze implementatie in de nationale wet.[45] De *inhoud* van de

---

[39] Dit blijkt uit de zinsnede *"De lidstaten kennen de voordelen niet toe"*.
[40] Zie bijvoorbeeld het gebruik van de term "voor zover" in lid 3. Zie tevens bijvoorbeeld de achtste overweging bij de Richtlijn van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, *PbEU* 2015, L 21/1 *(Preambule 2015)*.
[41] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 26, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.
[42] Zie bijvoorbeeld Weber, *WFR* 2018/75, paragraaf 5.1, alsook Marres & De Groot, *WFR* 2015/910, paragraaf 4.2 en 5, waarin ze ingaan op het belang van rechtszekerheid voor belastingplichtigen. Zie tevens A-G Kokott 19 januari 2017, nr. C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641, r.o. 25 *(Eqiom & Enka)*.
[43] Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2015/16, 34 306, nr. 4.
[44] Zie bijvoorbeeld Van Mierlo, *WFR* 2023/69, paragraaf 3.2, alsook Douma, *TFO* 2013/125.4, paragraaf 2.4.
[45] Art. 288, alinea 3, VwEU.

nationale regelgeving moet derhalve wel in overeenstemming zijn met de bepaling van de richtlijn en de *vorm* van de nationale regelgeving moet geschikt zijn om de doelstellingen van de richtlijn te realiseren.[46] Bij een mogelijk interpretatieconflict tussen de nationale- en Unierechtelijke bepaling geldt dat de nationale bepaling zoveel mogelijk **in lijn met het Unierecht** dient te worden uitgelegd *(richtlijnconforme uitlegging)*.[47] Als het nationale recht voorwaarden hanteert waartoe de richtlijn geen ruimte verleent, is echter sprake van een niet correcte implementatie en strijd met het (secundaire) EU-recht.[48]

Om te kunnen toetsen of de Nederlandse, op deze richtlijnbepaling gebaseerde, antimisbruikbepaling van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 in overeenstemming is met deze bepaling in de MDR, is het van belang wat volgens het HvJ onder de desbetreffende algemene bewoordingen van de MDR wordt verstaan.

De antimisbruikbepaling in de MDR kent een **subjectieve** (intentie is belastingontwijking) en **objectieve** (strijd met doel en strekking van de MDR) toets.

De term **"hoofddoel of een van de hoofddoelen"** maakt deel uit van de **subjectieve toets**.[49] Als het belastingontwijkingsmotief een voldoende voorwaarde is voor het handelen van de belastingplichtige, lijkt al aan de subjectieve toets te zijn voldaan, ondanks het (eventuele) bestaan van zakelijke motieven die het handelen op zichzelf ook zouden rechtvaardigen.[50] Deze toets is hiermee niet wezenlijk ruimer geformuleerd dan de subjectieve toets in de Fusierichtlijn en de IRR, waarin beslissend is of belastingfraude of belastingontwijking "hoofddoel of een der hoofddoelen" respectievelijk "voornaamste of een van de voornaamste beweegredenen" is.[51] Het HvJ oordeelt echter in *Foggia*[52] dat de antimisbruikbepaling in de *Fusierichtlijn* pas van toepassing is indien het belastingontwijkingsmotief **doorslaggevend** is. In de literatuur heerst grotendeels de opvatting dat het HvJ de subjectieve misbruiktoets in de MDR naar analogie van *Foggia* uitlegt.[53] Deze uitleg van de

[46] Zie bijvoorbeeld *Vakstudie deel 8* Nederlands Internationaal Belastingrecht, aant. 4.1-4.5 (art. 288 VwEU) *(online, bijgewerkt 16 september 2023)*.
[47] Zie bijvoorbeeld Van Mierlo, *WFR* 2023/69, paragraaf 3.2. Zie bijvoorbeeld ook HvJ EG 5 juli 2007, nr. C-321/05, FED 2007/71, r.o. 45, m.nt. D.S. Smit *(Kofoed)*.
[48] Zie bijvoorbeeld Korving, *TFO* 2022/182.1 paragraaf 2.2.2.
[49] Zie bijvoorbeeld Marres & De Groot, *WFR* 2015/886, paragraaf 3. De woorden "en die" in art. 1, lid 2, MDR zorgen voor het bestaan van een cumulatieve toetsing.
[50] Zie bijvoorbeeld Marres & De Groot, *WFR* 2015/886, paragraaf 4.1.
[51] Zie art. 15, lid 1, onderdeel a, Fusierichtlijn respectievelijk art. 5, lid 2, IRR.
[52] HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718, r.o. 35 *(Foggia)*.
[53] Zie bijvoorbeeld Debelva en Luts, *ET* 2015 (Volume 55), No. 6, onderdeel 2.3, alsook Marres & De Groot, *WFR* 2015/886, paragraaf 4.1.

term “hoofddoel of een van de hoofddoelen” strookt eveneens met BTW-jurisprudentie aangaande misbruik van Unierecht, waarin het HvJ de term “**wezenlijke doel**” hanteert.[54]

Mijns inziens is deze interpretatie van de term “hoofddoel of een van de hoofddoelen” dan ook de juiste.[55] Indien het HvJ pas misbruik aanwezig acht indien de constructie *uitsluitend*[56] is opgezet om een fiscaal voordeel te behalen, zal een groot aantal misbruiken niet door de antimisbruikbepaling worden aangepakt. Het bestaan van andere (economische) doelen hoeft het misbruikkarakter van de constructie naar mijn mening immers niet teniet te doen.[57]

Om te bepalen of het hoofddoel of een van de hoofddoelen van een constructie belastingontwijking is, zal gekeken moeten worden naar **objectieve factoren** zoals het al dan niet *kunstmatige* karakter van een constructie, tenzij de subjectieve wens kan worden vastgesteld aan de hand van, bijvoorbeeld, verklaringen en correspondentie.[58]

Voor de **objectieve toets** is relevant dat, hoewel formeel voldaan is aan de voorwaarden van de MDR, uit *objectieve* omstandigheden (met name eventuele gekunsteldheid)[59] blijkt dat in strijd met het met de MDR beoogde doel een belastingvoordeel wordt verkregen.[60]

Aangezien in veel andere taalversies wordt gesproken over “geldige commerciële redenen” (letterlijke Nederlandse vertaling), lijkt mij dat elke *fiscale* overweging niet onder de **geldige zakelijke redenen** valt. Zelfs andere fiscale overwegingen (zoals een laag VPB-tarief) dan het verkrijgen van de voordelen die de MDR biedt, kwalificeren derhalve niet als geldige zakelijke redenen. Als de

---

[54] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 februari 2008, nr. C-425/06, ECLI:EU:C:2008:108, r.o. 62, m.nt. J.J.P. Swinkels *(Part Service)*, alsook HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02, BNB 2006/170, r.o. 75, m.nt. Bijl *(Halifax)*. Zie tevens bijvoorbeeld HvJ EU 22 november 2017, nr. C-251/16, V-N 2018/2.20, r.o. 60, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws *(Cussens e.a.)*, waarin het HvJ het kunstmatige karakter van een constructie slechts als een van de omstandigheden beschouwt die erop kunnen wijzen dat de verkrijging van een belastingvoordeel het wezenlijke doel is.

[55] Zie bijvoorbeeld het “Richtlijnvoorstel tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten”, waarin de term “in wezen” wordt gebruikt. Het HvJ refereert eveneens in onder meer HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 79, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)* naar de term “in wezen”.

[56] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 5 juli 2007, nr. C-321/05, FED 2007/71, r.o. 38, m.nt. D.S. Smit *(Kofoed)*.

[57] Zie bijvoorbeeld Soltysik, *MBB* 2008/05, alsook Marres & De Groot, *WFR* 2015/886, paragraaf 4.1, waarin ze onder meer verwijzen naar hetgeen het HvJ EG heeft geoordeeld in HvJ EG 21 februari 2008, nr. C-425/06, ECLI:EU:C:2008:108, r.o. 62, m.nt. J.J.P. Swinkels *(Part Service)*.

[58] Zie bijvoorbeeld Marres & De Groot, *WFR* 2015/886, paragraaf 4.1. Zie bijvoorbeeld ook Weber, in: Cursus Belastingrecht EBR.5.1.7.B.a *(online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2023)*.

[59] Zie de overeenkomst met de subjectieve toets; zo wordt onder beide toetsen door het HvJ vaak gesproken over de “kunstmatigheid” van een constructie, waarbij gekeken wordt naar de *objectieve* omstandigheden.

[60] Zie bijvoorbeeld Marres & De Groot, *WFR* 2015/886, paragraaf 4.2. Vergelijk tevens HvJ EG 14 december 2000, nr. C-110/99, BNB 2003/169, r.o. 52 *(Emsland-Stärke)*.

richtlijngever dergelijke andere fiscale overwegingen had willen laten doorgaan als geldige zakelijke redenen, dan zou de tekst van de antimisbruikbepaling mijns inziens moeten verwijzen naar bewoordingen zoals “andere overwegingen dan het verkrijgen van de voordelen van de MDR”.[61]

2.2.3 Uitputtend geharmoniseerde antimisbruikbepaling?

Voor een eventuele toetsing aan de fundamentele verdragsvrijheden is van belang of deze antimisbruikbepaling een *uitputtend* geharmoniseerde antimisbruikbepaling is. Een nationale maatregel inzake materie die op het niveau van de Europese Unie *niet* uitputtend is geharmoniseerd, dient namelijk tevens te worden getoetst aan het primaire Unierecht, waaronder de verdragsvrijheden.[62]

Een van de doelen van harmonisatie is het vergemakkelijken en bevorderen van het grensoverschrijdende ondernemingsverkeer door het opheffen van verschillen tussen de nationale wetgevingen.[63] Aangezien een van de beoogde doelen van een richtlijn bestaat uit het bijdragen aan de totstandkoming van een dergelijke harmonisatie van de wetgeving van lidstaten,[64] zal bij elk *verplicht* door de lidstaten te implementeren richtlijnbepaling mijns inziens sprake zijn van een vorm van harmonisatie.

Bij **uitputtende harmonisatie** worden alle nationale regelingen met betrekking tot een onderwerp volledig geharmoniseerd en binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht gebracht.[65] Van de in de richtlijn vervatte normen mag dan niet door de nationale overheid worden afgeweken, noch om strengere, noch om soepelere normen vast te stellen.[66] Naast uitputtende[67] harmonisatie kent de literatuur nog **3 andere vormen van harmonisatie**: minimumharmonisatie, optionele harmonisatie en wederzijdse erkenning.[68] Bij *minimumharmonisatie* worden in de richtlijn minimumnormen gesteld, maar hebben de lidstaten de vrijheid om, op het door de richtlijn bestreken terrein, verdergaande of strengere normen toe te passen.[69]

---

[61] Zie bijvoorbeeld ook Marres & De Groot, *WFR* 2015/886, paragraaf 4.3.
[62] Zie bijvoorbeeld Thomas, *WFR* 2001/970, paragraaf 6.3.2. Zie bijvoorbeeld tevens HvJ EU 20 december 2017, nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 45, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.
[63] Zie bijvoorbeeld Schutte-Veenstra, *GS* Rechtspersonen 4.
[64] Art. 94 EG-Verdrag. Zie tevens bijvoorbeeld Thomas, *WFR* 2001/970, paragraaf 6.2.1.
[65] Zie bijvoorbeeld Thomas, *WFR* 2001/970, paragraaf 6.3.2.
[66] Zie bijvoorbeeld Kapteyn 2003, p. 268.
[67] Ook wel *volledige* harmonisatie genoemd, vergelijk bijvoorbeeld Kapteyn 2003, p. 268.
[68] Zie bijvoorbeeld Kapteyn 2003, p. 268-269. Gezien de irrelevantie voor mijn onderzoek, zal ik niet nader aandacht besteden aan optionele harmonisatie en wederzijdse erkenning.
[69] Ik ben dan ook van mening dat het bestaan van *minimum*harmonisatie het bestaan van *uitputtende* harmonisatie uitsluit en vice versa. Zie tevens bijvoorbeeld Bundgaard & Schmidt & Tell & Laursen & Aarup, *ET* 2018 (Volume 58), No. 4, onderdeel 4.1, waarin ze schrijven dat het bestaan van een minimumnorm verschillen mogelijk maakt tussen nationale implementaties van de antimisbruikbepaling in de MDR.

In de considerans bij Richtlijn 2015/121/EU[70] wordt overwogen een *gemeenschappelijke minimumbepaling*[71] ter bestrijding van misbruik op te nemen en tevens een *consistentere* toepassing van de richtlijn in de verschillende lidstaten te bewerkstelligen.[72] Dit duidt naar mijn mening op **minimumharmonisatie**.[73] Indien de bedoeling van de richtlijngever namelijk was een uitputtend geharmoniseerde antimisbruikbepaling in te voeren, had deze mijns inziens gekozen voor de term "consistente toepassing" in plaats van "consistentere toepassing", en had deze het gebruik van algemene bewoordingen uitgesloten. De algemene bewoordingen[74] in de huidige antimisbruikbepaling voorkomen namelijk de mogelijkheid tot het zijn van exhaustieve voorschriften.[75]

Ik realiseer me nota bene dat *Eqiom & Enka*, alsook *Deister & Juhler*, zien op de antimisbruikbepaling in art. 1, lid 2 *(oud)*, MDR[76] en derhalve **niet** op het *huidige* art. 1, leden 2 en 3, MDR.[77] Ondanks de tekstuele verschillen tussen de bepalingen, alsmede het verschil in functie van beide bepalingen,[78] ben ik van mening dat deze arresten alsnog relevant zijn in het kader van mijn onderzoeksvraag. Het HvJ oordeelde in laatstgenoemde arresten dat de "oude"[79] antimisbruikbepaling *niet* uitputtend is geharmoniseerd, omdat deze bepaling zich ertoe beperkte de lidstaten de bevoegdheid te laten de nationale of verdragsrechtelijke voorschriften toe te passen die noodzakelijk zijn ter bestrijding van misbruik (en fraude). Op die manier omvatte deze antimisbruikbepaling een *optie* voor lidstaten tot het invoeren van antimisbruikbepalingen in het nationale recht of

---

[70] Zie de vijfde overweging bij de Richtlijn van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, *PbEU* 2015, L 21/1 *(Preambule 2015)*.
[71] Marres & De Groot schrijven bijvoorbeeld ook over een minimumbepaling in de MDR, zie Marres & De Groot, *WFR* 2015/886, paragraaf 2.2.
[72] Bij het bepalen van de precieze nationale implementatie dient volgens het HvJ wél het evenredigheidsbeginsel in acht te worden genomen, zie deelparagraaf 2.4.4 & 2.4.5.
[73] Vergelijk bijvoorbeeld A-G Wattel, *NJB* 2018/2151, afl. 41, over de algemene antimisbruikbepaling in de ATAD. Zie tevens de noot bij HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*, waarin Egelie verwijst naar het *gezamenlijke antimisbruikminimum* ten aanzien van de sinds 2015 in art. 1, leden 2 en 3, MDR opgenomen nieuwe antimisbruikbepaling.
[74] Zie deelparagraaf 2.2.2.
[75] Vergelijk bijvoorbeeld A-G Kokott 19 januari 2017, nr. C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641, r.o. 35 *(Eqiom & Enka)*.
[76] Het huidige art. 1, lid 4, MDR: *Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke bepalingen ter bestrijding van belastingontduiking, belastingfraude en misbruik.*
[77] HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*, en HvJ EU 20 december 2017, nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.
[78] Art. 1, lid 2 (oud), MDR zag op de *optie* voor lidstaten tot het invoeren van antimisbruikbepalingen in belastingverdragen of nationaal recht, terwijl het huidige art. 1, leden 2 en 3, MDR een zelfstandige antimisbruikbepaling in de MDR zelf is op grond waarvan de lidstaten *verplicht* zijn deze bepaling in hun nationale wet te implementeren (mogelijk aan de hand van de eventueel aan de lidstaten geboden ruimte bij de implementatie).
[79] Met "oude" antimisbruikbepaling doel ik op art. 1, lid 2 (oud), MDR.

belastingverdragen.[80] Aangezien ik van mening ben dat de huidige antimisbruikbepaling van art. 1, leden 2 en 3, MDR minimumharmonisatie tot stand brengt, hetgeen mijns inziens geen uitputtende harmonisatie betreft,[81] heeft tot gevolg dat deze huidige antimisbruikbepaling vergelijkbaar is met de antimisbruikbepaling zoals die gold ten tijde van *Eqiom & Enka* en *Deister & Juhler*. Het invoeren van een verdergaande antimisbruikbepaling in de nationale wet is namelijk eveneens een voor de lidstaten bestaande *optie* die naar mijn mening op grond van deze minimumharmonisatie is toegestaan,[82] maar is daarbij niet iets dat letterlijk in art. 1, leden 2 en 3, van de MDR staat.[83] De overwegingen van het HvJ omtrent art. 1, lid 2 (oud), MDR kunnen zodoende mijns inziens naar analogie worden toegepast op het huidige art. 1, leden 2 en 3, MDR.

2.3 Vrijheid van vestiging en vrij verkeer van kapitaal

2.3.1 Strekking vrijheid van vestiging

Gezien de algemene[84] antimisbruikbepaling van art. 1, leden 2 en 3, MDR mijns inziens géén uitputtend geharmoniseerde bepaling is, dient de door Nederland gehanteerde antimisbruikbepaling van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 tevens getoetst te worden aan het primaire EU-recht.[85] Daarnaast geldt dat niet alleen de nationale wetgeving verenigbaar dient te zijn met het primaire EU-recht, ook het secundaire Unierecht, zoals de MDR, dient verenigbaar te zijn met het primaire EU-recht.[86]

Een onderdeel van het primaire EU-recht zijn de verdragen. Het VwEU ("het Verdrag") kent verschillende fundamentele verdragsvrijheden. Het doel van deze vrijheden is het verwezenlijken van een interne markt door te zorgen dat grensoverschrijdende handelingen niet worden beperkt.[87]

Art. 49 VwEU kent het zogenoemde recht op *vrijheid van vestiging* toe aan onderdanen van lidstaten van de Europese Unie.[88] Op grond van deze vestigingsvrijheid moeten beperkingen voor onderdanen

[80] HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 15-18, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*, en HvJ EU 20 december 2017, nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 45-46, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.
[81] Zie tevens bijvoorbeeld Bundgaard & Schmidt & Tell & Laursen & Aarup, *ET* 2018 (Volume 58), No. 4, onderdeel 4.1, waarin ze schrijven dat het bestaan van een minimumnorm verschillen mogelijk maakt tussen nationale implementaties van de antimisbruikbepaling in de MDR.
[82] Zie bijvoorbeeld ook de vijfde overweging bij Richtlijn van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, *PbEU* 2015, L 21/1 *(Preambule 2015)*.
[83] Vergelijk met de voor lidstaten bestaande optie van art. 1, lid 2 (oud), MDR.
[84] Zie bijvoorbeeld Marres & De Groot, *WFR* 2015/886, paragraaf 2.2.
[85] Vergelijk bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 45-46, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.
[86] Zie bijvoorbeeld A-G Kokott 14 oktober 2021, nr. C-556/20, ECLI:EU:C:2021:857, r.o. 34-39.
[87] Zie bijvoorbeeld Smit, *TFO* 2012/122, paragraaf 1.
[88] Zie bijvoorbeeld Lexplicatie, commentaar op art. 49 VwEU. Zie bijvoorbeeld ook HvJ EU 24 mei 2011, nr. C-47/08, ECLI:EU:C:2011:334, r.o. 77 *(Commissie/België)*, en HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762, r.o. 19 *(SEVIC Systems)*.

van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat worden opgeheven. Dit kan worden bereikt door in een dergelijke situatie dezelfde voorwaarden te hanteren als voor de eigen onderdanen van die andere lidstaat zijn vastgesteld.[89]

De vrijheid van vestiging brengt derhalve het recht mee om in een andere lidstaat de bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap.[90] De rechtsvormkeuze voor de ontvangststaat is vrij en mag niet worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen.[91] Vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging gelijkgesteld met natuurlijke personen die staatsburger zijn van de lidstaten.[92]

Gezien de ruime draagwijdte van de vrijheid van vestiging dienen bepalingen die afwijken van deze vrijheid **strikt** te worden uitgelegd.[93]

Het *vestigingsbegrip* impliceert volgens het HvJ de daadwerkelijke **uitoefening** van een **economische activiteit** voor **onbepaalde tijd** door middel van een **duurzame vestiging** in deze lidstaat. Het Hof eist dus, kort gezegd, economische *substance* in de doelstaat om van "vestiging" in de zin van art. 49 VwEU te kunnen spreken.[94]

Het is afhankelijk van het **voorwerp** van de betrokken nationale belastingregeling of belastingplichtigen een beroep op de vrijheid van vestiging kunnen doen.[95] Indien de nationale regeling alleen van toepassing is bij **doorslaggevende zeggenschap**[96] van de aandeelhouder in de

---

[89] Art. 49, tweede alinea, VwEU. Zie tevens bijvoorbeeld HvJ EU 27 februari 2020, nr. C-405/18, ECLI:EU:C:2020:127, r.o. 27 en 31 *(AURES Holdings)*.
[90] Art. 49, eerste alinea, VwEU. Zie tevens bijvoorbeeld HvJ EU 13 oktober 2022, C-431/21, ECLI:EU:C:2022:792, r.o. 30 *(X GmbH & Co. KG)*.
[91] Zie art. 54, tweede alinea, VwEU voor de kwalificerende rechtsvormen. Zie tevens bijvoorbeeld HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 53, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.
[92] Art. 54, eerste alinea, VwEU.
[93] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 14 september 2017, nr. C-646/15, ECLI:EU:C:2017:682, r.o. 26 *(Trustees of the Panayi Accumulation & Maintenance Settlements)*, alsook HvJ EU 1 februari 2017, nr. C-392/15, ECLI:EU:C:2017:73, r.o. 106 *(Commissie/Hongarije)*. Zie tevens deelparagraaf 2.2.2.
[94] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, BNB 2007/54, r.o. 52-54, m.nt. P.J. Wattel *(Cadbury Schweppes & Cadbury Schweppes Overseas)*. Wattel spreekt als gevolg van deze definitie van "vestiging" over een circulaire redenering ten aanzien van het vaststellen van vestiging en misbruik: zie de noot bij HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, BNB 2007/54, r.o. 4, m.nt. P.J. Wattel *(Cadbury Schweppes & Cadbury Schweppes Overseas)*.
[95] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 40 en 54, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.
[96] Daarvan is sprake indien er een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald. Doorgaans is hiervoor een belang van méér dan 50% vereist in de uitkerende vennootschap. Zie bijvoorbeeld Van Mierlo, *VDHI* 2013/5.3.1, nr. 117, alsook HvJ EU 16 februari 2023, nr. C-707/20, BNB 2023/90, r.o. 56, m.nt. D.S. Smit *(Gallaher)*.

vennootschap, kan slechts een beroep op de vrijheid van vestiging worden gedaan. Aangezien de vrijheid van vestiging slechts van toepassing is bij transacties tussen lidstaten, is een mogelijke impact beperkt tot intra-EU verhoudingen.[97] Daarbij heeft de herkomst van de aandeelhouders, natuurlijke dan wel rechtspersonen, van deze in de Unie gevestigde vennootschappen geen invloed op het recht van laatstgenoemde vennootschappen om zich op deze vrijheid te beroepen.[98]

2.3.2 Strekking vrij verkeer van kapitaal

Het recht op het *vrij verkeer van kapitaal* is neergelegd in art. 63, lid 1, VwEU en verbiedt alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen.

