

De moeder-dochterrichtlijn

De invoering van een (on)gewenste algemene
antimisbruikbepaling? Vanuit Nederlands perspectief

Naam

Jaleesa Rijn

Studentnummer

361366

Begeleider

mr. R.B.N. van Ovest

Datum

08-05-2017

Inhoudsopgave

Voorwoord	5
Lijst met gebruikte afkortingen	6
Hoofdstuk 1 – Inleiding.....	7
1.1 Aanleiding	7
1.2 Probleemstelling.....	9
1.3 Toetsingskader	10
1.4 Opzet	11
1.5 Afbakening	13
Hoofdstuk 2 – De moeder-dochterrichtlijn en misbruik binnen Europees recht.....	14
2.1 Inleiding	14
2.2 Achtergrond moeder-dochterrichtlijn.....	14
2.2.1 Een richtlijn binnen Europees recht.....	14
2.2.2 Doel en strekking van de moeder-dochterrichtlijn.....	16
2.2.3 Recente aanpassingen van de moeder-dochterrichtlijn	17
2.3 Misbruik en antimisbruikbepalingen.....	19
2.3.1 Misbruik binnen Europees recht	19
2.3.2 Internationale ontwikkelingen.....	21
2.3.3 Antimisbruikbepalingen	22
2.4 Bevoegdheden instellingen Europese Unie en lidstaten	24
2.5 Deelconclusie	26
Hoofdstuk 3 – Aanpak misbruik in Europees verband.....	28
3.1 Inleiding	28
3.2 Harmonisatie	29
3.2.1 Negatieve integratie	30
3.3 Antimisbruikbepaling interest- en royaltyrichtlijn.....	31
3.3.1 Antimisbruikbepaling in de richtlijn	31
3.3.2 Antimisbruikbepaling implementatie in de nationale wetgeving	32
3.3.3 Vergelijking met de fusierichtlijn en moeder-dochterrichtlijn	33
3.4 Antimisbruikbepaling fusierichtlijn	35
3.4.1 Antimisbruikbepaling in de richtlijn	35

3.4.2	<i>Antimisbruikbepaling implementatie in de nationale wetgeving</i>	37
3.4.3	<i>Doelstelling wetgever</i>	39
3.4.4	<i>Jurisprudentie</i>	39
3.4.5	<i>Critici literatuur</i>	41
3.5	Antimisbruikbepaling (algemeen) moeder-dochterrichtlijn	42
3.5.1	<i>Antimisbruikbepaling in de richtlijn voor en na wijziging</i>	42
3.5.2	<i>Antimisbruikbepaling implementatie in de nationale wetgeving</i>	43
3.5.3	<i>Doelstelling wetgever</i>	46
3.5.4	<i>Critici literatuur</i>	48
3.6	Deelconclusie	49
3.6.1	Figuur beslisschema Hof van Justitie	52
3.6.2	Tabel: overzicht vergelijking interest- en royaltyrichtlijn met de fusierichtlijn en de moeder-dochterrichtlijn	53
3.6.3	Tabel: overzicht vergelijking fusierichtlijn en moeder-dochterrichtlijn	54
Hoofdstuk 4	– Aanpak misbruik in nationaal verband	55
4.1	Inleiding	55
4.2	Misbruik en het leerstuk van <i>fraus legis</i>	56
4.2.1	<i>Richtige heffing & fraus legis – ‘Driedagenarrest’</i>	56
4.2.2	<i>Richtige heffing</i>	58
4.2.3	<i>Vereisten fraus legis</i>	59
4.3	Implementatie antimisbruikbepaling moeder-dochterrichtlijn en <i>fraus legis</i>	62
4.3.1	<i>Verhouding misbruik vereisten EU-recht en leerstuk van fraus legis</i>	62
4.3.2	<i>Verhouding vereisten antimisbruikbepaling</i>	63
4.4	Kwalificerende misbruiksituaties in de rechtspraak	65
4.3.1	<i>Misbruik kwalificatie onder het leerstuk van fraus legis</i>	65
4.3.2	<i>Misbruik kwalificatie onder de moeder-dochterrichtlijn</i>	67
4.5	Deelconclusie	69
4.5.1	Tabel: overzicht vergelijking <i>fraus legis</i> , misbruik van EU-recht, moeder-dochterrichtlijn	70
Hoofdstuk 5	– Analyse effectiviteit algemene antimisbruikbepaling	71
5.1	Inleiding	71