Aangezien de definitie van het begrip "kapitaalverkeer" ontbreekt in het Verdrag, gaat het HvJ voor de invulling ervan te rade bij de (niet-uitputtende) lijst van kapitaalbewegingen die is opgenomen in de nomenclatuur[99] bij Richtlijn 88/361/EEG.[100] Ondanks het feit dat dividendbetalingen niet onder de door het HvJ gestelde definitie[101] van kapitaalverkeer vallen, heeft het HvJ EG onder meer in *Verkooijen* geoordeeld dat dividendbetalingen hier niettemin onder vallen.[102]

Niet bij elke belemmerende belastingregeling kan echter een beroep worden gedaan op het vrij verkeer van kapitaal. Evenals bij de vrijheid van vestiging is dit bij het vrij verkeer van kapitaal afhankelijk van het **voorwerp** van de betrokken nationale belastingregeling. Nationale regelingen die van toepassing zijn op participaties die enkel als **belegging** worden genomen zonder dat het de bedoeling is invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming uit te oefenen,[103] kunnen uitsluitend aan het vrij verkeer van kapitaal worden getoetst.[104]

Een **generieke** nationale regeling, dat wil zeggen een regeling die niet ziet op doorslaggevende zeggenschap of het houden als belegging, dient aan beide vrijheden te worden getoetst *tenzij* uit de

---

[97] Zie bijvoorbeeld Korving, *TFO* 2022/182.1, paragraaf 3.2.
[98] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 48, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)* in combinatie met art. 54 VwEU.
[99] Zie Bijlage I bij Richtlijn van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag, nr. 88/361/EEG, PbEG 1988, L 178.
[100] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 18 juni 2020, nr. C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476, r.o. 47 *(Commissie/Hongarije)*.
[101] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 31 januari 1984, gevoegde zaken nr. C-286/82 & nr. C-26/83, ECLI:EU:C:1984:35, r.o. 21 *(Luisi en Carbone)*, namelijk *"financiële operaties die in wezen op belegging of investering van het betrokken bedrag zijn gericht en niet op vergoeding van een prestatie"*.
[102] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 6 juni 2000, nr. C-35/98, BNB 2000/329, r.o. 27-29, m.nt. I.J.J. Burgers *(Verkooijen)*.
[103] Ofwel: er is geen doorslaggevende zeggenschap vereist voor toepassing van de nationale bepaling.
[104] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 16 februari 2023, nr. C-707/20, BNB 2023/90, r.o. 56, m.nt. D.S. Smit *(Gallaher)*, alsook HvJ EU 13 november 2012, nr. C-35/11, BNB 2013/28, r.o. 91-92, m.nt. P.J. Wattel *(Test Claimants in the FII Group Litigation II)*.

omstandigheden van het hoofdgeding blijkt dat een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere vrijheid en daarmee kan worden verbonden.[105]

2.4 Beslisschema van het Hof van Justitie

2.4.1 Toegang tot Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU)

Bij de beoordeling of een nationale bepaling in strijd is met het EU-recht, hanteert het HvJ een specifiek beslisschema. Hierbij behandelt het Hof in essentie de volgende vijf vragen:

1. Heeft belanghebbende toegang tot het VwEU?
2. Zo ja, is er, ingeval van objectief vergelijkbare situaties, sprake van een beperking van de rechten die zijn toegekend onder het VwEU?
3. Zo ja, dient de beperkende maatregel een legitieme doelstelling van algemeen belang die deze beperking kan rechtvaardigen?
4. Zo ja, is de beperkende maatregel geschikt om het beoogde doel te bereiken?
5. Zo ja, is de beperkende maatregel gelet op het beoogde doel proportioneel?[106]

Om als belanghebbende toegang te hebben tot het VwEU geldt in algemene zin dat sprake moet zijn van een grensoverschrijdende economische activiteit binnen de EU, waarbij een beroep kan worden gedaan op een van de vrijheden genoemd in het VwEU.[107] Voor vennootschappen is van belang dat ze zijn opgericht volgens het recht van een EU-lidstaat.[108] Bij de beoordeling of sprake is van toegang zijn slechts de *objectieve* omstandigheden van belang.[109]

Toegang tot het VwEU bestaat niet als sprake is van een zuiver nationale situatie. Het HvJ EU acht zich echter wel bevoegd om uitleg te geven in puur binnenlandse situaties indien Europese wetgeving ook voor puur binnenlandse situaties in de nationale wet is geïmplementeerd.[110]

---

[105] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 16 februari 2023, nr. C-707/20, BNB 2023/90, r.o. 55-57, m.nt. D.S. Smit *(Gallaher)*, alsook bijvoorbeeld HvJ EG 17 september 2009, nr. C-182/08, V-N 2009/47.20, r.o. 37, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws *(Glaxo Wellcome)*.
[106] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94, FED 1997/175, r.o. 37, m.nt. D.M. Weber *(Gebhard)*.
[107] Zie bijvoorbeeld Smit & Van Eijsden & Kiekebeld 2019, p. 7. Voor het reis- en verblijfsrecht van burgers van de EU en het vrije kapitaal- en betalingsverkeer geldt de eis van economische activiteit echter niet, zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 december 2003, nr. C-364/01, BNB 2004/178 *(Barbier)*.
[108] Dit geldt voor een beroep op de vrijheid van vestiging (zie art. 49 jo. art. 54, eerste alinea, VwEU); het vrij verkeer van kapitaal geldt bijvoorbeeld ook in de relatie tussen een vennootschap opgericht volgens het recht van een EU-lidstaat en een vennootschap opgericht volgens het recht van een derde land (zie art. 63, lid 1, VwEU).
[109] Zie bijvoorbeeld Weber, in: Cursus Belastingrecht EBR.5.0.2.A *(online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2023)*. Hierin verwijst hij onder meer naar HvJ EG 5 oktober 1994, nr. C-23/93, ECLI:EU:C:1994:362 *(TV10)* en HvJ EU 9 maart 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 *(Centros)*, waarin het HvJ heeft beslist dat de vraag of het vrije verkeer in het geding is, een andere vraag is dan die of zich misbruik voordoet.
[110] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32, r.o. 33-34, m.nt. J.A.G. van der Geld *(Leur-Bloem)*.

2.4.2 Objectief vergelijkbare situaties

Indien een bepaalde situatie onder de reikwijdte van de verdragsvrijheden valt, moet ongestoord gebruik kunnen worden gemaakt van het vrije verkeer. Dit wil zeggen dat er op geen enkele wijze belemmerd en/of gediscrimineerd wordt.[111] Van een belemmering is sprake in de situatie dat een nadeel zich voordoet bij de uitoefening van het vrije verkeer dat is terug te voeren op de wetgeving van één lidstaat.[112]

Uit rechtspraak van het HvJ volgt dat, hoewel de bepalingen van het Verdrag inzake de vrijheid van vestiging het voordeel van de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst beogen te garanderen, zij zich ook ertegen verzetten dat de **lidstaat van oorsprong** de vestiging van een van zijn burgers of van een naar zijn wetgeving opgerichte vennootschap, bijvoorbeeld een dochteronderneming, in een andere lidstaat belemmert.[113]

Het HvJ EU oordeelde bijvoorbeeld in *Eqiom & Enka* en *Deister & Juhler* dat het, slechts in situaties van winstuitkeringen aan niet-ingezeten vennootschappen, stellen van (extra) voorwaarden aan de "inhoudingsvrijstelling" in hun Franse respectievelijk Duitse fiscale wetgeving omtrent dividenden, een belemmering vormde van de vrijheid van vestiging.[114] Een ingezeten moedermaatschappij kan namelijk voor deze vrijstelling in aanmerking komen *zonder* dat deze voorwaarden voor haar gelden. Het HvJ EU oordeelde dat alle[115] maatregelen die het gebruik van de vrijheid van vestiging verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, als beperkingen van deze vrijheid moeten worden beschouwd.

Lidstaten mogen in situaties waarin gebruik wordt gemaakt van het vrije verkeer alleen beperkingen opwerpen indien géén sprake is van *objectief vergelijkbare situaties*, dan wel indien de lidstaten een *dwingende reden van algemeen belang*[116] voor de beperking hebben.[117]

---

[111] Zie bijvoorbeeld Weber, in: Cursus Belastingrecht EBR.5.0.1 *(online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2023)*.
[112] Zie bijvoorbeeld Weber, in: Cursus Belastingrecht EBR.5.0.6.C *(online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2023)*. Het HvJ past echter in bepaalde omstandigheden in plaats van een "per country-benadering" toch een "overall-benadering" toe, zie bijvoorbeeld HvJ EG 14 februari 1995, nr. C-279/93, BNB 1995/187, r.o. 41, m.nt. A.H.M. Daniels *(Schumacker)*.
[113] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 21 mei 2015, nr. C-657/13, ECLI:EU:C:2015:331, r.o. 33 *(Verder LabTec)*.
[114] HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 54-56, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*, en HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 88-90, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.
[115] Waaronder dus zowel "inbound" als "outbound" maatregelen. Zie bijvoorbeeld "Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap (MSR nr. 63)* 2014/5.9.2."
[116] Zie paragraaf 2.4.3.
[117] Zie bijvoorbeeld Weber, in: Cursus Belastingrecht EBR.5.0.1 *(online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2023)*. Zie bijvoorbeeld ook HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 57, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.

Het is derhalve toegestaan vergelijkbare omstandigheden verschillend te behandelen op basis van een *relevant objectief verschil*.[118] Het HvJ beoordeelt de objectieve vergelijkbaarheid van situaties in de regel uit het oogpunt van het **doel** van de desbetreffende *nationale* regeling.[119]

Bij *dividenduitkeringen* blijkt het HvJ echter een dergelijke vergelijkbaarheid te onderzoeken door als doorslaggevend criterium de **uitoefening van de fiscale bevoegdheid** te hanteren in plaats van het doel van de betreffende nationale regeling. Het Hof oordeelt namelijk dat de situatie, waarin de uitkerende vennootschap een dividenduitkering doet aan een vennootschap in een andere (lid)staat, de situatie *benadert* waarin die uitkerende vennootschap een dividenduitkering doet aan ingezetenen, *indien* de uitkerende lidstaat beide situaties aan haar fiscale bevoegdheid onderwerpt.[120] Op die grond oordeelt het HvJ dat de situatie van ingezeten dividend ontvangende aandeelhouders *vergelijkbaar* is met die van niet-ingezeten dividend ontvangende aandeelhouders.[121]

2.4.3 Rechtvaardigingsgronden

Een beperking van een van de vrijheden kan onder omstandigheden worden *gerechtvaardigd* door een (of meer) **dwingende reden(en) van algemeen belang**;[122] de zogenoemde *ongeschreven*[123] rechtvaardigingsgronden.[124] Hierbij is relevant dat met de belemmerende nationale regeling een algemeen belang wordt gediend.[125] Onder dit algemeen belang vallen volgens het HvJ niet economische[126] en budgettaire[127] doelstellingen.

2.4.3.1 Bestrijden van misbruik

Het *bestrijden van misbruik* wordt door het HvJ wél als dwingende reden van algemeen belang beschouwd, dat een inbreuk op een van de vrijheden kan rechtvaardigen.[128]

---

[118] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 27 september 1979, nr. C-230/78, ECLI:EU:C:1979:216, r.o. 19 *(Eridania)*. Zie ten aanzien van het vrij verkeer van kapitaal tevens paragraaf 2.3.2 in combinatie met art. 65 VwEU en de uitleg van het HvJ EG. De overige *geschreven* rechtvaardigingsgronden van art. 51-52 jo. art. 62 VwEU (vrijheid van vestiging) alsook die van het vrij verkeer van kapitaal zal ik, vanwege de geringe relevantie ervan voor mijn onderzoek, niet bespreken (met uitzondering van art. 65 VwEU).
[119] Zie bijvoorbeeld Weber, in: Cursus Belastingrecht EBR.5.0.9.E.a *(online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2023)*. Zie ook bijvoorbeeld HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89, r.o. 22 *(X Holding)*.
[120] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 14 december 2006, nr. C-170/05, BNB 2007/132, r.o. 34-36, m.nt. P.J. Wattel *(Denkavit Internationaal & Denkavit France)*.
[121] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 59-60, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.
[122] Ook wel "rule of reason" genoemd.
[123] Een voorbeeld van een geschreven rechtvaardigingsgrond is die van art. 65, leden 1 en 2, VwEU.
[124] Zie bijvoorbeeld Weber, in: Cursus Belastingrecht EBR.5.1.2.C *(online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2023)*.
[125] Zie bijvoorbeeld Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap (MSR nr. 63)* 2014/5.9.2.
[126] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 25 juli 1991, nr. C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323, r.o. 11 *(Gouda)*.
[127] Vergelijk bijvoorbeeld HvJ EG 6 juni 2000, nr. C-35/98, BNB 2000/329, r.o. 48, m.nt. I.J.J. Burgers *(Verkooijen)*.
[128] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 122-123, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.

Het Unierechtelijke[129] misbruikconcept geldt in drie situaties:

1. als rechtvaardigingsgrond voor nationale regelingen die de vrijheden beperken;[130]
2. in secundair Unierecht, zoals bijvoorbeeld art. 1, leden 2 en 3, MDR; en
3. als algemeen beginsel van verbod van misbruik.[131]

Ondanks dat de gebruikte definities in deze drie situaties uiteenlopen, wordt verondersteld dat het concept van "misbruik" gelijk is.[132] Het HvJ EU bevestigt dit ook ten aanzien van het secundaire Unierecht (art. 1, lid 2 (oud), MDR) en het bestrijden van misbruik in het primaire Unierecht.[133] Dit houdt in dat de doelstelling van bestrijding van belastingontwijking dezelfde draagwijdte heeft, ongeacht of ze wordt aangevoerd krachtens art. 1, leden 2 en 3, MDR, dan wel als rechtvaardiging voor een belemmering van het primaire recht.[134]

Aangezien het concept van "misbruik" gelijk is verondersteld in bovenstaande drie situaties, zijn er essentiële overeenkomsten tussen de gehanteerde definities te onderkennen.[135] Zoals ik reeds in deelparagraaf 2.2.2 heb aangehaald, gelden er namelijk twee cumulatieve[136] toetsen, die volgens Van Mierlo bestaan uit drie aspecten: i) de **objectieve** toets (strijdigheid met doel en strekking van de bepaling), ii) de **subjectieve** toets ((hoofd)doel om het voordeel te verkrijgen) en iii) **kunstmatigheid** (de economische realiteit wordt niet weerspiegeld).[137] Om als antimisbruikmaatregel te kunnen worden gerechtvaardigd, moet de nationale maatregel dus specifiek zien op dergelijke misbruiksituaties.[138]

---

[129] Ik ga in mijn thesis uit van eenzelfde definitie van misbruik op EU-niveau en nationaal niveau, zie bijvoorbeeld Weber, in: Cursus Belastingrecht EBR.5.1.7.A.c *(online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2023)*, alsook Wattel, *Sdu* 2006, p. 212.

[130] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.

[131] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 14 december 2000, nr. C-110/99, BNB 2003/169, r.o. 43 *(Emsland-Stärke)*. Zie bijvoorbeeld Van Mierlo, *WFR* 2023/69, paragraaf 3.1, omtrent deze drie situaties van het Unierechtelijke misbruikconcept.

[132] Zie bijvoorbeeld Marres & De Groot, *WFR* 2020/209, par. 2.4. Weber benoemt enkele (schijnbare) verschillen tussen het misbruikbegrip in de MDR en in het primaire EU-recht, maar legt ten slotte beide misbruikbegrippen hetzelfde uit. Weber, *Intertax* 2016/2, p. 110.

[133] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 97, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.

[134] Zodoende zijn de reeds in paragraaf 2.2.2 besproken aspecten van misbruik eveneens relevant voor deze en de volgende paragrafen en vice versa. Ik zal dan ook geen onderscheid maken tussen misbruikjurisprudentie in het kader van primair en secundair Unierecht. Zie bijvoorbeeld ook "Uniformiteit in het unierechtelijke begrip antimisbruikbepaling" in de noot bij HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.

[135] Vergelijk de definities van misbruik in bijvoorbeeld HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka),* in art. 1, leden 2 en 3, MDR, en in bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)* met elkaar.

[136] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, BNB 2007/54, r.o. 64, m.nt. P.J. Wattel *(Cadbury Schweppes & Cadbury Schweppes Overseas)*.

[137] Zie bijvoorbeeld Van Mierlo, *WFR* 2023/69, paragraaf 3.1.

[138] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 97 en 100, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.

Uit de *Deense zaken* blijkt dat het niet zijn van de **uiteindelijk gerechtigde** tot het dividend, volgens het HvJ EU duidt op een *aanwijzing*[139] van misbruik van recht.[140] Dit zal het geval zijn bij een **doorstroomvennootschap**.[141] In dit verband moet het ontbreken van een daadwerkelijke economische activiteit[142] worden afgeleid uit een onderzoek van alle relevante gegevens, betreffende met name het *beheer van de onderneming*, haar *boekhoudkundige balans*, haar *kostenstructuur* en de *werkelijk gemaakte kosten*, haar *werknemers*, alsook haar *kantoren* en *uitrusting*. Indien een dergelijke "*reële vestiging*" ontbreekt, kan dat een aanwijzing zijn dat sprake is van een "**volstrekt kunstmatige constructie**".[143]

2.4.3.2 Het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid

De doelstelling inzake de bestrijding van misbruik kan samenhangen met een andere dwingende reden van algemeen belang, namelijk *het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid* tussen lidstaten.[144] Gedragingen van misbruik kunnen immers een aantasting opleveren van het recht van de lidstaten om hun belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op hun grondgebied plaatsvinden, en zo de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar brengen.[145]

In art. 5 van de MDR wordt de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid geregeld door lidstaten te verbieden een bronbelasting te heffen over de winst die een ingezeten dochteronderneming aan haar niet-ingezeten moedermaatschappij uitkeert.[146] Echter, belastingplichtigen zouden een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten kunnen verstoren door op kunstmatige wijze te zorgen dat de in de nationale wet geïmplementeerde inhoudingsvrijstelling van toepassing is. Als gevolg van deze

---

[139] In tegenstelling tot de IRR, waarin toepassing van de vrijstelling wordt geweigerd indien de ontvanger niet de uiteindelijk gerechtigde is, ingevolge art. 1, lid 1, IRR. Zie bijvoorbeeld ook Marres & De Groot, *WFR* 2020/209, par. 2.5.3, waarin zij betogen dat het HvJ EU een uiteindelijk gerechtigde-eis leest in de MDR.
[140] HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*. Ik onderken dat de afkorting *"Deense zaken"* ook kan zien op de andere Deense arresten *(N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I & Z Denmark ApS)*. Om een helder onderscheid tussen deze arresten te maken, zal ik naar laatstgenoemde arresten verwijzen door vermelding van de naam van het individuele arrest / de gevoegde arresten.
[141] Voor nadere aanwijzingen voor het bestaan van een doorstroomvennootschap, zie bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 105-106, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.
[142] Vergelijk met paragraaf 2.3.1 voor de definitie van het vestigingsbegrip in de vrijheid van vestiging.
[143] Vergelijk met en zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, BNB 2007/54, r.o. 67-68, m.nt. P.J. Wattel *(Cadbury Schweppes & Cadbury Schweppes Overseas)*.
[144] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 63, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.
[145] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, BNB 2007/54, r.o. 56, m.nt. P.J. Wattel *(Cadbury Schweppes & Cadbury Schweppes Overseas)*.
[146] Zie ook bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 98, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.

inhoudingsvrijstelling zou de uitkerende lidstaat niet kunnen heffen over de dividenduitkering, terwijl de economische realiteit de heffingsbevoegdheid wél aan laatstgenoemde lidstaat zou toewijzen.[147]

2.4.3.3 Fiscale territorialiteitsbeginsel

De laatste rechtvaardigingsgrond die een rol kan spelen in relatie tot mijn onderzoeksvraag is het *fiscale territorialiteitsbeginsel*.[148] Dit betreft een rechtvaardigingsgrond die verband houdt met de geschreven rechtvaardigingsgrond in art. 65, lid 1, onderdeel a, VwEU. Deze rechtvaardigingsgrond is een uitzondering op het verbod ten aanzien van beperkingen van het kapitaalverkeer[149] en luidt alsvolgt:

> *"Het bepaalde in artikel 63 doet niets af aan het recht van de lidstaten de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die **niet** in **dezelfde situatie** verkeren met betrekking tot hun **vestigingsplaats** of de **plaats** waar hun **kapitaal** is belegd."*

Dat een verschillende behandeling alleen is toegestaan in het geval van een *relevant objectief verschil* blijkt uit het derde lid van art. 65 VwEU, waarin staat dat de in lid 1 en 2 bedoelde maatregelen en procedures geen middel tot **willekeurige discriminatie** mogen vormen, noch een **verkapte beperking** van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer zoals omschreven in art. 63 VwEU.[150]

De mogelijkheid tot toepassing van dit beginsel als rechtvaardigingsgrond grijpt zodoende terug op de vraag of een puur binnenlandse dividenduitkering objectief vergelijkbaar is met een grensoverschrijdende dividenduitkering.[151]

De door een Nederlandse dochteronderneming met een Nederlandse moedermaatschappij behaalde winst is geheel aan de Nederlandse belasting onderworpen, waar dat bij een Nederlandse dochteronderneming met een buitenlandse moedermaatschappij niet het geval

---

[147] Zie in samenhang met misbruik bijvoorbeeld HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 30, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.
[148] Zoals erkend in bijvoorbeeld HvJ EG 15 mei 1997, nr. C-250/95, FED 1998/365, r.o. 22, m.nt. D.M. Weber *(Futura Participations & Singer)*.
[149] Art. 63, lid 1, VwEU.
[150] Zie bijvoorbeeld Weber, in: Cursus Belastingrecht EBR.5.0.9.E.c.
[151] Zie paragraaf 2.4.2.

is.[152] In die zin zou men kunnen stellen dat sprake is van *niet-vergelijkbare* situaties die op grond van het territorialiteitsbeginsel verschillend behandeld mogen worden.[153]

Het HvJ EG oordeelt echter in *Amurta* dat dit verschil in behandeling **niet** gerechtvaardigd kan worden indien de uitkerende staat zowel binnenlandse als grensoverschrijdende dividenduitkeringen aan dividendbelasting onderwerpt.[154] In die situatie is namelijk sprake van vergelijkbare gevallen ingevolge de uitoefening van de fiscale heffingsbevoegdheid, aldus het HvJ EG.[155] In dit kader zou een verschillende behandeling leiden tot **discriminatie** op grond van de plaats van vestiging van de moedervennootschappen, welke niet op grond van art. 65, lid 1, onderdeel a jo. lid 3, VwEU kan worden gerechtvaardigd. De invoering van art. 65, lid 3, VwEU voegt volgens het HvJ dan ook niks toe aan de reeds door hem gewezen jurisprudentie, aangezien het HvJ bij het bestaan van een willekeurig discriminerende bepaling altijd al op grond van zijn beslisschema heeft geoordeeld dat ten aanzien van een dergelijke discriminerende bepaling geen rechtvaardiging bestaat voor het verschil in behandeling op basis van vestiging.[156] Het territorialiteitsbeginsel kan niet rechtvaardigen dat gelijke gevallen ongelijk worden behandeld, en kan derhalve niet als rechtvaardigingsgrond voor een belemmering van de vrijheden worden ingeroepen.[157]

2.4.4 Geschikt

Als de bestaande beperking is geoorloofd op grond van een van de rechtvaardigingsgronden, bestaat volgens het HvJ EU de volgende stap uit het onderzoeken of de betreffende nationale maatregel ook daadwerkelijk *geschikt* is om het nagestreefde, op zichzelf legitieme, doel te bereiken.[158] Bij deze geschiktheidstoets wordt het bestaan van een causaal verband tussen de nationale maatregel en het nagestreefde doel onderzocht.[159] Het Hof eist in dergelijke gevallen niet dat de EU-maatregel de

---

[152] Art. 2 versus art. 3 Wet Vpb 1969.
[153] Vergelijk met bijvoorbeeld HvJ EG 8 november 2007, nr. C-379/05, V-N 2007/57.16, r.o. 34, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws *(Amurta)*, waarin de Duitse en Italiaanse regering stellen dat de situatie van een in Nederland gevestigde ontvangende vennootschap die onbeperkt belastingplichtig is, objectief verschilt van de situatie van in een andere lidstaat gevestigde ontvangende vennootschappen die in Nederland enkel belastingplichtig zijn voor wat betreft de ontvangen dividenden.
[154] HvJ EG 8 november 2007, nr. C-379/05, V-N 2007/57.16, r.o. 38-41, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws *(Amurta)*. In deze zaak kon het verschil in behandeling evenmin worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het nationale belastingstelsel te verzekeren, noch door de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen, zie HvJ EG 8 november 2007, nr. C-379/05, V-N 2007/57.16, r.o. 60, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws *(Amurta)*.
[155] Vergelijk met de laatste alinea van deelparagraaf 2.4.2.
[156] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 8 november 2007, nr. C-379/05, V-N 2007/57.16, r.o. 32, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws *(Amurta)* in combinatie met bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 91-100, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)* en de deelparagrafen 2.4.2-2.4.5.
[157] Zie ook bijvoorbeeld de visie van Van Slooten in het artikel van Bot & Nijhuis, *WFR* 2005/1161, paragraaf 4.
[158] Zie bijvoorbeeld Douma, *WFR* 2007/247, paragraaf 1. Zie bijvoorbeeld ook HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 57, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.
[159] Zie bijvoorbeeld Jans, *SEW* 2000, p. 270.

'enige of de best mogelijke maatregel' is,[160] maar alleen dat deze regel 'op doeltreffende wijze'[161] een bijdrage kan leveren aan het doel. De maatregel moet als het ware passend zijn.[162]

Vanwege de verwevenheid tussen het geschiktheidsvereiste en het proportionaliteitsvereiste,[163] zal ik de verdere toelichting op dit vereiste geïntegreerd bespreken in de volgende deelparagraaf.

2.4.5 Proportioneel

Een nationale maatregel die geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken, mag ten slotte niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.[164] De vraag of geen minder belemmerende alternatieven voorhanden zijn om het beoogde doel te bereiken, maakt dan ook impliciet onderdeel uit van deze proportionaliteitstoets.[165] Het Hof gaat echter niet gelijk uit van het bestaan van een onevenredige nationale maatregel van een bepaalde lidstaat in de situatie dat een andere lidstaat minder belemmerende regels kent.[166]

De proportionaliteitseis, alsmede de geschiktheidseis,[167] maken deel uit van het evenredigheidsbeginsel.[168] Al verscheidene keren heeft het HvJ geoordeeld dat een nationale maatregel in strijd is met dit beginsel.

Zo blijkt uit *Deister en Juhler* dat bij het onderzoek of met een transactie misbruik wordt nagestreefd, bevoegde nationale autoriteiten niet ermee kunnen volstaan uit te gaan van een **algemeen en onweerlegbaar vermoeden van misbruik**[169] indien voldaan is aan bepaalde voorwaarden.[170] Zij dienen in elk concreet geval de betreffende transactie in haar geheel te onderzoeken. Het vaststellen

---

[160] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 3 december 2019, nr. C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035, r.o. 77 *(Tsjechische Republiek/Parlement en Raad)*.
[161] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 10 december 2002, nr. C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741, r.o. 129 *(British American Tobacco)*.
[162] Zie bijvoorbeeld Weber, in: Cursus Belastingrecht EBR.4.0.6.B *(online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2023)*, alsook Van Gerven 1991, p. 75-86.
[163] Zie deelparagraaf 2.4.5.
[164] Zie bijvoorbeeld Weber, in: Cursus Belastingrecht EBR.4.0.6.B *(online, laatst bijgewerkt op 14 maart 2023)*. Zie ook art. 5, lid 4, eerste alinea, VEU, alsook bijvoorbeeld het klassieke HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94, FED 1997/175, r.o. 37, m.nt. D.M. Weber *(Gebhard)*.
[165] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 9 juli 1997, nr. C-222/95, ECLI:EU:C:1997:345, r.o. 31 *(Parodi)*. Zie in dit kader ook bijvoorbeeld Douma, *WFR* 2007/247, paragraaf 1, 3 en 5.2.
[166] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 10 mei 1995, zaak C-384/93, ECLI:NL:XX:1995:AC1455, r.o. 51, m.nt. F.H. van der Burg *(Alpine Investments)*.
[167] Zie deelparagraaf 2.4.4.
[168] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 56, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.
[169] Zie § 50d, lid 3, EStG *(ten tijde van het hoofdgeding)*.
[170] HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 62, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*. Vergelijk bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 81, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*, waarin staat dat **niet** mag worden uitgegaan van een *algemeen vermoeden van misbruik* indien belastingplichtigen voor de meest voordelige belastingregeling kiezen.

van een nationale belastingmaatregel van algemene strekking die bepaalde categorieën van belastingplichtigen automatisch van het belastingvoordeel uitsluit, zonder dat de belastingdienst gehouden is zij het maar een begin van bewijs of aanwijzingen van misbruik over te leggen, gaat verder dan ter voorkoming van misbruik noodzakelijk is.[171]

Het HvJ EU oordeelde daarnaast dat de door de Duitse wetgever gestelde voorwaarden, ongeacht of ze afzonderlijk dan wel samen worden beschouwd, op zich niet impliceren dat sprake is van misbruik.[172] Volgens het HvJ EU was de Duitse maatregel zodoende ongeschikt, alsook disproportioneel in het bestrijden van misbruik.

Uit *Eqiom & Enka* blijkt dat een **algemeen en weerlegbaar vermoeden**[173] van misbruik óók verder gaat dan voor de bestrijding van misbruik noodzakelijk is.[174] Het algemeen vermoeden van misbruik leidt namelijk tot een **omkering van de bewijslast**, zonder dat de Belastingdienst verplicht is toereikende aanwijzingen voor belastingontwijking te verschaffen.[175]

Uit de *Deense zaken* blijkt mijns inziens dat de proportionaliteitseis volgens het HvJ EU minimaal vereist dat de **belastingautoriteit** *eerst* het misbruik **bewijst** aan de hand van relevante gegevens.[176] *Daaropvolgend* moeten de verweerders de gelegenheid hebben gehad om **tegenbewijs** te leveren.[177]

2.5 Deelconclusie

De MDR streeft aan de hand van een gemeenschappelijke fiscale regeling naar fiscale neutraliteit in de situatie van een winstuitkering door een in een lidstaat gevestigde dochteronderneming aan haar in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij. Op die grondslag bevindt zich bijvoorbeeld in art.

---

[171] Zie ook bijvoorbeeld Daba & Engers & Hop, *ET* 2021 (Volume 61), No. 9, onderdeel 4.2, alsook Weiss & Brühl, *ET* 2019 (Volume 59), No. 2/3, onderdeel 4.2. Zie tevens bijvoorbeeld Kavelaars, *TFO* 2021/175.3, paragraaf 4.2.

[172] HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 61, 64-65 en 69-71, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*. Zie ook bijvoorbeeld Bundgaard & Schmidt & Tell & Laursen & Aarup, *ET* 2018 (Volume 58), No. 4, onderdeel 4.1, alsmede Vermeulen, *NTFR* 2019/1787. Gezien de door de Duitse wetgever gestelde voorwaarden zijn meerdere auteurs van mening dat het HvJ niet snel een volstrekt kunstmatige constructie aanwezig acht, zie bijvoorbeeld Ravelli, *NTFR* 2018/47, alsook De Groot, *NLF Opinie* 2018/9.

[173] Zie art. 119 ter, lid 3, Code général des impôts *(ten tijde van de feiten in het hoofdgeding)*.

[174] HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 36, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.

[175] Zie bijvoorbeeld Kavelaars, *TFO* 2021/175.3, paragraaf 4.2, alsook Bundgaard & Schmidt & Tell & Laursen & Aarup, *ET* 2018 (Volume 58), No. 4, onderdeel 4.1. Zie ook A-G Kokott 19 januari 2017, nr. C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641, r.o. 59 *(Eqiom & Enka)*.

[176] HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 99, 116 en 117, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.

[177] Zie bijvoorbeeld ook Van Hulten & Korving, *WFR* 2019/129, paragraaf 3.1 en 3.2. Zie tevens Post & Van der Werf, *FFB* 2021/6.2.2, waarin ze onder meer verwijzen naar HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-115/16, nr. C-118/16, nr. C-119/16 & nr. C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134, r.o. 126 *(N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I & Z Denmark ApS)*, welke rechtsoverweging zich eveneens in de *Deense zaken* bevindt (r.o. 99 aldaar).

5 van de MDR een zogenoemde “inhoudingsvrijstelling” op dergelijke winstuitkeringen. Om toegang te hebben tot zulke voordelen van de MDR, dienen de moeder- en dochtermaatschappij aan bepaalde voorwaarden te voldoen. Bij misbruik van de richtlijn zullen, ondanks het voldoen aan deze voorwaarden, de voordelen niet worden toegekend op grond van de antimisbruikbepaling van art. 1, leden 2 en 3, MDR. Ik heb hierbij betoogd dat de overwegingen van het HvJ omtrent art. 1, lid 2 (oud), MDR naar analogie kunnen worden toegepast op het huidige art. 1, leden 2 en 3, MDR. Uit de HvJ-misbruikjurisprudentie blijkt dat evenzeer de concrete feiten en omstandigheden in het individuele geval van belang zijn bij de bepaling of sprake is van misbruik.
Aangezien de antimisbruikbepaling volgens de considerans bij Richtlijn 2015/121/EU een minimumbepaling ter bestrijding van misbruik betreft, is naar mijn mening sprake van *minimumharmonisatie*. Deze standpuntinname heeft mijns inziens tot gevolg dat deze bepaling géén uitputtend geharmoniseerde antimisbruikbepaling betreft, waardoor de door Nederland gehanteerde antimisbruikbepaling eveneens aan het primaire Unierecht dient te worden getoetst.

De vrijheid van vestiging heeft in tegenstelling tot het vrij verkeer van kapitaal geen *derdenwerking*. Indien de nationale belastingregeling doorslaggevende zeggenschap vereist voor toepassing ervan, kan slechts een beroep op de vrijheid van vestiging worden gedaan. Indien de nationale belastingregeling van toepassing is op participaties die enkel als belegging worden genomen zonder dat het de bedoeling is invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming uit te oefenen, kan uitsluitend aan het vrij verkeer van kapitaal worden getoetst. Een generieke nationale regeling dient aan beide vrijheden te worden getoetst *tenzij* uit de omstandigheden van het hoofdgeding blijkt dat een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere vrijheid en daarmee kan worden verbonden.

Bij de beoordeling of een nationale (antimisbruik)bepaling in overeenstemming is met EU-recht, dient het beslisschema van het HvJ te worden doorlopen.
Om als belastingplichtige *toegang* te hebben tot het EU-recht, en de verdragsvrijheden in het bijzonder, dient deze belastingplichtige binnen de personele, materiële, territoriale en temporele werkingssfeer van het EU-recht te vallen.
Lidstaten mogen belemmeringen van het vrije verkeer alleen opwerpen indien géén sprake is van *objectief vergelijkbare situaties*, dan wel indien de lidstaten een *dwingende reden van algemeen belang* voor de belemmering hebben. Bij dividenduitkeringen beoordeelt het HvJ de objectieve vergelijkbaarheid van situaties door als doorslaggevend criterium de *uitoefening van de fiscale bevoegdheid* te hanteren.
Onder dwingende redenen van algemeen belang vallen onder meer de *bestrijding van misbruik*, *het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid* en het *fiscale*

territorialiteitsbeginsel. In zowel primair als secundair recht bestaat de definitie van misbruik uit een *subjectieve* en *objectieve* toets.
Het HvJ eindigt het beslisschema met de vraag of de nationale bepaling *geschikt* en *proportioneel* is ten aanzien van het bereiken van het nagestreefde doel, waarbij een *algemeen vermoeden van misbruik* verder gaat dan voor de bestrijding van misbruik noodzakelijk is.

In het volgende hoofdstuk zal ik mijn toetsingskaders gebruiken bij de beoordeling of de Nederlandse misbruiktoets in overeenstemming is met EU-recht, waarbij ik inga op mijn laatste drie deelvragen.

Hoofdstuk 3: Misbruiktoets in de inhoudingsvrijstelling dividendbelasting

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik onder meer besproken dat lidstaten verplicht zijn de in de MDR opgenomen bepalingen, waaronder de in art. 5 van de MDR opgenomen inhoudingsvrijstelling alsook de antimisbruikbepaling van art. 1, leden 2 en 3, van de MDR, in hun nationale wet te implementeren. In dit hoofdstuk zal ik allereerst ingaan op de specifieke Nederlandse implementatie van deze inhoudingsvrijstelling. Vervolgens beschrijf ik, aan de hand van de uitleg die de parlementaire geschiedenis hieraan geeft, de door Nederland ten aanzien van de antimisbruikbepaling gehanteerde subjectieve en objectieve toets. Met gebruikmaking van de in het vorige hoofdstuk besproken toetsingskaders zal ik deze Nederlandse misbruiktoets in Europees perspectief plaatsen. Hierbij zal ik de visie van Rechtbanken, Hoven en de Hoge Raad, alsmede die van verschillende auteurs, omtrent de (uitleg van de) misbruiktoets gebruiken bij het vormen van een eigen mening en conclusie aangaande de EU-houdbaarheid van de Nederlandse misbruiktoets. De bewijslastverdeling zal hierin ook een rol spelen.