5.2 Neutraliteit.....	72
5.2.1 <i>Te bestrijden misbruiksituaties</i>	72
5.2.2 <i>Specifieke of algemene antimisbruikbepaling</i>	75
5.2.3 <i>Vermoeden en tegenbewijsmogelijkheid</i>	76
5.3 Doeltreffendheid.....	78
5.3.1 <i>Internationale informatie-uitwisseling</i>	78
5.3.2 <i>Dubbele wel-heffing</i>	80
5.3.3 <i>Situaties buiten de EU</i>	80
5.4 Doelmatigheid	81
5.4.1 <i>Fraus legis</i>	81
5.4.2 <i>Kritiek fusierichtlijn en interest- en royaltyrichtlijn</i>	83
5.4.3 <i>Mogelijke dividendbelastingplicht voor coöperaties</i>	84
5.5 Knelpunten en aanbevelingen	84
5.6 Deelconclusie	86
5.6.1 Tabel: overzicht toetsingscriteria effectiviteit.....	87
Hoofdstuk 6 – Samenvatting & Hoofdconclusie.....	88
Hoofdstuk 7 – Literatuuroverzicht	93
Boeken.....	93
Parlementaire stukken	93
Literatuur (Artikelen / Cursus Belastingrecht / Vakstudie).....	93
Europese en internationale publicaties	96
Jurisprudentie (Nationaal / Europees)	96
Overig.....	98

Voorwoord

Het is zover. Mijn scriptie met als onderwerp ‘De moeder-dochterrichtlijn: de invoering van een (on)gewenste algemene antimisbruikbepaling?’, is klaar om gelezen te worden. Het onderzoek in deze scriptie is gedaan in het kader van mijn afstuderen aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam voor de studie Fiscale Economie. Van mei 2016 tot en met mei 2017 ben ik bezig geweest om het gehele onderzoek op papier uit te werken.

Samen met mijn scriptiebegeleider, R. van Ovost, heb ik de onderzoeksvraag voor deze scriptie bedacht. Het onderzoek goed opzetten en vervolgens uitwerken heeft enige tijd in beslag genomen. Tijdens het uitwerken van dit onderzoek stonden mijn scriptiebegeleider, familie en vrienden altijd voor mij klaar. Van mijn scriptiebegeleider heb ik altijd kritisch commentaar gekregen, waardoor ik het onderzoek kon aanscherpen. Daarnaast heb ik altijd vragen kunnen stellen waarna ik weer goed verder kon met schrijven.

Hierbij wil ik graag mijn scriptiebegeleider dan ook bedanken voor de fijne begeleiding en ondersteuning tijdens de gehele scriptieperiode. Daarnaast ook dank aan familie en vrienden. Met hun wijze en motiverende woorden heb ik het onderzoek nu tot een goed einde kunnen brengen. In het bijzonder mijn Opa, mijn grootste fan, die mij altijd positieve energie en goede moed heeft gegeven.

Na een lange weg van vallen en opstaan tijdens mijn studieperiode, ben ik dankbaar en blij dat ik het met dit onderzoek mag afronden.

Veel leesplezier!

Lijst met gebruikte afkortingen

ATAD	Anti-Tax Avoidance Directive
ATAP	Anti-Tax Avoidance Package
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BTW	Belasting over de Toegevoegde Waarde
CbCr	Country by Country reporting
EC	Europese Commissie
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap
EP	Europees Parlement
ER	Europese Raad
EU	Europese Unie
EU-recht	Europees recht
FTV	Fiscaal Tijdschrift Vermogen
FBN	Fiscale Berichten voor het Notariaat
HvJ	Hof van Justitie
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFR-B	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen
NJB	Nederlands Juristenblad
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
OECD	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO	Organisation for Economic Co-operation and Development
RB	Register Belastingadviseurs
TFB	Tijdschrift Formeel Belastingrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet DB	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet VPB	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 Aanleiding

In het Belastingplan 2016 zijn verschillende wetsvoorstellen opgenomen. Het bevat onder andere de Wet implementatie wijzigingen moeder-dochterrichtlijn 2015.¹ In 2013 werd door de Europese Commissie (hierna: EC) gelet op de internationale druk om belastingontwijking² tegen te gaan al een voorstel gedaan om de moeder-dochterrichtlijn aan te passen.³ Sinds de financiële crisis van 2008 is binnen de Europese Unie (hierna: EU) en ook daarbuiten het tegengaan van – agressieve – tax planning een belangrijk speerpunt geworden. Tijdens bijeenkomsten van de G20 of de G8 staat de BEPS problematiek ook hoog op de agenda.⁴ De term BEPS – “Base Erosion and Profit Shifting” – waarbij het gaat om grondslaguitholling en winst verschuiven, heeft daarbij de afgelopen jaren steeds meer aandacht gekregen. De OESO⁵ heeft een Action Plan opgesteld tegen BEPS. Het BEPS Action Plan, gepubliceerd op 5 oktober 2015, heeft als voornaamste doel dat multinationale ondernemingen hun zogenoemde ‘fair share’ gaan betalen doordat deze ondernemingen hun winsten niet of nauwelijks meer kunstmatig kunnen verplaatsen ten behoeve van belastingdrukminimalisatie.⁶

De OESO richt zich ook op het vormgeven van belastingverdragen. Deze verdragen zijn er mede op gericht er voor te zorgen dat belastingplichtigen niet te maken krijgen met (juridische) dubbele belastingheffing. Waar verdragen echter niet specifiek in voorzien is een oplossing voor gevallen waarin juist sprake is van dubbele niet-heffing. Een geval waarbij zich dit kan voordoen en het zich ook voor heeft gedaan is bij hybride leningen en hybride entiteiten. Dubbele niet-heffing kan in dat soort gevallen ontstaan doordat een lidstaat de lening of entiteit anders kwalificeert dan een andere lidstaat.⁷ Dit speelt zich ook af bij toepassing van de moeder-dochterrichtlijn tussen Europese lidstaten met betrekking tot hybride leningen indien sprake is van een mismatch. Deze leningen kennen zowel eigenschappen van vreemd vermogen als van eigen vermogen. In dat geval kan het zo zijn dat bezien vanuit de lidstaat waar de betalende

¹ Belastingplan 2016, Prinsjesdag 2015, www.rijksoverheid.nl.