3.2 Misbruiktoets in de inhoudingsvrijstelling

3.2.1 Inhoudingsvrijstelling

Op grond van art. 4, lid 1, onderdeel a, Wet DB 1965 mag inhouding van de belasting in *binnenlandse* verhoudingen achterwege blijven ten aanzien van de opbrengsten van aandelen, indien de deelnemingsvrijstelling[178] of de deelnemingsverrekening[179] van de Wet Vpb 1969 van toepassing is op de voordelen die de opbrengstgerechtigde uit die aandelen geniet én de deelneming behoort tot het vermogen van zijn in Nederland gedreven onderneming.[180] Een inhoudingsvrijstelling dient op deze manier te voorkomen dat geldstromen binnen een ondernemingsstructuur worden belemmerd door bronheffingen.[181]

In lid 2 van hetzelfde artikel wordt deze inhoudingsvrijstelling uitgebreid naar dividenduitkeringen richting verdragslanden zowel binnen als buiten de EU/EER. Hierbij is van belang dat de opbrengstgerechtigde ten tijde van de dividenduitkering een belang in de inhoudingsplichtige heeft waarop de hiervóór genoemde deelnemingsvrijstelling of deelnemingsverrekening van toepassing zou

[178] Art. 13 Wet Vpb 1969.
[179] Art. 13aa Wet Vpb 1969.
[180] De vrijstelling geldt tevens voor opbrengsten van winstbewijzen en geldleningen als bedoeld in art. 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet VPB 1969, maar wegens de irrelevantie voor mijn onderzoeksvraag neem ik deze opbrengsten niet mee. Dit geldt mede voor art. 4, lid 1, onderdeel b, Wet DB 1965.
[181] Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

zijn indien hij in Nederland zou zijn gevestigd.[182] Op deze manier heeft Nederland de vrijstelling van bronbelasting in art. 5 van de MDR in de nationale wet geïmplementeerd.

Ingeval van misbruik kan bij *grensoverschrijdende* dividenduitkeringen van deze inhoudingsvrijstelling geen gebruik worden gemaakt.

3.2.2 Subjectieve toets

3.2.2.1 Beschrijving

De antimisbruikbepaling van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 bepaalt namelijk dat het *tweede lid* geen toepassing vindt indien de opbrengstgerechtigde het belang heeft met als **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** of reeks van constructies of samenstel van transacties waarbij:

1°. een constructie of transactie uit verscheidene stappen of onderdelen kan bestaan;

2°. een constructie of transactie of reeks van constructies of samenstel van transacties als kunstmatig wordt beschouwd voor zover zij, onderscheidenlijk het, niet is opgezet op grond van **geldige zakelijke redenen** die de **economische realiteit** weerspiegelen.

Zodoende lijkt de op art. 1, leden 2 en 3, MDR gebaseerde Nederlandse misbruiktoets[183] te bestaan uit een subjectieve *(hoofddoel of een van de hoofddoelen om heffing van belasting bij een ander te ontgaan)* en objectieve *(kunstmatige constructie of transactie)* toets, welke toetsen in onderlinge samenhang dienen te worden bezien.[184] Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de bedoeling van de wetgever was de misbruikrechtspraak van het HvJ als richtsnoer te gebruiken voor wat betreft de toepassing van zowel de Wet Vpb 1969 als de Wet DB 1965.[185]

De *subjectieve* toets berust op de zogenoemde **wegdenkgedachte**. Om te bepalen of het hoofddoel of een van de hoofddoelen is gelegen in het ontgaan van de heffing van dividendbelasting bij een ander, wordt een vergelijking gemaakt tussen de situatie dat de aandelen in het uitdelende, in Nederland gevestigde lichaam worden gehouden door de belastingplichtige (het lichaam dat de aandelen of de lidmaatschapsrechten in het in

[182] Voor nadere details omtrent de voorwaarden van deze vrijstelling, zie art. 4, lid 2, onderdelen a en b, Wet DB 1965.
[183] Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 5-6 (MvT).
[184] Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2019/20, 35 305, nr. 3, p. 22 (MvT).
[185] Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 105 (MvT). Hieruit kan worden opgemaakt dat de parlementaire geschiedenis niet doorslaggevend is, aangezien de antimisbruikbepaling hoe dan ook conform EU-recht uitgelegd en toegepast moet worden, zodat niet die parlementaire geschiedenis, maar de HvJ-misbruikrechtspraak beslissend is.

Nederland gevestigde lichaam onmiddellijk houdt), ten opzichte van de situatie dat de aandelen rechtstreeks zouden worden gehouden door de achterligger(s) die – onmiddellijk of middellijk – de aandelen in de belastingplichtige bezit(ten), dus zonder tussenkomst van de belastingplichtige. Volgens de parlementaire geschiedenis moet er bij deze wegdenkgedachte worden gestopt bij de eerste materiële onderneming in de structuur. Dit kan betekenen dat er meerdere schakels moeten worden weggedacht.[186] Indien de situatie zonder tussenkomst van de belastingplichtige niet zou leiden tot een hogere Nederlandse dividendbelastingclaim, zal er geen sprake zijn van het ontgaan van dividendbelasting bij een ander. De toetsing vindt steeds plaats op het moment van uitkering.[187]

3.2.2.2 Beoordeling subjectieve toets in het licht van EU-recht

Hof Amsterdam is in de reeds in paragraaf 1.1 aangehaalde zaak van 2 juni 2022 van mening dat met de wijzigingsrichtlijn in 2015 ten aanzien van de antimisbruikbepaling van art. 1, leden 2 en 3, MDR een *uitputtende* regeling is beoogd die de nationale overheid geen mogelijkheid biedt daarvan af te wijken of daarbinnen nadere afwegingen of keuzes te maken.[188] Op die grond moet de Nederlandse misbruiktoets volgens Hof Amsterdam, behoudens uitlegkwesties, geacht worden in overeenstemming te zijn met de antimisbruikbepaling in de MDR, alsook met het primaire EU-recht. Hof Amsterdam ondersteunt zijn opvatting met de verwijzing naar een arrest van de Hoge Raad van 10 januari 2020, waarin de Hoge Raad de vergelijkbare misbruiktoets in art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969 in overeenstemming met het Unierecht heeft geïnterpreteerd.[189]
Daarnaast zou het HvJ volgens Hof Amsterdam expliciet hebben geoordeeld dat in misbruiksituaties voor toetsing aan de in het Verdrag neergelegde vrijheden geen plaats is.[190] In deelparagraaf 2.2.3 heb ik echter betoogd dat de huidige antimisbruikbepaling in de MDR **géén** *uitputtend* geharmoniseerde bepaling is. Het door Hof Amsterdam aangedragen argument dat het HvJ toegang tot het (primaire) EU-recht in misbruiksituaties weigert, is mijns inziens eenvoudig te weerleggen. In de arresten *Centros* en *TV10* heeft het HvJ

[186] Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 6, p. 23 (NnavV). Op p. 15 is daarnaast vermeld dat voor de toepassing van de wegdenkgedachte niet is vereist dat sprake is van een *ondernemingsstructuur*. Ingeval er bijvoorbeeld bij een vastgoedstructuur na toepassing van de subjectieve toets geen sprake is van een structuur die is opgezet om dividendbelasting te ontgaan, dan is de antimisbruikbepaling niet van toepassing.
[187] Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 6-7 (MvT).
[188] Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, r.o. 5.3.13-5.3.15, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
[189] HR 10 januari 2020, nr. 18/00219, BNB 2020/80, m.nt. W.F.E.M. Egelie. Aangezien op grond van de wetsgeschiedenis kan worden aangenomen dat de wetgever ten opzichte van deze misbruiktoets van art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969 geen inhoudelijke wijziging heeft beoogd met de invoering van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965, kan hetgeen de Hoge Raad in dit arrest heeft overwogen ook voor laatstgenoemde bepaling relevant zijn. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 11 (MvT).
[190] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 121-123, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*, waarin volgens Hof Amsterdam het HvJ oordeelt dat in misbruiksituaties geen toegang tot het EU-recht bestaat.

namelijk geoordeeld dat de vraag of het vrije verkeer in het geding is, een andere vraag is dan die of zich misbruik voordoet.[191] Het is dan ook vaste rechtspraak van het HvJ dat in het geval van misbruik toegang tot het EU-recht kan bestaan, maar dat dit misbruik wel tot gevolg heeft dat geen aanspraak kan worden gemaakt op de voordelen (zoals een beroep op de fundamentele vrijheden) die uit het EU-recht voortvloeien vanwege de rechtvaardigingsgrond "het voorkomen van belastingontwijking".[192]

Nu ik **toegang**[193] tot het EU-recht in misbruiksituaties heb verondersteld, is het voor het beslisschema van het HvJ vervolgens van belang of sprake is van een *belemmering* in de situatie van *objectief vergelijkbare gevallen*. Aangezien de antimisbruikbepaling slechts geldt in de situatie van niet-ingezeten dividend ontvangende aandeelhouders en niet in de situatie van ingezeten dividend ontvangende aandeelhouders, kan deze nationale bepaling voor een **belemmering** van een van de vrijheden zorgen, omdat beide situaties volgens het HvJ **objectief vergelijkbaar** zijn.[194] Belanghebbende beroept zich dan ook op dit ongerechtvaardigde verschil in behandeling. Hof Amsterdam is echter van mening dat geen sprake is van objectief vergelijkbare gevallen op grond van het territorialiteitsbeginsel.[195] In dit kader brengt Hof Amsterdam tevens naar voren dat in geval van ingezeten dividend ontvangende aandeelhouders geen sprake is van toepassing van de MDR, zodat in die situatie niet wordt toegekomen aan het toepassen van de misbruiktoets.[196] Zodoende ligt de oorzaak van dit verschil in behandeling bij het al dan niet van toepassing zijn van de MDR, waardoor de meer fundamentele vraag lijkt te zijn of de antimisbruikbepaling ***van de MDR*** in strijd is met een van de vrijheden.[197] Deze kwestie kan naar mijn mening echter snel worden afgedaan, aangezien de eventuele strijd met een van de vrijheden is gerechtvaardigd op grond van het bestrijden van misbruik en hierbij het misbruikbegrip in het secundair recht (MDR) gelijk wordt gesteld met dat in het primair recht (verdragsvrijheden).[198]

---

[191] HvJ EU 9 maart 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 *(Centros)*, en HvJ EG 5 oktober 1994, nr. C-23/93, ECLI:EU:C:1994:362 *(TV10)*.
[192] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, BNB 2007/54, r.o. 29-38, m.nt. P.J. Wattel *(Cadbury Schweppes & Cadbury Schweppes Overseas)*. Ook in bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 86-100, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)* toetst het HvJ EU aan de van toepassing zijnde fundamentele vrijheid, ongeacht of sprake is van misbruik. De overweging van Hof Amsterdam dat in misbruiksituaties geen toegang tot het EU-recht bestaat, duidt dan ook naar mijn mening op een verkeerde lezing van de HvJ-rechtspraak hieromtrent.
[193] Ik veronderstel dat eveneens aan de andere voorwaarden voor toegang tot het EU-recht is voldaan, zie deelparagraaf 2.4.1.
[194] Zie deelparagraaf 2.4.2: ingezeten dividend ontvangende aandeelhouders zijn volgens het HvJ objectief vergelijkbaar met niet-ingezeten dividend ontvangende aandeelhouders.
[195] Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, r.o. 5.3.18, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws. Wattel volgt het Hof hieromtrent, zie A-G Wattel 26 mei 2023, nr. 22/02695, ECLI:NL:PHR:2023:540, r.o. 1.20.
[196] Zie in dit verband art. 1, lid 1, MDR.
[197] Zie tevens deelparagraaf 2.3.1.
[198] Zie deelparagraaf 2.4.3.1.

De vraag die dan resteert is of de (uitleg van de) Nederlandse antimisbruikbepaling in overeenstemming is met de antimisbruikbepaling in de MDR alsook met de fundamentele vrijheden. Aangezien er géén doorslaggevende zeggenschap vereist is voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling en de regeling niet uitsluitend ziet op het houden van participaties als belegging, betreft de (antimisbruikbepaling in de) inhoudingsvrijstelling een **generieke** regeling die aan zowel de **vrijheid van vestiging** als het **vrij verkeer van kapitaal** dient te worden getoetst.[199] Hierbij geldt echter wel dat het secundair recht als *lex specialis* met voorrang moet worden toegepast.[200]

De zaak van Hof Amsterdam van 2 juni 2022 betreft een lopende procedure bij de Hoge Raad en omvat het volgende feitencomplex.[201] Een in België wonende familie houdt indirect de aandelen in een Belgische houdstermaatschappij die diverse aandelenbelangen, zowel minderheids- als meerderheidsbelangen, houdt in Nederlandse en Belgische deelnemingen. Deze houdstermaatschappij kan als investeringsplatform van de familie worden gezien en heeft "substance" in de vorm van management fees, doorbelaste personeelskosten en ter beschikking gestelde werkruimte. Een van die investeringen, een 24%-belang, houdt zij in een Nederlandse vennootschap die dividend uitkeert. De vraag is of de houdstermaatschappij recht heeft op de inhoudingsvrijstelling als bedoeld in art. 4, lid 2, Wet DB 1965 of dat de antimisbruikbepaling daaraan in de weg staat. Belanghebbende, de Belgische houdstermaatschappij, betoogt dat de Nederlandse misbruiktoets in strijd is met EU-recht. Hof Amsterdam gaat hier **niet** in mee en constateert, in tegenstelling tot het eerdere oordeel van Rechtbank Noord-Holland, dat sprake is van misbruik.

Ik zal allereerst inzoomen op de Unierechtelijke houdbaarheid van de door Nederland gehanteerde **subjectieve toets** bij de bepaling of sprake is van misbruik.

Aangezien de (uiteindelijke) aandeelhouders in belanghebbende natuurlijke personen zijn die zonder gebruik van belanghebbende geen beroep zouden kunnen doen op de inhoudingsvrijstelling, leidt toepassing van de wegdenkgedachte volgens zowel Rechtbank Noord-Holland als Hof Amsterdam tot de conclusie dat het ontgaan van dividendbelasting bij de (uiteindelijke) aandeelhouders het hoofddoel of een van de hoofddoelen is om het belang

[199] Zie paragraaf 2.3 in combinatie met deelparagraaf 3.2.1.
[200] Zie bijvoorbeeld A-G Kokott 14 oktober 2021, nr. C-556/20, ECLI:EU:C:2021:857, r.o. 37.
[201] Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

in de Nederlandse vennootschap via belanghebbende te houden.[202] Hof Amsterdam is van mening dat de subjectieve toets een gerechtvaardigde toets in het kader van EU-recht, aangezien het op grond van de *Deense zaken* is toegestaan om voor deze subjectieve toets entiteiten weg te denken, indien deze tussenliggende entiteiten niet de uiteindelijk gerechtigden tot het dividend zijn.[203]

Naar de mening van Weber moet er voor de toepassing van art. 1, lid 2, MDR sprake zijn van een "belastingvoordeel" en zijns inziens moet dat voordeel worden vastgesteld door de situatie mét de constructie (indirect gehouden belang) te vergelijken met de situatie zónder constructie (direct gehouden belang, de "normale situatie"). Dit is precies wat de wegdenkgedachte doet.
Waar de wegdenkgedachte volgens Weber echter tekortschiet is dat het geen rekening houdt met het feit dat het op grond van art. 1, lid 2, MDR moet gaan om een constructie die is opgezet met als *"hoofddoel of een van de hoofddoelen"* om een belastingvoordeel te verkrijgen. Onder de wegdenkgedachte wordt zijns inziens te automatisch aangenomen dat, wanneer sprake is van een belastingvoordeel, dit ook gelijk het *hoofddoel* van de constructie is. Dit moet echter apart worden getoetst, en deze toets ontbreekt, aldus Weber.[204]

Daarnaast betoogt hij dat de Nederlandse invulling van de wegdenkgedachte alleen ziet op de vergelijking van de fiscale gevolgen tussen een direct en indirect gehouden belang. Op die manier gaat de wegdenkgedachte er vanuit dat de normale situatie (zonder constructie) altijd een direct gehouden belang is. Dat hoeft echter niet altijd zo te zijn. Hij verwijst hierbij naar een voorbeeld van Cornelisse, die er zijns inziens terecht op wijst dat de toepassing van de wegdenkgedachte in een situatie van emigratie van een natuurlijk persoon en zetelverplaatsing van een holdingmaatschappij tot de onjuiste uitkomst kan leiden dat sprake is van een belastingvoordeel, waar dit voordeel er in feite niet is.[205] De wegdenkgedachte kan, ook op deze manier, tot **overkill** leiden.[206]

Wat naar mijn mening bovendien kwestieus is ten aanzien van de verenigbaarheid van de wegdenkgedachte met EU-recht, is het feit dat volgens de parlementaire geschiedenis dient te

---

[202] Zie Rb. Noord-Holland 26 juni 2020, nr. AWB - 19_862, ECLI:NL:RBNHO:2020:5137, r.o. 16, respectievelijk Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, r.o. 5.3.4, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
[203] Zie HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 110, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.
[204] Weber, *WFR* 2018/75, paragraaf 5.2. Vergelijk bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, r.o. 5.3.4, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
[205] Het betreft de verwijzing naar Cornelisse, *NTFR* 2018/359, zie ook Weber, *WFR* 2018/75, paragraaf 5.2.
[206] Zie bijvoorbeeld Cornelisse, *NTFR* 2018/359.

worden **gestopt** bij de **eerste materiële onderneming**.[207] Hierdoor lijkt de ondernemingseis in de subjectieve toets een doorslaggevende rol te spelen, wat mogelijk eveneens tot *overkill* kan leiden. Als er geen enkele entiteit met een onderneming in de structuur boven Nederland zit, wordt immers verder gekeken naar de achterliggende natuurlijke personen, waardoor de subjectieve toets in dergelijke situaties altijd tot een misbruikmotief leidt.[208] Een **alternatief** zou kunnen zijn dat in art. 1, lid 2, MDR een dooruitdelingstermijn wordt toegevoegd. Als binnen die termijn geen dooruitdeling van dividend heeft plaatsgevonden, wordt de niet-dooruitdelende vennootschap niet weggedacht voor de subjectieve toets en kan sprake zijn van misbruik, behoudens succesvol tegenbewijs.[209]

De wegdenkgedachte kan mijns inziens ook tot **underkill** leiden. Het HvJ oordeelt namelijk in de *Deense zaken* dat, zelfs in de situatie dat de uiteindelijk gerechtigde tot de door de doorstroomvennootschappen doorgesluisde dividenden een vennootschap is die is gevestigd in een derde staat waarmee de bronstaat een belastingverdrag heeft gesloten, op basis waarvan **geen belasting** over de dividenden zou zijn geheven indien deze dividenden **rechtstreeks** waren uitgekeerd aan de in die **derde staat** gevestigde vennootschap, rechtsmisbruik niet dient te worden uitgesloten.[210] Toepassing van de wegdenkgedachte zal in deze situatie echter wél uitsluiten dat sprake kan zijn van misbruik, waardoor deze wegdenkgedachte in die zin als een "safe harbour" fungeert.[211] Ondanks het feit dat de wegdenkgedachte een methode is om het al dan niet bestaan van een belastingvoordeel *ten tijde van de dividenduitkering*[212] vast te stellen, waarbij deze wegdenkgedachte eveneens door het HvJ in de *Deense zaken* lijkt te worden gehanteerd, is dit "**safe harbour-karakter**" van deze subjectieve toets volgens mij niet verenigbaar met de HvJ-jurisprudentie.[213]

---

[207] Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 6, p. 23 (NnavV).
[208] Zie bijvoorbeeld ook Lohuis, *NTFR* 2017/2787.
[209] Zie in het kader van de houdstertermijn in de MDR bijvoorbeeld HvJ EG 17 oktober 1996, nr. C-283/94, FED 1996/995, m.nt. R.P.C.W.M. Brandsma *(Denkavit International BV)* in combinatie met het huidige art. 3, lid 2, onderdeel b, MDR. Gezien het reeds bestaan van een houdstertermijn in de MDR, zal het toevoegen van een dooruitdelingstermijn in art. 1, lid 2, MDR waarschijnlijk niet in strijd zijn met het primaire EU-recht, en zal het daarbij niet de beoogde harmonisatie in gevaar brengen.
[210] HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, r.o. 107-110 *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.
[211] Misbruik wordt immers onverwijld uitgesloten indien niet aan de subjectieve toets wordt voldaan *(cumulatieve toetsing)*. Zie ter onderbouwing bijvoorbeeld Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 6 (MvT).
[212] Zie in dit kader bijvoorbeeld Kamerstukken I 2017/18, 34 785, nr. D, p. 24 (NnavV), waarin de staatssecretaris van mening is dat niet op voorhand kan worden gesproken van een *safe harbour*, aangezien het al dan niet bestaan van een belastingvoordeel pas kan worden getoetst op het moment van uitkering.
[213] Zie HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 110, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*. Safe harbours lijken echter *impliciet* door het HvJ te zijn verboden, zie bijvoorbeeld ook weer HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 98, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*, waarin het HvJ spreekt over een onderzoek van *alle feiten en omstandigheden* die kunnen wijzen op misbruik.

Daarnaast heeft het HvJ EU in *Deister & Juhler* geoordeeld dat de in de Duitse wet geïmplementeerde wegdenkgedachte **niet** in lijn is met het EU-recht.[214] Duitsland hanteerde in § 50d, lid 3, EStG de volgende antimisbruikbepaling:

"Een buitenlandse vennootschap heeft geen recht op een volledige of gedeeltelijke aftrek uit hoofde van lid 1 of lid 2 indien deelnemingen in die vennootschap worden gehouden door personen die geen recht op teruggaaf of vrijstelling zouden hebben indien zij de inkomsten rechtstreeks zouden ontvangen, ***en***

1) *er geen economische of andere relevante redenen bestaan die de tussenplaatsing van de buitenlandse vennootschap rechtvaardigen,* ***of***
2) *de buitenlandse vennootschap niet meer dan 10% van haar totale bruto-inkomsten in het betreffende boekjaar uit haar eigen economische activiteit verwerft,* ***of***
3) *de buitenlandse vennootschap niet met een voor haar bedrijfsdoelstelling passend ingerichte bedrijfsvoering aan het algemene economische verkeer deelneemt.*[215]

[...]"

Het HvJ EU oordeelde dat de *loutere* omstandigheid dat deelnemingen in moedermaatschappijen worden gehouden door personen die geen recht op een dergelijke vrijstelling zouden hebben indien zij de dividenden rechtstreeks zouden ontvangen (vergelijkbaar met de Nederlandse wegdenkgedachte), op zich **niet** impliceert dat sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit en uitsluitend is opgezet om ten onrechte een belastingvoordeel te genieten. Hieruit maak ik op dat het HvJ EU de wegdenkgedachte niet voldoende acht voor het constateren van een ontwijkingsmotief. Het is mijns inziens daarbij evenwel uitgesloten dat de constructie een hoofddoel heeft om belasting te ontgaan als toepassing van de wegdenkgedachte *niet* tot een voordeel leidt.[216] Het voldoen aan de wegdenkgedachte toereikend achten voor de subjectieve toets **gaat** mijns inziens echter **verder dan nodig is** ter bestrijding van misbruik.[217]

---

[214] HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 64-67, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.
[215] Gezien de door de Duitse wetgever gestelde voorwaarden kan hier mijns inziens uit worden opgemaakt dat het HvJ niet snel een volstrekt kunstmatige constructie aanwezig acht. Zie bijvoorbeeld ook Ravelli, *NTFR* 2018/47, alsook De Groot, *NLF Opinie* 2018/9.
[216] Zie ook bijvoorbeeld Van Mierlo, *WFR* 2023/69, paragraaf 4.2.
[217] Zie deelparagraaf 3.2.4 voor de uitwerking van een naar mijn mening mogelijke EU-conforme toepassing van de subjectieve toets. Zie tevens bijvoorbeeld A-G Wattel 5 juli 2018, nr. 18/00219, ECLI:NL:PHR:2018:830, r.o. 1.8, Redactie Vakstudie Nieuws, waarin hij betoogt dat volgens het HvJ fiscale antimisbruikmaatregelen van lidstaten geen *overkill* mogen inhouden, en derhalve beperkt moeten blijven tot volstrekt kunstmatige constructies.

Indien de Hoge Raad eveneens oordeelt dat de Nederlandse toepassing van de wegdenkgedachte in strijd is met het EU-recht, heeft dat niet tot gevolg dat de Nederlandse antimisbruikbepaling van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 in strijd is met het Unierecht. Aangezien de Nederlandse wegdenkgedachte slechts is vormgegeven in de parlementaire geschiedenis en derhalve niet is terug te vinden in de tekst van de Nederlandse antimisbruikbepaling, kan namelijk alsnog een **richtlijnconforme uitleg** worden bewerkstelligd.[218] Ter bewerkstelliging van deze richtlijnconforme uitleg dient er volgens het HvJ rekening te worden gehouden met *alle relevante feiten en omstandigheden*, en derhalve niet slechts met de fiscale behandeling of herkomst van de personen die de deelneming in de moedermaatschappij bezitten.[219]

3.2.3 Objectieve toets

3.2.3.1 Beschrijving

Indien de subjectieve toets tot de conclusie leidt dat dividendbelasting wordt ontgaan bij een ander, moet vervolgens worden beoordeeld of sprake is van een kunstmatige constructie of transactie, de zogenoemde **objectieve toets**. Een constructie wordt als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen.[220] Volgens de parlementaire geschiedenis speelt ook bij de objectieve toets het ondernemingsvereiste een rol bij het vaststellen of sprake is van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Van geldige zakelijke redenen is sprake indien deze worden gereflecteerd in de **relevante substance** van het lichaam dat het belang in het in Nederland gevestigde lichaam onmiddellijk houdt.

Een (buitenlands) lichaam dat een belang in een Nederlands lichaam houdt, heeft volgens de staatssecretaris onder meer voldoende substance als het een **materiële onderneming** drijft, dat wil zeggen een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die met een winstoogmerk deelneemt aan het economische verkeer, en dit belang **functioneel** tot zijn **ondernemingsvermogen** kan worden **gerekend**.[221] Of een belang in een in Nederland gevestigd lichaam functioneel tot het ondernemingsvermogen kan worden gerekend, hangt af

[218] Zie tevens deelparagraaf 2.2.2.
[219] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 98, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*, alsook HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 66, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)* en HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 33, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.
[220] Volgens de parlementaire geschiedenis is per definitie sprake van een kunstmatige constructie als de activiteiten een ondersteunend of administratief karakter hebben of ze slechts worden verricht ten behoeve van de aandeelhouder(s) van de tussenhoudster, zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2019/20, 35 305, nr. 3, p. 44 (MvT).
[221] Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 7, 11 en 19 (MvT).

van de concrete feiten en omstandigheden in het voorliggende geval. De vraag die hierbij volgens de staatssecretaris centraal staat, is of het belang al dan niet wordt aangehouden als belegging.[222]

Ook zonder het uitoefenen van een materiële onderneming, zoals bij een **schakelende tussenhoudster** het geval is, kan volgens de parlementaire geschiedenis sprake zijn van geldige zakelijke redenen indien dit lichaam beschikt over voldoende relevante substance.[223] Relevante substance wordt aanwezig geacht indien de tussenhoudster voldoet aan de in art. 1bis UB DB 1965 genoemde acht ***substance-eisen*** (zie bijlage I), **tenzij** de inspecteur het tegendeel aannemelijk maakt. Als gevolg van de *Deense zaken* vormen deze eisen met ingang van 1 januari 2020 **geen** *"safe harbour"* meer, maar spelen ze slechts een rol bij de *bewijslastverdeling*.[224]

3.2.3.2 Beoordeling objectieve toets in het licht van EU-recht

Zoals ik in hoofdstuk 2[225] heb besproken, is op grond van het Unierecht voldaan aan de objectieve toets indien blijkt dat ***in strijd met doel en strekking*** *van de richtlijn / van de op de richtlijn gebaseerde belastingregeling* een belastingvoordeel wordt verkregen. Deze toets lijkt in eerste instantie in de Nederlandse antimisbruikbepaling te ontbreken.

Volgens Wattel vallen zowel de door Nederland gehanteerde subjectieve als objectieve toets onder het *subjectieve* criterium van het algemene misbruikconcept van het HvJ.[226] Het door het HvJ gehanteerde EU-rechtelijke rechtskundige criterium ("strijd met doel en strekking van de richtlijn/op de richtlijn gebaseerde belastingregeling"), hetgeen zich eveneens in de antimisbruikbepaling van de MDR bevindt, dient echter zijns inziens wel te worden "gelezen" in het criterium ten aanzien van de kunstmatigheid van de constructie. Uit kunstmatigheid in het licht van de economische realiteit wordt zodoende zowel een subjectieve ontwijkingsintentie afgeleid als strijd met doel en strekking van de belastingregeling, zodat de Nederlandse antimisbruikbepaling volgens hem alsnog **richtlijnconform** kan worden

[222] Zie bijvoorbeeld Kamerstukken I 2017/18, 34 785, nr. D, p. 27 (NnavV).
[223] Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 7 (MvT), alsook de Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2019 (nr. 2019-0000095322). De tussenhoudster vervult een schakelfunctie als zij een verband legt tussen de bedrijfsmatige activiteiten of hoofdkantooractiviteiten van de moedermaatschappij en de kleindochtermaatschappij(en).
[224] HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135 *(T Denmark & Y Denmark Aps)*. Zie ook bijvoorbeeld Kamerstukken II 2019/20, 35 305, nr. 3, p. 23 (MvT). Zie deelparagraaf 3.2.4 betreffende de bewijslastverdeling.
[225] Zie deelparagraaf 2.2.2 in combinatie met 2.4.3.1.
[226] A-G Wattel 26 mei 2023, nr. 22/02695, ECLI:NL:PHR:2023:540, r.o. 1.10 en 4.3.

uitgelegd.[227] Zijn opvatting vindt steun in de *Deense zaken*.[228] Het doel van de MDR[229] / van de op deze richtlijn gebaseerde belastingregeling zal immers, óók naar mijn mening, niet worden bereikt indien de voordelen hiervan worden toegekend aan kunstmatige constructies.[230] Aangezien op deze manier alsnog een richtlijnconforme uitleg kan worden bewerkstelligd, zorgt het ontbreken van de term "strijd met doel en strekking van de belastingregeling" er mijns inziens **niet** voor dat de Nederlandse antimisbruikbepaling in strijd is met het algemene misbruikconcept van het HvJ dan wel met de antimisbruikbepaling in de MDR.[231] De Nederlandse antimisbruikbepaling zou wel *duidelijker* zijn geweest als de wetgever ook het begrip "ondermijning"[232] of "in strijd met doel en strekking" van de belastingregeling expliciet had overgenomen.[233]

Aangezien het doel van de MDR is gelegen in het voorkomen van dubbele belasting op intra-EU-deelnemingsdividend, ben ik van mening dat bij een bronheffingvrije[234] dividenduitkering door een Nederlandse dochtermaatschappij aan een niet-ingezeten moedermaatschappij per definitie **geen** sprake is van een kunstmatige constructie die het doel van de MDR ondermijnt, *indien* de staat waarin de moedermaatschappij is gevestigd een percentage aan dividendbelasting kent dat *vergelijkbaar* is met dan wel *hoger* is dan hetgeen we in Nederland kennen. De uiteindelijke aandeelhouders (=natuurlijke personen) dienen dan wel in dezelfde staat als de moedermaatschappij te zijn gevestigd, zodat dit vergelijkbare dan wel hogere percentage aan dividendbelasting ook daadwerkelijk wordt geëffectueerd.[235]

Naar de mening van Weber is de objectieve toets in overeenstemming met de antimisbruikbepaling van de MDR, indien die daadwerkelijk, zoals in de parlementaire geschiedenis vermeld,[236] **in elk concreet geval** wordt toegepast.[237] Het HvJ eist namelijk op

---

[227] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 november 1990, nr. C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, r.o. 8 *(Marleasing)* voor de bestaande verplichting voor de nationale rechter tot richtlijnconforme uitleg, alsook deelparagraaf 2.2.2. Zie en vergelijk ook met deelparagraaf 2.4.3.1, waarin de drie aspecten van misbruik worden besproken.
[228] HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 100, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.
[229] Zie deelparagraaf 2.2.1.
[230] Zie tevens Marres, *NTFR* 2022/2349.
[231] Zie bijvoorbeeld deelparagraaf 2.2.2 in combinatie met art. 288, alinea 3, VwEU, alsook HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 60, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*, waarin "strijd met doel en strekking" ontbreekt in de definitie die het HvJ EU aan misbruik geeft.
[232] Zie art. 1, lid 2, MDR.
[233] Zie tevens bijvoorbeeld A-G Wattel 26 mei 2023, nr. 22/02695, ECLI:NL:PHR:2023:540, r.o. 4.3.
[234] Hiermee bedoel ik dat de inhoudingsvrijstelling van toepassing is.
[235] Vergelijk bijvoorbeeld Albert, *WFR* 2022/225, onderdeel 6. Zie tevens bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 100, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.
[236] Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 7 (MvT).
[237] Weber, *WFR* 2018/75, paragraaf 5.3.

grond van laatstgenoemde antimisbruikbepaling dat alleen *van geval tot geval* de voordelen van de MDR mogen worden onthouden. In bijvoorbeeld *Deister & Juhler* heeft het HvJ geoordeeld dat in elk concreet geval de desbetreffende constructie **in haar geheel** moet worden onderzocht, waarbij alle relevante gegevens in aanmerking moeten worden genomen *(overall-benadering)*[238].[239] Hieruit blijkt dat rekening moet worden gehouden met hele specifieke redenen die van belang kunnen zijn voor een bepaalde structuur van een concern, zoals de gekozen strategie. Ook in de zevende overweging bij Richtlijn 2015/121/EU staat dat, voor de vraag of sprake is van misbruik, een objectieve analyse van *alle* relevante feiten en omstandigheden dient te worden gemaakt. Dit zou volgens Weber tot gevolg hebben dat niet slechts in de situatie waarin een belang wordt gehouden door een lichaam met een materiële onderneming, of met een schakelfunctie, sprake is van geldige zakelijke redenen, maar dat dit ook het geval kan zijn in **situaties van beleggingen of bij passieve investering in onroerend goed**.[240] Het feit dat het HvJ, eveneens in *Deister & Juhler*, oordeelt dat de MDR **geen enkel vereiste** bevat met betrekking tot de **aard** van de economische activiteit van de vennootschappen die binnen haar werkingssfeer vallen of met betrekking tot de **hoogte van de inkomsten** uit de eigen economische activiteit van deze vennootschappen, steunt Weber in zijn mening.[241]

In het verloop van de parlementaire behandeling werd door de wetgever echter sterk de nadruk gelegd op het feit dat Nederland de voordelen van de MDR alleen op geldstromen binnen ondernemingsstructuren toekent. Bijgevolg is dan dat de objectieve toets naar de mening van de wetgever beperkt zou moeten zijn tot lichamen die een materiële onderneming drijven of die een schakelfunctie hebben.[242] Als dit het geval is, dan is de Nederlandse misbruiktoets volgens Weber een belastingregel van **algemene strekking** die **bepaalde categorieën** van belastingplichtigen *automatisch* van de voordelen van de MDR **uitsluit** en zodoende in strijd is met de MDR en de verdragsvrijheden.[243] De tekst van de Nederlandse antimisbruikbepaling laat echter volgens hem wel de ruimte om eveneens misbruik uit te sluiten indien er géén sprake is van geldstromen binnen ondernemingsstructuren, waardoor

[238] Zie bijvoorbeeld de noot bij Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
[239] HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 62 en 74, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.
[240] Weber hecht in zijn opvatting derhalve geen waarde aan hetgeen de staatssecretaris heeft geschreven in bijvoorbeeld Kamerstukken I 2017/18, 34 785, nr. D, p. 27 (NnavV), waar deze bij de bepaling of sprake is van voldoende substance kijkt naar het al dan niet als belegging houden van het onderhavige belang.
[241] Zie HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 72, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.
[242] Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 8, p. 2-3.
[243] Weber, *WFR* 2018/75, paragraaf 5.3. Vergelijk bijvoorbeeld met HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 62, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.

strijdigheid met de MDR en de verdragsvrijheden naar zijn mening niet aan de orde is. Volgens Weber kunnen de bewoordingen van het nationale recht dus komen tot een volgens het HvJ verplichte richtlijnconforme uitleg van de antimisbruikbepaling.[244] De uitleg van de bepaling op grond van de nationale wetshistorie is in dat geval niet van belang.[245] Wattel is dezelfde mening toegedaan en schrijft dat de bedoeling en toepassing van door het EU-recht beheerste antimisbruikbepalingen niet door de Nederlandse parlementaire geschiedenis wordt bepaald, maar door de HvJ-rechtspraak daarover.[246]

Weber betoogt bovendien dat, waar de nationale wetshistorie spreekt van het *"functioneel kunnen toerekenen van het belang tot het ondernemingsvermogen"*, deze toerekening een **economische realiteit** weerspiegelt, zoals bedoeld in art. 1, lid 3, MDR.[247] Hij onderbouwt zijn mening aan de hand van een verwijzing naar de achtste overweging bij Richtlijn 2015/121/EU, waarin de "voor-zover"[248]-aanpak wordt toegelicht.[249]

3.2.4 Bewijslastverdeling

De bewijslast ter zake van voldoening aan de toepassingsvoorwaarden van de inhoudingsvrijstelling rust op de belastingplichtige vanwege een algemene regel van bewijsrecht: wie zich op een vrijstelling beroept, moet bewijzen dat hij aan de voorwaarden ervan voldoet, aldus het HvJ.
Als vervolgens de inhoudingsvrijstelling aan belanghebbende als opbrengstgerechtigde door de inspecteur wordt *onthouden* met een beroep op de antimisbruikbepaling, rust volgens het HvJ op de **inspecteur** de **bewijslast** de in deze bepaling gestelde omstandigheden, die het onthouden van de vrijstelling rechtvaardigen, aannemelijk te maken. Vervolgens moet belanghebbende de gelegenheid hebben om tegenbewijs te leveren.[250]

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de staatssecretaris van mening is dat, indien het wegdenken van een tussenhoudster tot een hogere Nederlandse belastingclaim zou leiden, automatisch is voldaan aan de *subjectieve* toets.[251] De Hoge Raad oordeelt in het arrest van 10 januari 2020, ten aanzien van de vergelijkbare wegdenkgedachte in de antimisbruikbepaling van art. 17, lid 3,

---

[244] Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 november 1990, nr. C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, r.o. 8 *(Marleasing)*, voor de bestaande verplichting voor de nationale rechter tot richtlijnconforme uitleg.
[245] Zie Weber, *WFR* 2018/75, paragraaf 5.3.
[246] A-G Wattel 26 mei 2023, nr. 22/02695, ECLI:NL:PHR:2023:540, r.o. 1.12.
[247] Weber, *WFR* 2018/75, paragraaf 5.3.1.
[248] Zie deelparagraaf 2.2.2 omtrent dit proportionaliteitsbeginsel.
[249] Achtste overweging bij Richtlijn van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, *PbEU* 2015, L 21/1 *(Preambule 2015)*.
[250] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, r.o. 99, 116 en 117 *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.
[251] Zie deelparagraaf 3.2.2.1.

onderdeel b, Wet Vpb 1969, dat er in dit kader *slechts* een **bewijsvermoeden** bestaat dat zich misbruik voordoet en dat de belastingplichtige in de gelegenheid moet worden gesteld om dit vermoeden te ontzenuwen.[252] Een dergelijk in de nationale wet geïmplementeerd vermoeden van misbruik is naar de mening van Weber toegestaan op grond van de bewoordingen in art. 1, lid 3, MDR,[253] maar lijkt **niet** door het HvJ[254] te worden toegestaan.[255]

Wattel is van mening dat dit enkele wegdenkcriterium in het licht van de rechtspraak van het HvJ[256] een **te mechanische en algemene toets** is om een rechtsvermoeden van anti-fiscale motieven, en daarmee omkering van de bewijslast, te rechtvaardigen.[257] Zijns inziens heeft Hof Amsterdam in het arrest van 2 juni 2022 dan ook terecht de bewijslast van anti-fiscale bedoelingen bij de inspecteur gelegd zonder het wegdenkcriterium daarvoor voldoende te achten.[258] Volgens Wattel dient de bewijslast ten aanzien van zowel de subjectieve toets,[259] als het deel van de objectieve toets dat ziet op het kunstmatige karakter van de constructie, bij de inspecteur[260] te liggen en tegen beide dient zonder beperking tegenbewijs te worden toegelaten.[261] Uitsluiting van tegenbewijs tegen de vooronderstelling van een ontwijkingshoofddoel *(subjectieve toets)* enkel op basis van het wegdenkcriterium lijkt Wattel niet evenredig in de zin van de HvJ-arresten *Eqiom & Enka* en *Deister & Juhler*.[262] Daarentegen behoeven doel en strekking van de wet / het EU-recht geen bewijs, want *ius curia novit*: ter zake

---

[252] HR 10 januari 2020, nr. 18/00219, BNB 2020/80, r.o. 2.6.2-2.6.4, m.nt. W.F.E.M. Egelie. Zie ter vergelijking bijvoorbeeld Kamerstukken II 2019/20, 35 305, nr. 3, p. 25 (MvT), waarin de wetgever bij invoering van de *bronbelasting* belastingplichtigen een verruiming biedt om tegenbewijs te leveren ten aanzien van de subjectieve toets.

[253] *"een constructie of een reeks van constructies [wordt] als kunstmatig **beschouwd** voor zover zij **niet** is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen"*

[254] Zie deelparagraaf 3.2.2.2, waaronder HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 65, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.

[255] Weber, *WFR* 2018/75, paragraaf 5.3.

[256] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*, alsook HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.

[257] A-G Wattel 26 mei 2023, nr. 22/02695, ECLI:NL:PHR:2023:540, r.o. 1.10, 1.11 en r.o. 1.16.

[258] Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

[259] Vergelijk bijvoorbeeld HR 10 januari 2020, nr. 18/00219, BNB 2020/80, r.o. 2.6.6, m.nt. W.F.E.M. Egelie.

[260] Dat voor beide toetsen de bewijslast bij de inspecteur ligt blijkt tevens uit bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 117, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.

[261] Vergelijk tevens met de bewijslastverdeling in bijvoorbeeld Hof Den Haag 19 oktober 2022, nr. BK-21/01229, ECLI:NL:GHDHA:2022:2200 *(X1 BV)* en Hof Den Haag 19 oktober 2022, nr. BK-21/01230, ECLI:NL:GHDHA:2022:2201 *(X2 BV)*.

[262] Het betreft de arresten HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*, respectievelijk HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*. Zie A-G Wattel 26 mei 2023, nr. 22/02695, ECLI:NL:PHR:2023:540, r.o. 1.11 en r.o. 1.16. Zie tevens deelparagraaf 2.4.5, alsook bijvoorbeeld Ravelli, *NTFR* 2018/47.

daarvan kan geen bewijs(lastverdeling) aan de orde zijn.[263] Het is vervolgens aan de rechter om (strijd met) doel en strekking van de bepaling vast te stellen.[264]

Ik onderschrijf de mening van Wattel dat, indien bovengenoemde bewijslastverdeling aan de orde is, de wegdenkgedachte samen met de subjectieve ontwijkingsintentie die valt af te leiden uit de kunstmatigheid[265] van de constructie, een **geschikte** en **proportionele** methode is om de *subjectieve* bedoeling van de constructie te achterhalen.[266]

Van een dergelijke *proportionele* bewijslastverdeling lijkt echter **geen** sprake te zijn op grond van de letterlijke tekst van de wet. Op grond van art. 4, lid 12, eerste volzin, Wet DB 1965 is er in eerste instantie géén sprake van misbruik indien aan de acht cumulatieve substance-eisen van art. 1bis UB DB 1965 is voldaan, *tenzij* de inspecteur het tegendeel aannemelijk maakt. Indien echter niet aan deze cumulatieve eisen is voldaan, is op grond van de tweede volzin sprake van een **misbruikvermoeden** en vindt reeds omkering van de bewijslast plaats richting belastingplichtige. Aangezien de substance-eisen sinds 2020 als bewijslastverdeler gelden,[267] bestaat volgens Van Mierlo het risico dat deze acht cumulatieve voorwaarden **niet proportioneel** zijn ter bestrijding van misbruik, ook indien er nog een mogelijkheid is voor belastingplichtigen om het tegendeel te bewijzen.[268] Van Mierlo verwijst hierbij naar hetgeen is geoordeeld in *Eqiom & Enka*.[269]

Als mogelijke oplossing denkt Van Mierlo aan een aanpassing van *cumulatieve* naar *alternatieve* voorwaarden, waar bijvoorbeeld aan de helft van de voorwaarden voldaan dient te worden. Ook kan er worden gekozen voor een deel vaste voorwaarden, bijvoorbeeld het kantoor en het bestuur, en een deel alternatieve voorwaarden, bijvoorbeeld de bankrekening of het gekwalificeerd personeel.[270] In een dergelijke situatie zal er zijns inziens i) *in beginsel* geen sprake zijn van een kunstmatige constructie als aan alle substancevoorwaarden is voldaan, en ii) geen omkering van de bewijslast zijn indien aan een (alternatieve) selectie van de voorwaarden is voldaan.

---

[263] A-G Wattel 26 mei 2023, nr. 22/02695, ECLI:NL:PHR:2023:540, r.o. 1.10.
[264] Art. 25 Rv. Zie ook Schwartzenberg, *BPP* 2023/356e, nr. XXII. Het Hof is ook uitgegaan van het feit dat mede ten aanzien van het kunstmatige deel van de objectieve toets de bewijslast bij de inspecteur ligt, zie Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, r.o. 5.3.2 en 5.3.3, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
[265] Uit de kunstmatigheid van een constructie kan een subjectieve ontwijkingsintentie worden afgeleid, zie bijvoorbeeld Wattel in deelparagraaf 3.2.3.2.
[266] Zie bijvoorbeeld ook Hennevelt, *NLF* 2022/1249.
[267] Zie deelparagraaf 3.2.3.1.
[268] Van Mierlo, *WFR* 2023/69, paragraaf 4.1.
[269] HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.
[270] Dit is bijvoorbeeld ook conceptueel in lijn met art. 7, lid 1 van het richtlijnvoorstel betreffende ATAD 3.

Anders dan Van Mierlo ben ik van mening dat niet pas bij het *proportionaliteitsvereiste* ten aanzien van de substance-eisen in het geding is of sprake is van strijdigheid met het Unierecht, maar dat deze vraag al eerder in het beslisschema van het HvJ aan de orde is, namelijk in hoeverre deze substance-eisen daadwerkelijk *gericht* zijn op het voorkomen van kunstmatige constructies ***(geschiktheidsvereiste)***. Het feit dat bijvoorbeeld de boekhouding[271] in een ander land wordt gevoerd, zegt mijns inziens te weinig over de misbruikintentie van de belastingplichtige.[272] Uit de *N Luxembourg 1*-zaak blijkt dat hetzelfde geldt voor het loonkostencriterium van € 100.000.[273] In deze zaak hield een vennootschap verband met een economische realiteit ondanks de weinige substance, waaronder lage loonkosten, van de vennootschap, aldus A-G Kokott in haar conclusie op deze zaak.[274] De A-G legt de lat voor de belastingplichtige bewust niet erg hoog, omdat de door de belastingplichtige ontplooide financieringsactiviteiten nu eenmaal met weinig substance gemoeid gaan. Hieruit blijkt dus dat bij relatief lage loonkosten (in casu € 7810) geen sprake hoeft te zijn van een kunstmatige constructie.[275] Uiteraard zouden lage loonkosten en het in een ander land voeren van de boekhouding *in bepaalde situaties* een indicatie kunnen zijn voor het bestaan van misbruik.[276] Echter, om tegemoet te komen aan de volgens het HvJ vereiste *case-by-case-benadering*,[277] dient de inspecteur *alle relevante feiten en omstandigheden* mee te nemen in zijn bewijsvoering dat sprake is van misbruik. Dan pas bestaat er een voldoende objectieve verdenking van misbruik. Het gebruik van acht *cumulatieve* substance-eisen lijkt derhalve, ondanks dat de substance-eisen van art. 1bis UB DB 1965 een overlap vertonen met de door het HvJ[278] gehanteerde aanwijzingen van misbruik, een **algemeen rechtsvermoeden van misbruik** op te leveren. Een dergelijk vermoeden is om redenen van

[271] Art. 1bis, onderdeel f, UB DB 1965.
[272] Zie in dit kader echter ook bijvoorbeeld HvJ EG 15 mei 1997, nr. C-250/95, FED 1998/365, r.o. 23-43, m.nt. D.M. Weber *(Futura Participations & Singer)*, waarin het HvJ EG de op grond van een nationale bepaling bestaande verplichting tot het voeren van een boekhouding in de staat waarin het filiaal is gelegen, rechtvaardigt, ondanks de belemmering van de vrijheid van vestiging. Gezien de rechtvaardigingsgrond betreffende de doeltreffendheid van de fiscale controles, alsook het zijn van een geschikte en proportionele bepaling, kon de eis van het voeren van een dergelijke boekhouding volgens het HvJ door de EU-rechtelijke beugel. In het onderhavige arrest was de boekhouding nodig ter controle van het bedrag van de verliezen van het filiaal die in mindering worden gebracht op de inkomsten die een belastingplichtige verwerft in een later jaar dan dat waarin de verliezen zijn ontstaan. Hier speelt zodoende het kunnen controleren van de bedragen een essentiële rol, welke rol de boekhouding in het kader van mijn onderzoeksvraag niet heeft.
[273] HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-115/16, nr. C-118/16, nr. C-119/16 & nr. C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 *(N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I & Z Denmark ApS)*.
[274] A-G Kokott 1 maart 2018, nr. C-115/16, ECLI:EU:C:2018:143, r.o. 65-67 *(N Luxembourg 1)*. Het HvJ EU gaat in de betreffende zaak niet in op het loonkostencriterium in relatie tot het constateren van misbruik.
[275] Zie ook bijvoorbeeld Weber, *WFR* 2018/75, paragraaf 5.3.2.
[276] Zie bijvoorbeeld voor de kenmerken van een doorstroomvennootschap HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 104, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.
[277] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 74, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*, en bijvoorbeeld deelparagraaf 3.2.3.2, vierde alinea.
[278] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 104, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.

disproportionaliteit onverenigbaar met het Unierecht.[279] De enkele omstandigheid dat de boekhouding van de in een staat gevestigde tussenschakel niet in diezelfde staat wordt gevoerd, kan al leiden tot een omkering van de bewijslast, zonder dat de inspecteur kijkt naar andere omstandigheden waaruit mogelijk het bestaan van een economische activiteit kan worden afgeleid. Indien niet cumulatief aan de voorwaarden genoemd in art. 1bis UB DB 1965 wordt voldaan, is de opbrengstgerechtigde of inhoudingsplichtige op grond van art. 4, lid 12, Wet DB 1965 immers gehouden aannemelijk te maken dat niet aan de subjectieve dan wel het kunstmatige deel van de objectieve toets is voldaan. In die zin komt het bewijs dat andere dan fiscale motieven spelen, systematisch bij de belastingplichtige te liggen, zonder dat de inspecteur afdoende aanwijzingen voor misbruik levert. Dit is niet in overeenstemming met de rechtspraak van het HvJ, waarin deze heeft geoordeeld dat de bewijslast primair bij de inspecteur ligt om aan te tonen dat de bestanddelen van misbruik zijn verenigd.[280] Ik onderschrijf derhalve de mening van Van Mierlo ten aanzien van deze **Unierechtelijke disproportionele bewijslastverdeling**.[281]

Om te zorgen dat de Nederlandse misbruiktoets EU-conform is, dient naar mijn mening de volgende zinsnede aan art. 4, lid 12, tweede volzin, Wet DB 1965 te worden toegevoegd:

"Indien niet aan de voorwaarden, bedoeld in de eerste zin,[282] wordt voldaan, ***en een door de inspecteur gedaan onderzoek van alle relevante feiten en omstandigheden op het bestaan van misbruik wijst****, dient de opbrengstgerechtigde of de inhoudingsplichtige aannemelijk te maken dat:*

a. de opbrengstgerechtigde het belang niet heeft 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."

Hierbij onderken ik bovendien dat er mijns inziens altijd een *vermoeden* van misbruik aanwezig dient te zijn wil de belastingplichtige überhaupt de mogelijkheid krijgen om tegenbewijs te leveren. Aan het bestaan van een misbruikvermoeden ontkom je dus niet. Een wettelijk misbruikvermoeden op basis van voor derden controleerbare en relevante objectieve criteria (zoals het ontbreken van substance) is volgens Wattel dan ook toegestaan, maar dan moet de inspecteur aannemelijk maken dat aan die

[279] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 31-32, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*, alsook HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 69, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*. Zie tevens deelparagraaf 2.4.5.
[280] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 99, 116 en 117, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.
[281] Zo blijkt bijvoorbeeld volgens Smit & Van Eijsden & Kiekebeld 2019, p. 191, uit HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 66, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*, dat voor omkering van de bewijslast niet de eis mag worden gesteld dat ten minste de helft van het totaal aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden woont of feitelijk is gevestigd in het land waar de (tussen)houdster is gevestigd. Vergelijk art. 1bis, onderdeel a, UB DB 1965.
[282] Hiermee wordt gedoeld op de substance-eisen in art. 1bis UB DB 1965.

objectieve criteria is voldaan *en dat zulks op misbruik wijst*. De belastingplichtige moet daarna tegenbewijs van zakelijkheid kunnen leveren, aldus Wattel.[283]

Alvorens de belastingplichtige in staat wordt gesteld tegenbewijs te leveren, is de inspecteur dus eerst gehouden in zijn bewijslast rekening te houden met de organisatorische, economische en andere relevante kenmerken van het concern waarvan de betrokken moedermaatschappij deel uitmaakt, alsmede de structuur en de strategie van dat concern, aldus het HvJ. Redactie Vakstudie Nieuws is in de noot bij het arrest van mening dat Hof Amsterdam[284] in de onderhavige lopende procedure echter de inspecteur volgt aan de hand van een meer ***geïsoleerde benadering*** in plaats van de volgens het HvJ vereiste *overall-benadering*. Volgens Hof Amsterdam moet namelijk alleen naar de specifieke relatie tussen de houdstermaatschappij en het 24%-pakket worden gekeken. Ook al drijft de houdstermaatschappij een materiële onderneming, dit 24%-belang is functioneel niet toerekenbaar aan die onderneming. Er worden namelijk geen (beheer)activiteiten ten aanzien van het 24%-pakket uitgeoefend, waardoor Hof Amsterdam dit belang slechts als doorgeefluik voor een (beleggings)geldzak beschouwt. Om die reden is volgens Hof Amsterdam sprake van een kunstmatige constructie.[285]

Rechtbank Noord-Holland[286] voert naar de mening van Redactie Vakstudie Nieuws een ***overall-benadering*** uit, en komt hierbij tot de conclusie dat er een economische en commerciële rechtvaardiging is voor het bestaan van de houdstermaatschappij en het houden van het belang in de Nederlandse vennootschap. Het in onderlinge samenhang bezien van de activiteiten en substance[287] in de constellatie van een investeringsplatform voor een familie, leidt er volgens Rechtbank Noord-Holland toe dat de houdstermaatschappij een reële functie heeft.[288] Die reële functie leidt *"overall"* bezien tot de conclusie dat er geen sprake is van een *volstrekt* kunstmatige constructie, en dus ook niet ten aanzien van het onderhavige 24%-pakket, aldus Rechtbank Noord-Holland.[289] Het is volgens Rechtbank Noord-Holland bovendien geen vereiste dat de houdstermaatschappij een materiële onderneming drijft waaraan het belang functioneel kan worden toegerekend, aangezien uit *Deister & Juhler* volgt dat het passief houden van een deelneming niet het uitoefenen van een reële

[283] A-G Wattel 5 juli 2018, nr. 18/00219, ECLI:NL:PHR:2018:830, r.o. 9.1.
[284] Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, r.o. 5.3.5-5.3.8, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
[285] Zie bijvoorbeeld ook A-G Wattel 26 mei 2023, nr. 22/02695, ECLI:NL:PHR:2023:540, r.o. 4.4
[286] Rb. Noord-Holland 26 juni 2020, nr. AWB - 19_862, ECLI:NL:RBNHO:2020:5137, r.o. 23-25.
[287] De houdstermaatschappij beschikt over eigen kantoorruimte in de woning van familieleden (indirecte aandeelhouders van de houdster). Deze familieleden verrichten significante activiteiten voor de houdster, en de houdster heeft uit dien hoofde jaarlijks ook significante kosten van ruim € 650.000 per jaar.
[288] Zie bijvoorbeeld ook El Manouzi, *NTFR* 2020/2569, waarin hij spreekt over "actieve betrokkenheid" van de houdster.
[289] Vergelijk bijvoorbeeld met HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 100, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*, waarbij een doorstroomvennootschap geen reële betekenis/functie heeft.

functie door de houdstermaatschappij uitsluit.[290] Het kunnen toerekenen van het belang aan een materiële onderneming van de houdster is volgens Rechtbank Noord-Holland slechts één van de mogelijkheden waardoor aannemelijk kan worden gemaakt dat er géén sprake is van een kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit.[291]

Ondanks dat de "geïsoleerde benadering" van Hof Amsterdam lijkt uit te gaan van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel,[292] ben ik van mening dat Hof Amsterdam verschillende uitgangspunten erop nalaat die **te ver gaan** in de bestrijding van misbruik. Naar de mening van Hof Amsterdam sluit het drijven van een materiële onderneming door belanghebbende bijvoorbeeld niet uit dat géén sprake kan zijn van misbruik.[293] In tegenstelling tot hetgeen vermeld in de *Deense zaken*,[294] is het daarnaast volgens Hof Amsterdam voor het bestaan van een doorstroomvennootschap niet vereist dat winsten direct worden uitgekeerd, maar is het voldoende dat daartoe de mogelijkheid bestaat. Hof Amsterdam acht bovendien, in zijn overwegingen tot de constatering van misbruik, **bepalend** dat het aandelenbelang in de Nederlandse vennootschap functioneel niet aan een materiële onderneming van de houdster kan worden toegerekend en dat zodoende sprake is van een kunstmatige constructie.[295] Het HvJ heeft er in *Deister & Juhler* echter expliciet op gewezen dat het beheer van activa (en inkomsten uit dat beheer) een economische activiteit kan inhouden en geen volstrekt kunstmatige constructie hoeft te impliceren, waarbij het HvJ met *"beheer van activa"* lijkt te refereren aan het slechts houden van aandelen door houdstervennootschappen.[296] Hier lijkt Hof Amsterdam überhaupt geen aandacht aan te besteden, waardoor dit Hof volgens mij van een te ruime opvatting van misbruik lijkt uit te gaan. Het kunnen toerekenen van het belang tot het ondernemingsvermogen van de houdster is naar mijn mening slechts een *aanwijzing* dat géén sprake is van misbruik. Een houdster die

---

[290] Zie HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 72-73, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*. Vergelijk bijvoorbeeld HR 10 januari 2020, nr. 18/00219, BNB 2020/80, r.o. 2.5.2, m.nt. W.F.E.M. Egelie, waarin de HR oordeelt dat het voor de objectieve toets geen zelfstandig vereiste is dat de belastingplichtige een onderneming drijft. Zie tevens bijvoorbeeld de noot bij Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
[291] Rb. Noord-Holland 26 juni 2020, nr. AWB - 19_862, ECLI:NL:RBNHO:2020:5137, r.o. 23.
[292] Zie bijvoorbeeld de achtste overweging bij Richtlijn van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, *PbEU* 2015, L 21/1 *(Preambule 2015)*, alsook deelparagraaf 2.2.2.
[293] Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, r.o. 5.3.6, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
[294] HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 105-106, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.
[295] Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, r.o. 5.3.6-5.3.7, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
[296] Zie HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 73, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*. Zie ook de samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie, Finanzgericht Köln 31 augustus 2016, nr. C-613/16, punt 34 *(Juhler Holding)*. De HR is bijvoorbeeld in HR 10 januari 2020, nr. 18/00219, BNB 2020/80, m.nt. W.F.E.M. Egelie, ook van mening dat het actief (meer dan normaal) vermogensbeheer géén beslissende factor is ter bepaling van misbruik. De HR noemt het wel, maar alleen als omstandigheid waarvoor dan verder geen onderzoek hoeft te worden gedaan of sprake is van misbruik. Zie ook Weber, *WFR* 2018/75, paragraaf 5.3.2.

geen onderneming drijft, zal nooit het belang op die manier kunnen toerekenen, maar het gaat mijns inziens te ver om te stellen dat in dergelijke situaties per definitie sprake is van misbruik.[297] Daarnaast heeft de Hoge Raad in het arrest van 10 januari 2020 geoordeeld dat van het houden van een aandelenbelang als belegging überhaupt geen sprake is indien belanghebbende een houdstermaatschappij is die een wezenlijke functie vervult ten dienste van de bedrijfsuitoefening *van een groep*.[298] De sturende invloed van belanghebbende ten aanzien van haar *Belgische* deelnemingen brengt zodoende naar mijn mening met zich mee dat voor de houdster een *economische en commerciële rechtvaardiging* bestaat, zodat mijns inziens het bestaan van een doorstroomvennootschap is uitgesloten.[299] Al zien die sturende activiteiten niet op het belang van de houdster in de Nederlandse vennootschap, dat neemt namelijk niet weg dat voor de houdster *in zijn geheel* een dergelijke rechtvaardiging bestaat. Deze "**concernbenadering**" lijkt eveneens door het HvJ EU in *Deister & Juhler* te worden gehanteerd.[300] Een Duitse vennootschap deed een dividenduitkering aan de Deense tussenhoudster *Juhler* die, in isolatie bezien, te weinig substance had om aan de Duitse wetgeving te voldoen. Deze Deense tussenhoudster hield echter ook deelnemingen met operationele activiteiten in Denemarken die volgens het HvJ EU meegenomen dienden te worden in de Duitse substancetoets. Deze "concernbenadering" komt mijns inziens overeen met de overweging van het HvJ dat "in elk concreet geval de betreffende transactie *in haar geheel* moet worden onderzocht". Er dient derhalve naar het "totaalplaatje" te worden gekeken.[301] De mijns inziens voor dit "totaalplaatje" relevante omstandigheden in de zaak van 2 juni 2022, zoals i) dat de belanghebbende al lang bestond en ter zake van andere, door haar actief gehouden, belangen wel degelijk substance heeft en significante kosten maakt en ii) mogelijk geen doorsnee doorstroomvennootschap is, heeft Hof Amsterdam niet relevant geacht voor de economische realiteit dat zij ter zake van het buiten die substance hangende belang in de Nederlandse vennootschap volgens dat Hof een geheel door de familie leeghaalbare of verkoopbare passieve beleggingsgeldzak is.[302] De verwijzing die Hof Amsterdam maakt naar het oordeel van de HR betreffende een arrest van 10 januari 2020 gaat mijns inziens niet op, want in die zaak betrof het een houdster die *slechts* gold als kasgeldvennootschap, zonder enige andere functie ten aanzien van haar deelnemingen.[303]

---

[297] Zie ook bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 26 juni 2020, nr. AWB - 19_862, ECLI:NL:RBNHO:2020:5137, r.o. 23.
[298] HR 10 januari 2020, nr. 18/00219, BNB 2020/80, r.o. 2.5.2, m.nt. W.F.E.M. Egelie.
[299] Zie bijvoorbeeld tevens HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, r.o. 114, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.
[300] HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 62 en 74, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*. Zie ook Vermeulen, *NTFR* 2019/1787, alsmede Van Hulten 2022/4.2.3.2.
[301] Zie bijvoorbeeld ook Smit & Van Eijsden & Kiekebeld 2019, p. 191.
[302] Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws. Zie tevens bijvoorbeeld A-G Wattel 26 mei 2023, nr. 22/02695, ECLI:NL:PHR:2023:540, r.o. 5.14.
[303] HR 10 januari 2020, nr. 18/00219, BNB 2020/80, m.nt. W.F.E.M. Egelie.

Passieve houdstervennootschappen zouden mijns inziens eveneens kunnen slagen in hun bewijslast, aangezien evenzeer in passieve situaties, zoals bij beleggingen of passieve investeringen in onroerend goed, sprake kan zijn van geldige zakelijke redenen (denk aan risicospreiding, structuur, et cetera) en de MDR bovendien geen enkel vereiste bevat met betrekking tot de aard van de economische activiteit.[304] De HvJ-rechtspraak kent noch aan het ontbreken van een materiële onderneming, noch aan het passieve karakter van beleggingen doorslaggevende betekenis toe bij de vraag of een houdster kunstmatig is.[305] In een dergelijke situatie zal waarschijnlijk sprake zijn van beperkte substance, maar Hof Den Haag oordeelt in een zaak van 19 oktober 2022, betreffende de antimisbruikbepaling van art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969, dat zeer beperkte substance op zichzelf niet meebrengt dat een belastingplichtige geen reële betekenis heeft.[306] Dat het ontbreken van een materiële onderneming op zichzelf geen misbruik vormt, lijkt bovendien in dit arrest door Hof Den Haag te worden erkend. Smit, Van Eijsden & Kiekebeld zijn eveneens van mening dat niet zozeer naar substance dient te worden gekeken, maar naar alle redenen (strategisch, organisatorisch, civielrechtelijk, et cetera), bezien vanuit *het concern als geheel*, voor de opgezette structuur.[307] Zij achten dan ook dat de "economische activiteitentoets" slechts als safe harbour fungeert. Hun zienswijze lijkt in lijn te zijn met de HvJ-rechtspraak dat de desbetreffende constructie *in haar geheel* moet worden onderzocht.[308]

Als de objectieve toets **beperkt** is tot lichamen die een **materiële onderneming** drijven (of een **schakelfunctie** hebben) waaraan het belang kan worden toegerekend, lijkt de Nederlandse misbruiktoets bovendien een belastingregel van **algemene strekking** die bepaalde categorieën van belastingplichtigen van de voordelen van de MDR uitsluit, behoudens het succesvol leveren van tegenbewijs. Dit zou in strijd zijn met het oordeel van het HvJ in *Eqiom & Enka*, alsook *Deister & Juhler*.[309]

Ten slotte kan het als misbruik bestempelen van dergelijke situaties mijns inziens **onwenselijke gevolgen** met zich meebrengen ten aanzien van Europees recht.[310] Het oordeel van Hof Amsterdam kan namelijk tot de conclusie leiden dat dividenden van een Nederlandse vennootschap aan haar aandeelhouders, welk belang wordt gehouden door Nederlandse en Belgische persoonlijke houdsters,

---

[304] Zie tevens bijvoorbeeld Smit & Van Eijsden & Kiekebeld 2019, p. 192.
[305] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 72-73, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.
[306] Hof Den Haag 19 oktober 2022, nr. BK-21/01229, ECLI:NL:GHDHA:2022:2200, r.o. 5.15.3 *(X1 BV)*.
[307] Smit & Van Eijsden & Kiekebeld 2019, p. 192.
[308] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 62 en 74, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.
[309] HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, r.o. 32, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*, respectievelijk HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 62, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.
[310] Om niet tegen art. 4, lid 4, Wet DB 1965 aan te lopen, ga ik er in het volgende voorbeeld vanuit dat de houdstervennootschappen de *uiteindelijk gerechtigden* tot het dividend zijn.

bij de Nederlandse houdster is vrijgesteld,[311] maar bij de Belgische houdster net over de grens wordt belast.[312] Met het oog op de fundamentele vrijheden hoopte ik dat Hof Amsterdam zou ingaan op de vraag of een dergelijke discriminatie verenigbaar is met EU-recht. Hof Amsterdam wijst echter een beroep op discriminatie van de hand, omdat de MDR deze materie uitputtend zou regelen, waardoor er geen rol meer is voor de algemene verkeersvrijheden.
Ik ben van mening dat de uitspraak van Hof Amsterdam in strijd is met het EU-recht. In *Marks & Spencer II* heeft het HvJ EG geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een vennootschap zich buiten de jurisdictie van de belastingheffende staat bevindt, niet rechtvaardigt dat een onderscheid wordt gemaakt tussen een zuiver interne en een grensoverschrijdende situatie.[313] Er is derhalve sprake van vergelijkbare gevallen, waarbij de betreffende discriminatie mijns inziens niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bestrijding van misbruik. Hof Amsterdam lijkt namelijk direct uit te gaan van het bestaan van een kunstmatige constructie indien het belang dat de houdster in de Nederlandse vennootschap houdt geen onderdeel is van de (eventueel) bestaande substance van de houdster en dat zodoende de structuur kunstmatig aandoet in het licht van de economische realiteit van passieve belegging in de Nederlandse vennootschap.[314] Het is dan ook niet geheel verrassend dat Hof Amsterdam in de *andere* zaak van 2 juni 2022, betreffende een andere houdstervennootschap in *dezelfde* concernstructuur, eveneens van oordeel is dat sprake is van misbruik, gezien het (nóg) lagere niveau aan substance van deze houdster.[315]

Het feit dat in deze specifieke zaken van Hof Amsterdam 30% Belgische roerende voorheffing moet worden ingehouden bij winstuitkeringen aan haar Belgische aandeelhouders, dat meer is dan in een zuiver binnenlandse situatie het geval zou zijn, leidt er echter mijns inziens alleen al toe dat misbruik vanuit het perspectief van dividendbelasting moeilijk is in te zien.[316]

Het oordeel van Hof Amsterdam zal derhalve, naast dat het het Nederlandse vestigingsklimaat negatief beïnvloedt, een naar mijn mening **ongerechtvaardigde inbreuk** maken op de fundamentele

---

[311] Zowel de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet Vpb 1969 als de inhoudingsvrijstelling van art. 4, lid 1, Wet DB 1965 is van toepassing.
[312] Zie bijvoorbeeld ook Albert, *WFR* 2022/225, onderdeel 8.
[313] HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03, BNB 2006/72 *(Marks & Spencer II)*. Zie in dit kader ook bijvoorbeeld HvJ EG 14 december 2006, nr. C-170/05, BNB 2007/132, r.o. 41, m.nt. P.J. Wattel *(Denkavit Internationaal & Denkavit France)*, alsmede HvJ EG 8 november 2007, nr. C-379/05, V-N 2007/57.16, r.o. 33, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws *(Amurta)*.
[314] Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, r.o. 5.3.6, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws. Zie tevens bijvoorbeeld A-G Wattel 26 mei 2023, nr. 22/02695, ECLI:NL:PHR:2023:540, r.o. 2.14.
[315] Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00438, ECLI:NL:GHAMS:2022:1731.
[316] Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, r.o. 5.2.7, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws. Het gaat in dit punt om een stelling van belanghebbende die de inspecteur niet heeft bestreden. Om die reden ga ik uit van de juistheid van de stelling. Geldt ook voor Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00438, ECLI:NL:GHAMS:2022:1731. Dat naar mijn mening in deze zaken misbruik vanuit het perspectief van dividendbelasting moeilijk is in te zien, wordt mede gesteund door hetgeen ik betoog in deelparagraaf 3.2.3.2, derde alinea.

vrijheden alsook **in strijd** zijn met de antimisbruikbepaling in de MDR, omdat deze uitleg van de Nederlandse misbruiktoets blijkens de rechtspraak van het HvJ verder gaat dan ter voorkoming van misbruik noodzakelijk is.[317] Ik ben dan ook zeer benieuwd naar de overwegingen van de Hoge Raad.

3.3 Deelconclusie

In dit hoofdstuk heb ik allereerst de Nederlandse implementatie van de, op grond van de MDR verplichte, inhoudingsvrijstelling beschreven. Ingeval van misbruik kan bij grensoverschrijdende dividenduitkeringen van deze inhoudingsvrijstelling geen gebruik worden gemaakt. Op grond van de Nederlandse antimisbruikbepaling is sprake van misbruik indien de opbrengstgerechtigde het belang heeft met als *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*. Een constructie of transactie wordt hierbij als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van *geldige zakelijke redenen* die de *economische realiteit* weerspiegelen. Aangezien de antimisbruikbepaling slechts geldt in de situatie van niet-ingezeten dividend ontvangende aandeelhouders en niet in de situatie van ingezeten dividend ontvangende aandeelhouders, kan deze nationale bepaling voor een *belemmering* van de vrijheid van vestiging dan wel het vrij verkeer van kapitaal zorgen, omdat beide situaties volgens het HvJ *objectief vergelijkbaar* zijn.

De Nederlandse misbruiktoets is gebaseerd op de antimisbruikbepaling in de MDR en bestaat uit een subjectieve en objectieve toets.

Aan de *subjectieve* toets wordt op grond van de parlementaire geschiedenis uitvoering gegeven door toepassing van de wegdenkgedachte. Door een vergelijking te maken tussen de situatie dat de aandelen in het uitdelende, in Nederland gevestigde lichaam worden gehouden door de belastingplichtige, ten opzichte van de situatie dat de aandelen rechtstreeks zouden worden gehouden door de achterligger(s) die – onmiddellijk of middellijk – de aandelen in de belastingplichtige bezit(ten), dus zonder tussenkomst van de belastingplichtige, kan worden bepaald of het hoofddoel of een van de hoofddoelen is gelegen in het ontgaan van de heffing van dividendbelasting bij een ander. Zowel Weber als ik betogen dat deze toepassing van de wegdenkgedachte tot *overkill* kan leiden. Het *"safe harbour-karakter"* van de wegdenkgedachte kan echter mijns inziens ook tot *underkill* leiden. Mede gezien het oordeel van het HvJ EU in *Deister & Juhler* ben ik van mening dat het enkel voldoen aan de wegdenkgedachte voor de subjectieve toets verder gaat dan nodig is ter bestrijding van misbruik.

[317] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, r.o. 91, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.

De Nederlandse *objectieve* toets bepaalt of het lichaam dat het belang in het in Nederland gevestigde lichaam onmiddellijk houdt, al dan niet beschikt over relevante substance. Relevante substance wordt aanwezig geacht indien eerstgenoemd lichaam voldoet aan de in art. 1bis UB DB 1965 genoemde substance-eisen, *tenzij* de inspecteur het tegendeel aannemelijk maakt. In tegenstelling tot de objectieve toets in het algemene misbruikconcept van het HvJ ontbreekt in de Nederlandse objectieve toets de term *"strijd met doel en strekking van de belastingregeling"*. Uit kunstmatigheid in het licht van de economische realiteit kan echter zowel een subjectieve ontwijkingsintentie worden afgeleid als strijd met doel en strekking van de belastingregeling, zodat een EU-conforme uitleg kan worden bewerkstelligd en de Nederlandse antimisbruikbepaling niet in strijd is met het misbruikconcept van het HvJ dan wel met de antimisbruikbepaling in de MDR.

Naar het oordeel van het HvJ dient bij de misbruiktoets een analyse van *alle relevante feiten en omstandigheden* te worden gemaakt, waarbij de desbetreffende constructie *in haar geheel* wordt onderzocht. Het HvJ oordeelde bovendien in *Deister & Juhler* dat de MDR geen enkel vereiste bevat met betrekking tot de *aard* alsook de *hoogte van de inkomsten* van de eigen economische activiteit van de vennootschappen die binnen haar werkingssfeer vallen. Om die reden steun ik Weber in zijn mening dat niet slechts in de situatie waarin een belang wordt gehouden door een lichaam met een materiële onderneming, of met een schakelfunctie, sprake is van geldige zakelijke redenen, maar dat dergelijke redenen ook aan het bestaan van passieve situaties ten grondslag kunnen liggen. Indien de misbruiktoets beperkt zou zijn tot lichamen die een materiële onderneming drijven of een schakelfunctie hebben, zou daarnaast sprake zijn van een belastingregel van *algemene strekking* die *bepaalde categorieën* van belastingplichtigen *automatisch* van de voordelen van de MDR *uitsluit* en zodoende in strijd is met de MDR en de verdragsvrijheden.

Het HvJ heeft geoordeeld dat de inspecteur de *bewijslast* draagt ten aanzien van het aannemelijk maken van aanwijzingen die op misbruik duiden. Derhalve is het enkele wegdenkcriterium in het licht van de rechtspraak van het HvJ een te mechanische en algemene toets om een rechtsvermoeden van anti-fiscale motieven, en daarmee omkering van de bewijslast, te rechtvaardigen. Volgens Wattel dient zodoende de bewijslast van zowel de subjectieve toets, als het deel van de objectieve toets dat ziet op het kunstmatige karakter van de constructie, bij de inspecteur te liggen en tegen beide dient zonder beperking tegenbewijs te worden toegelaten. Indien deze bewijslastverdeling aan de orde is, is de wegdenkgedachte samen met de subjectieve ontwijkingsintentie die valt af te leiden uit de kunstmatigheid van de constructie, naar mijn mening een **geschikte** en **proportionele** methode om de *subjectieve* bedoeling van de constructie te achterhalen.

Mijns inziens is echter op grond van art. 4, lid 12, Wet DB 1965 jo. art. 1bis, UB DB 1965 sprake van een *Unierechtelijke disproportionele bewijslastverdeling*. Indien namelijk niet is voldaan aan de acht

cumulatieve substance-eisen bestaat er een algemeen rechtsvermoeden van misbruik, dat leidt tot een omkering van de bewijslast richting belastingplichtige, *zonder* dat de inspecteur gehouden is alle relevante feiten en omstandigheden mee te nemen in zijn bewijsvoering dat sprake is van misbruik. Om die reden is naar mijn mening de volgende toevoeging aan art. 4, lid 12, tweede volzin, Wet DB 1965 noodzakelijk om te zorgen dat de Nederlandse misbruiktoets EU-conform is:

"Indien niet aan de voorwaarden, bedoeld in de eerste zin, wordt voldaan, ***en een door de inspecteur gedaan onderzoek van alle relevante feiten en omstandigheden op het bestaan van misbruik wijst****, dient de opbrengstgerechtigde of de inhoudingsplichtige aannemelijk te maken dat:*

c. de opbrengstgerechtigde het belang niet heeft met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van belasting bij een ander te ontgaan; of

d. sprake is van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen."

Hoofdstuk 4: Conclusie

De in art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 opgenomen antimisbruikbepaling in de inhoudingsvrijstelling dividendbelasting is gebaseerd op de antimisbruikbepaling van art. 1, leden 2 en 3, MDR. Om te zorgen dat het Europese stelsel van richtlijnen zijn waarde behoudt, is het van belang nationale wetten altijd te blijven toetsen aan richtlijnbepalingen, zodat er geen sprake is van strijdigheid tussen de (Nederlandse) Wet DB 1965 respectievelijk de (Europese) MDR. Als de antimisbruikbepaling in art. 1, leden 2 en 3, van de MDR enige ruimte biedt aan lidstaten om een eigen invulling te geven aan het misbruikbegrip, is het extra van belang bedacht te zijn op deze potentiële strijdigheid, evenzeer gezien het recht op de vrijheid van vestiging en/of het vrij verkeer van kapitaal hierbij in het geding kan komen. Dit heeft mij tot de volgende onderzoeksvraag gebracht:

Is de Nederlandse misbruiktoets van art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 in strijd met de antimisbruikbepaling in art. 1, leden 2 en 3, van de Moeder-dochterrichtlijn en/of met de vrijheid van vestiging en/of het vrij verkeer van kapitaal? Zo ja, hoe dient de Nederlandse misbruiktoets te worden aangepast?

Sinds 2015 kent de MDR een minimumbepaling ter bestrijding van misbruik op grond waarvan de lidstaten de voordelen van de MDR niet mogen toekennen aan een constructie of reeks van constructies die is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of de toepassing van de richtlijn ondermijnt, en die, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, kunstmatig is. Een constructie of reeks van constructies wordt hierbij als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Deze algemene bewoordingen, alsook het zijn van een minimumbepaling ten aanzien van de bestrijding van misbruik, sluit mijns inziens het zijn van een uitputtend geharmoniseerde antimisbruikbepaling uit. Bijgevolg is dat de Nederlandse misbruiktoets tevens aan de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal dient te worden getoetst. Het misbruikbegrip in het secundair recht wordt hierbij gelijkgesteld met dat in het primair recht.

De tekst van de Nederlandse antimisbruikbepaling in art. 4, lid 3, onderdeel c, Wet DB 1965 lijkt grotendeels te overlappen met het Unierechtelijke concept van misbruik. In de Nederlandse antimisbruikbepaling ontbreekt echter de term “strijd met doel en strekking van de op de richtlijn gebaseerde belastingregeling”. Ik heb echter betoogd dat alsnog een EU-conforme uitleg kan worden bewerkstelligd door uit kunstmatigheid in het licht van de economische realiteit zowel een subjectieve ontwijkingsintentie af te leiden als strijd met doel en strekking van de belastingregeling.

Waar de Nederlandse misbruiktoets daarentegen naar mijn mening te weinig rekening mee houdt, is het HvJ-vereiste dat de inspecteur alle relevante feiten en omstandigheden dient mee te nemen in zijn bewijsvoering dat sprake is van misbruik. Mede gezien *Deister & Juhler* volstaat het zodoende mijns inziens niet dat, bij de bepaling of voldaan is aan de subjectieve toets, enkel rekening wordt gehouden met de fiscale behandeling van de personen die de deelneming in de moedermaatschappij bezitten *(wegdenkgedachte)*, maar dient hierbij tevens de kunstmatigheid van de constructie in ogenschouw te worden genomen. Aangezien deze wegdenkgedachte slechts is vormgegeven in de parlementaire geschiedenis, lijkt de subjectieve toets in eerste instantie zonder wettelijke wijziging alsnog EU-conform te kunnen worden uitgelegd.

Echter, aangezien de kunstmatigheid van een constructie wordt bepaald aan de hand van de substance-eisen in art. 4, lid 12, Wet DB 1965 jo. art. 1bis, UB DB 1965, dienen ook deze bepalingen in overeenstemming te zijn met EU-recht. Volgens het HvJ ligt de bewijslast ten aanzien van de subjectieve toets, alsook het deel van de objectieve toets dat ziet op het kunstmatige karakter van de constructie, primair bij de inspecteur om aan te tonen dat de bestanddelen van misbruik zijn verenigd. Op grond van de Nederlandse misbruiktoets is dit echter naar mijn mening niet het geval, waardoor sprake is van een Unierechtelijke disproportionele bewijslastverdeling. Het niet voldoen aan de acht cumulatieve substance-eisen leidt namelijk reeds tot een algemeen vermoeden van misbruik, zodat de bewijslast bij de belastingplichtige komt te liggen *zonder* dat de inspecteur gehouden is alle (andere) relevante feiten en omstandigheden mee te nemen in zijn bewijsvoering dat sprake is van misbruik. Ter zake van doel en strekking kan daarentegen geen bewijs(lastverdeling) aan de orde zijn.

Om te zorgen dat de Nederlandse misbruiktoets niet in strijd is met art. 1, leden 2 en 3, MDR, alsook met de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal,[318] dient naar mijn mening de volgende zinsnede aan art. 4, lid 12, tweede volzin, Wet DB 1965 te worden toegevoegd:
"Indien niet aan de voorwaarden, bedoeld in de eerste zin, wordt voldaan, ***en een door de inspecteur gedaan onderzoek van alle relevante feiten en omstandigheden op het bestaan van misbruik wijst****, dient de opbrengstgerechtigde of de inhoudingsplichtige aannemelijk te maken dat:*

a. de opbrengstgerechtigde het belang niet heeft 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."

Op deze manier zal de inspecteur een analyse van alle relevante feiten en omstandigheden dienen te maken, alvorens omkering van de bewijslast plaatsvindt.

[318] Ik veronderstel hierbij dat er in de betreffende situatie al toegang tot de MDR was, dan wel voldaan werd aan de definitie van de vrijheid van vestiging en/of het vrij verkeer van kapitaal.

Aangezien volgens het HvJ de constructie in haar geheel dient te worden onderzocht, lijkt mij dan ook überhaupt de enige juiste *EU-conforme uitleg* van de Nederlandse misbruiktoets diegene waarbij een "concernbenadering" wordt gehanteerd. Aan deze benadering gaat Hof Amsterdam in de recente misbruikzaken van 2 juni 2022 mijns inziens voorbij, waarbij dit Hof daarenboven geen rekening houdt met de strikte uitlegging van de antimisbruikbepaling als uitzonderingsbepaling op de bij de MDR ingevoerde belastingregels. Hofs "geïsoleerde benadering" gaat verder dan voor de bestrijding van misbruik nodig is en ondermijnt mijns inziens het streven van de MDR naar fiscale neutraliteit ten aanzien van moeder- en dochtervennootschappen in verschillende lidstaten.

Het naar mijn verwachting op korte termijn te publiceren oordeel van de Hoge Raad zal uitwijzen of de Nederlandse misbruiktoets daadwerkelijk aanpassing vereist, en zo ja, hoe deze aanpassing eruit dient te zien teneinde in overeenstemming te zijn met het Unierecht.

5. Literatuurlijst

5.1 Artikelen

A.W. Ravelli, *Duitse antimisbruikbepaling voor niet-ingezeten moedermaatschappijen in strijd met EU-recht*. *NTFR* 2018/47.

B.T. Daba, T. Engers & G. Hop, *Germany - Is Germany's Latest Amendment to Its Anti-Treaty/Directive Shopping Rules Fully Compliant with EU Law?*. *European Taxation* 2021 (Volume 61), No. 9.

D.M. Weber, *The new common minimum anti-abuse rule in the EU parent-subsidiary directive: background, impact, applicability, purpose and effect*, Intertax 2016/2.

D.M. Weber, EBR.4.0.6.B. *Geschiktheids-, noodzakelijkheids- en evenwichtigheidstoets*, in: Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer: Wolters Kluwer.

D.M. Weber, EBR.5.0.1. *De zes EU-verdragsvrijheden*, in: Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer: Wolters Kluwer.

D.M. Weber, EBR.5.0.2.A. *Alleen objectieve omstandigheden zijn van belang*, in: Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer: Wolters Kluwer.

D.M. Weber, EBR.5.0.6.C. *Per country versus overall-benadering - altijd ergens-beginsel - neutralisatie van belemmering*, in: Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer: Wolters Kluwer.

D.M. Weber, EBR.5.0.9.E.a. *Algemeen*, in: Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer: Wolters Kluwer.

D.M. Weber, EBR.5.0.9.E.c. *Betekenis van art. 65 VwEU*, in: Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer: Wolters Kluwer.

D.M. Weber, EBR.5.1.2.C. *Rule of reason*, in: Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer: Wolters Kluwer.

D.M. Weber, EBR.5.1.7.A.c. *Verschillende niveaus van misbruik*, in: Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer: Wolters Kluwer.

D.M. Weber, EBR.5.1.7.B.a. *Algemeen*, in: Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer: Wolters Kluwer.

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

D.M. Weber, *Nieuwe algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn; Een "de minimus rule", maar geen carte blanche voor nationale wetgever*. *WFR* 2015/864.

D.R. Post & B.M. van der Werf, *Inhoudingsvrijstelling in de DB en aanmerkelijk belang in de VPB (Fed Fiscale Brochure)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

D.S. Smit, *Europese verdragsvrijheden en derde landen: invloed op de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting*. *TFO* 2012/122.

E. Thomas, *De Europeesrechtelijke verhouding tussen richtlijn en vestigingsvrijheid*. *WFR* 2001/970.

F. Debelva en J. Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*. *European Taxation* 2015 (Volume 55), No. 6.

H. Lohuis, *Schriftelijke antwoorden Wetsvoorstel inhoudingsplicht houdstercoöperatie*. *NTFR* 2017/2787.

H. Vermeulen, *De Deense beneficial ownership-zaken in relatie tot Deister Holding en Juhler Holding*. *NTFR* 2019/1787.

I. de Groot, *Opinie: Deister Holding en Juhler Holding: nieuwe kansen voor houdstervennootschappen onder de Moeder-dochterrichtlijn/vestigingsvrijheid?*. *NLF Opinie* 2018/9.

J. Bundgaard, P.K. Schmidt, M. Tell, A.N. Laursen & L.B. Aarup, *European Union - When Are Domestic Anti-Avoidance Rules in Breach of Primary and Secondary EU Law? – Comments Based on Recent ECJ Decisions. European Taxation* 2018 (Volume 58), No. 4.

J.H. Jans, *Evenredigheid revisted*, *SEW* 2000.

J.J.A.M. Korving, *De Europese driehoek: over de verhouding tussen primair EU-recht, secundair EU-recht en nationaal recht*. *TFO* 2022/182.1.

J.N. Schutte-Veenstra, *Betekenis van harmonisatie en harmonisatierichtlijnen*. *GS* Rechtspersonen 4.

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

M. el Manouzi, *Inhoudingsvrijstelling dividendbelasting van toepassing voor actieve holding*. *NTFR* 2020/2569.

M.T.M. Hennevelt, *Kunstmatige constructie; geen inhoudingsvrijstelling dividendbelasting*. *NLF* 2022/1249 met annotatie van Michiel Hennevelt.

M.W.C. Soltysik, *Het arrest Part Service: het vervolg op Halifax*. *MBB* 2008/05.

M. Weiss & M. Brühl, *Germany - Germany's Anti-Treaty-Shopping Rule under ECJ Pressure. European Taxation* 2019 (Volume 59), No. 2/3.

O.C.R. Marres, *Over de schakelfunctie en drie andere misverstanden*. *NTFR* 2022/2349.

O.C.R. Marres & I.M. de Groot, *Bestrijding van misbruik door doorstromers*. *WFR* 2020/209.

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

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

P.G.H. Albert, *Persoonlijke houdstervennootschap zonder substance: een kunstmatige constructie? (2)*. *WFR* 2022/225.

P.J. Wattel, *Van soevereiniteitsvoorbehoud naar Unieplicht, óók voor exiteers*. *NJB* 2018/2151, afl. 41.

P. Kavelaars, *Misbruik van EU-recht in de directe belastingen*. *TFO* 2021/175.3.

R.P.C. Cornelisse, *Enige bespiegelingen over art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969*. *NTFR* 2018/359.

S.C.W. Douma, *Het evenredigheidsbeginsel stricto sensu als belangenafweging tussen nationale fiscale soevereiniteit en vrij verkeer*. *WFR* 2007/247.

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

S.H.E. Bot & O. Nijhuis, *Het territorialiteitsbeginsel: weg ermee?*. *WFR* 2005/1161.

S.P. van Mierlo, *Nederlandse antimisbruikbepaling voor de dividend- en bronbelasting in internationaal perspectief*. *WFR* 2023/69.

5.2 Boeken

Baas, A., Berends, A., Gierveld H., Moors V., Raukema, J., Van Zoest, A. (red.), *Lexplicatie Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

De Blieck, J., Koopman, R.J., Rabenort, M. & Sinke, D.J. (red.), *Nederlands Internationaal Belastingrecht* (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 8), Deventer: Wolters Kluwer.

Kapteyn, P.J.G., & Verloren van Themaat, P., *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003.

Marres, O.C.R., *Dividendbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Roelofs, E.R., *Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 122) (diss. Utrecht)*, Deventer: Kluwer 2014.

Smit, D.S., & van Eijsden, J.A.R., Kiekebeld, B.J., *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2019.

Thoe Schwartzenberg, H.W.B., *Bevrijdende verweren. Een onderzoek naar het onderscheid tussen een grondslagverweer en een bevrijdend verweer en de consequenties van dit onderscheid voor de civiele procedure (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XXII) (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 2023.

Van Gerven, W., *Het evenredigheidsbeginsel: een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst*, in: *Afscheidsbundel voor Schoordijk, 'in het nu, wat worden zal'*, Deventer, 1991.

Van Hulten, L.C., *Treaty Application for Companies in a Group (Fiscale Monografieën nr. 178)*, Deventer: Kluwer 2022.

Van Lochem, J.Ph., *Open normen in het huurrecht. Ruimte versus rechtszekerheid (Recht en Praktijk nr. VG11)* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Van Mierlo, J.J.M., *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en Ondernemingsrecht (Serie Van der Heijden Instituut nr. 117) (diss. Nijmegen)*, Deventer: Kluwer 2013.

Wattel, P.J., *Nothing either good or bad, but thinking makes it so*, in: *Dat is verder geen probleem, Vriendenbundel Jaap Zwemmer*, Sdu 2006.

Zaal, I., *De reikwijdte van medezeggenschap (Monografieën Sociaal Recht nr. 63) (diss. Amsterdam UvA)*, Deventer: Kluwer 2014.

5.3 Jurisprudentielijst

HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62, BNB 1964/134 *(Van Gend & Loos)*.

HvJ EG 27 september 1979, nr. C-230/78, ECLI:EU:C:1979:216 *(Eridania)*.

HvJ EG 31 januari 1984, gevoegde zaken nr. C-286/82 & nr. C-26/83, ECLI:EU:C:1984:35 *(Luisi en Carbone)*.

HvJ EG 13 november 1990, nr. C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 *(Marleasing)*.

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

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

HvJ EG 14 februari 1995, nr. C-279/93, BNB 1995/187, m.nt. A.H.M. Daniels *(Schumacker)*.

HvJ EG 10 mei 1995, zaak C-384/93, ECLI:NL:XX:1995:AC1455, m.nt. F.H. van der Burg *(Alpine Investments)*.

HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94, FED 1997/175, m.nt. D.M. Weber *(Gebhard)*.

HvJ EG 17 oktober 1996, nr. C-283/94, FED 1996/995, m.nt. R.P.C.W.M. Brandsma *(Denkavit International BV)*.

HvJ EG 15 mei 1997, nr. C-250/95, FED 1998/365, m.nt. D.M. Weber *(Futura Participations & Singer)*.

HvJ EG 9 juli 1997, nr. C-222/95, ECLI:EU:C:1997:345 *(Parodi)*.

HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32, m.nt. J.A.G. van der Geld *(Leur-Bloem)*.

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

HvJ EG 6 juni 2000, nr. C-35/98, BNB 2000/329, m.nt. I.J.J. Burgers *(Verkooijen)*.

HvJ EG 14 december 2000, nr. C-110/99, BNB 2003/169 *(Emsländ-Stärke)*.

HvJ EU 10 december 2002, nr. C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741 *(British American Tobacco)*.

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

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

HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762 *(SEVIC Systems)*.

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

HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, BNB 2007/54, m.nt. P.J. Wattel *(Cadbury Schweppes & Cadbury Schweppes Overseas)*.

HvJ EG 14 december 2006, nr. C-170/05, BNB 2007/132, m.nt. P.J. Wattel *(Denkavit Internationaal & Denkavit France)*.

HvJ EG 5 juli 2007, nr. C-321/05, FED 2007/71, m.nt. D.S. Smit *(Kofoed)*.

HvJ EG 8 november 2007, nr. C-379/05, V-N 2007/57.16, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws *(Amurta)*.

HvJ EG 21 februari 2008, nr. C-425/06, ECLI:EU:C:2008:108, m.nt. J.J.P. Swinkels *(Part Service)*.

HvJ EG 17 september 2009, nr. C-182/08, V-N 2009/47.20, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws *(Glaxo Wellcome)*.

HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89 *(X Holding)*.

HvJ EU 24 mei 2011, nr. C-47/08, ECLI:EU:C:2011:334 *(Commissie/België)*.

HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 *(Foggia)*.

HvJ EU 13 november 2012, nr. C-35/11, BNB 2013/28, m.nt. P.J. Wattel *(Test Claimants in the FII Group Litigation II)*.

HvJ EU 21 mei 2015, nr. C-657/13, ECLI:EU:C:2015:331 *(Verder LabTec)*.

A-G Kokott 19 januari 2017, nr. C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 *(Eqiom & Enka)*.

HvJ EU 1 februari 2017, nr. C-392/15, ECLI:EU:C:2017:73 *(Commissie/Hongarije)*.

HvJ EU 8 maart 2017, nr. C-14/16, ECLI:EU:C:2017:177 *(Euro Park Service)*.

HvJ EU 7 september 2017, nr. C-6/16, BNB 2018/55, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Eqiom & Enka)*.

HvJ EU 14 september 2017, nr. C-646/15, ECLI:EU:C:2017:682 *(Trustees of the Panayi Accumulation & Maintenance Settlements)*.

HvJ EU 22 november 2017, nr. C-251/16, V-N 2018/2.20, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws *(Cussens e.a.)*.

HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken nr. C-504/16 & nr. C-613/16, BNB 2018/56, m.nt. W.F.E.M. Egelie *(Deister Holding AG & Juhler Holding A/S)*.

A-G Kokott 1 maart 2018, nr. C-115/16, ECLI:EU:C:2018:143 *(N Luxembourg 1)*.

A-G Wattel 5 juli 2018, nr. 18/00219, ECLI:NL:PHR:2018:830.

HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-115/16, nr. C-118/16, nr. C-119/16 & nr. C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 *(N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I & Z Denmark ApS)*.

HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken nr. C-116/16 & nr. C-117/16, BNB 2020/10, m.nt. S.C.W. Douma *(T Denmark & Y Denmark Aps)*.

HvJ EU 3 december 2019, nr. C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035 *(Tsjechische Republiek/Parlement en Raad)*.

HR 10 januari 2020, nr. 18/00219, BNB 2020/80, m.nt. W.F.E.M. Egelie.

HvJ EU 27 februari 2020, nr. C-405/18, ECLI:EU:C:2020:127 *(AURES Holdings)*.

HvJ EU 18 juni 2020, nr. C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476 *(Commissie/Hongarije)*.

Rb. Noord-Holland 26 juni 2020, nr. AWB - 19_879, ECLI:NL:RBNHO:2020:5138.

Rb. Noord-Holland 26 juni 2020, nr. AWB - 19_862, ECLI:NL:RBNHO:2020:5137.

A-G Kokott 14 oktober 2021, nr. C-556/20, ECLI:EU:C:2021:857.

Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00438, ECLI:NL:GHAMS:2022:1731.

Hof Amsterdam 2 juni 2022, nr. 20/00439, V-N 2022/37.7, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

HvJ EU 13 oktober 2022, C-431/21, ECLI:EU:C:2022:792 *(X GmbH & Co. KG)*.

Hof Den Haag 19 oktober 2022, nr. BK-21/01229, ECLI:NL:GHDHA:2022:2200 *(X1 BV)*.

Hof Den Haag 19 oktober 2022, nr. BK-21/01230, ECLI:NL:GHDHA:2022:2201 *(X2 BV)*.

HvJ EU 16 februari 2023, nr. C-707/20, BNB 2023/90, m.nt. D.S. Smit *(Gallaher)*.

A-G Wattel 26 mei 2023, nr. 22/02695, ECLI:NL:PHR:2023:540.

5.4 Parlementaire stukken

Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3 (Memorie van Toelichting).
Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3 (Memorie van Toelichting).
Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 4 (Advies Afdeling advisering Raad van State en Nader rapport).

Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag).

Kamerstukken I 2017/18, 34 785, nr. D (Nota naar aanleiding van het verslag).

Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3 (Memorie van Toelichting).

Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag).

Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 8.

Kamerstukken II 2019/20, 35 305, nr. 3 (Memorie van Toelichting).

5.5 Brieven

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2019 (nr. 2019-0000095322).

5.6 Verdragen

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU). Rome, 25 maart 1957 *(actuele versie)*.

Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU). Maastricht, 7 februari 1992 *(actuele versie)*.

5.7 Overig

Vakstudie 08 - Nederlands Internationaal Belastingrecht

Aant. 4.1-4.5. Commentaar op art. 288 VwEU.

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie, Finanzgericht Köln 31 augustus 2016, nr. C-613/16 *(Juhler Holding)*.

Richtlijnvoorstel tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU

Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, nr. 2013/0400/CNS, COM(2013) 814 final.

6. Bijlagen

Bijlage I: Substance-eisen (art. 1bis UB DB 1965)

Voor de toepassing van artikel 4, derde lid, aanhef en onderdeel c, van de Wet op de dividendbelasting 1965 wordt, tenzij de inspecteur het tegendeel aannemelijk maakt, de opbrengstgerechtigde geacht het belang, bedoeld in artikel 4, tweede lid, onderdeel b, van die wet, niet te hebben met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van belasting bij een ander te ontgaan en wordt geacht sprake te zijn van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen indien:

a. ten minste de helft van het totale aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden van de opbrengstgerechtigde woont of feitelijk is gevestigd in de staat waarin de opbrengstgerechtigde is gevestigd;
b. de in de staat, bedoeld in onderdeel a, wonende of gevestigde bestuursleden beschikken over de benodigde professionele kennis om hun taken naar behoren uit te voeren, tot welke taken ten minste behoort de besluitvorming, op grond van de eigen verantwoordelijkheid van de opbrengstgerechtigde en binnen het kader van de normale concernbemoeienis, over door de opbrengstgerechtigde af te sluiten transacties, alsmede het zorg dragen voor een goede afhandeling van de afgesloten transacties;
c. de opbrengstgerechtigde beschikt over gekwalificeerd personeel voor de adequate uitvoering en registratie van de door de opbrengstgerechtigde af te sluiten transacties;
d. in de staat, bedoeld in onderdeel a, de bestuursbesluiten van de opbrengstgerechtigde worden genomen;
e. in de staat, bedoeld in onderdeel a, de belangrijkste bankrekeningen van de opbrengstgerechtigde worden aangehouden;
f. in de staat, bedoeld in onderdeel a, de boekhouding van de opbrengstgerechtigde wordt gevoerd;
g. de opbrengstgerechtigde een bedrag aan loonkosten heeft dat een vergoeding vormt voor de werkzaamheden in het kader van de economische activiteiten van de opbrengstgerechtigde in het licht van zijn belang in de in Nederland gevestigde vennootschap en dat ten minste gelijk is aan € 100.000 vermenigvuldigd met de woonlandfactor die ingevolge de bijlage geldt voor de staat waarin de opbrengstgerechtigde is gevestigd; en
h. de opbrengstgerechtigde gedurende een periode van ten minste 24 maanden een in de staat, bedoeld in onderdeel a, gelegen onroerende zaak of deel van een onroerende zaak ter beschikking heeft waarbij zich in die onroerende zaak, onderscheidenlijk dat deel, een kantoor bevindt dat is voorzien van gebruikelijke faciliteiten voor de uitoefening van de werkzaamheden, bedoeld in onderdeel g, en die werkzaamheden ook daadwerkelijk in dat kantoor worden uitgeoefend.