² Op fiscaal terrein worden naast belastingontwijking verschillende termen aangehaald als belastingontduiking of belastingfraude. In de scriptie wordt uitgegaan van de vorm van (legale) belastingontwijking die vanuit maatschappelijk perspectief als ongewenst wordt ervaren en wordt aangehaald in kamerstukken ter bestrijding ervan. Dit kan worden aangeduid als misbruik. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, 2014/15, 25 087, nr. 102.

³ Voorstel Europese Commissie, COM(2013) 814 def., Brussel 25 november 2013.

https://www.eerstekamer.nl/eu/europeesvoorstel/com_2013_814_richtlijnvoorstel_tot/document/f=/vjfb17cu4a64.pdf. Er werd hier gesproken over een art. 1 bis lid 2. In de nieuwe richtlijn waarmee de Europese Raad akkoord is gegaan in 2015 is de antimisbruikbepaling opgenomen in art. 1 lid 2 van de moeder-dochterrichtlijn.

⁴ Peter Wattel, BEPS, GAAR, CC(C)TB, OESO, G20 en de EU, NJB 2015/1910.

⁵ Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling.

⁶ A.C.G.A.C. de Graaf e.a., Internationaal belastingrecht, Deventer: Kluwer 2015, par. 1.8.

⁷ P. Kavelaars, De EU en de OESO: ten strijde tegen belastingontwijking (1), NTFR-B 2013/19.

vennootschap is gevestigd een dividenduitkering wordt gedaan welke in die lidstaat wordt gezien als rentekosten en daar fiscaal aftrekbaar is. In de lidstaat waar de begunstigde vennootschap zich bevindt, kan de uitkering gezien worden als de ontvangst van een belastingvrije winstuitkering onder bijvoorbeeld de deelnemingsvrijstelling. Deze situatie leidt tot een heffingsvacuüm.

Door het kunnen ontstaan van een heffingsvacuüm is binnen de Nederlandse wet onder meer de deelnemingsvrijstelling, tegen dubbele economische belastingheffing, in de vennootschapsbelasting aangepast. Dit zodat indien in een andere lidstaat al recht op aftrek bestaat hetzelfde bedrag in Nederland niet ook wordt vrijgesteld om dubbele niet-heffing te voorkomen via een antimismatchbepaling.⁸ De Europese Raad (hierna: ER) is daarnaast op 27 januari 2015 akkoord gegaan met de invoering van een algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn waarna de lidstaten deze in hun nationale wet geïmplementeerd hebben vóór 1 januari 2016.⁹ Dit op aandringen van de ER om belastingontwijking via onder meer fiscaal kunstmatige – hybride – constructies in samenwerking met alle lidstaten te bestrijden.¹⁰ De algemene antimisbruikbepaling volgt op een antimismatchbepaling in de moeder-dochterrichtlijn met voor Nederland implementatie in de Wet Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB) en de Wet Dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB). De buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling voor de vennootschapsbelasting is aangepast en voor de dividendbelasting de inhoudingsplicht voor coöperaties.¹¹

De internationale BEPS problematiek heeft, zoals in voorgaande alinea's naar voren komt, een belangrijke rol gespeeld in het wijzigen van de voor 1 januari 2016 geldende antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn. De vraag die hierbij gesteld kan worden is of het wel daadwerkelijk zo is dat van de moeder-dochterrichtlijn – veel – misbruik gemaakt wordt door het creëren van dubbele niet-heffing via bijvoorbeeld mismatches of bepaalde kunstmatige constructies. Bovendien kent Nederland buiten de nationale wet in de jurisprudentie ontwikkelde regelgeving om vormen van misbruik aan te pakken; *fraus legis*.¹² Door middel van het *fraus legis* leerstuk is het al mogelijk om bepaalde situaties van belastingontwijking tegen te gaan. Een andere vraag die opkomt, is waarom nu expliciet een

⁸ Welke is opgenomen in art. 13 lid 17 Wet VPB.

⁹ Publicatieblad van de Europese Unie, L21, 27 januari 2015.

¹⁰ Voorstel Europese Commissie, COM(2013) 814 def., Brussel 25 november 2013.

¹¹ Kamerstukken II, 2015/16, nr. 34 306, nr. 6.

¹² D.A. Albrechtse, Belastingontwijking en de bestrijding ervan: een economische benadering, in: P. Kavelaars (red.), *Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar een fair share*, Congresbundel Fiscaal Economisch Instituut, Rotterdam, 2013, p. 11.

algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn opgenomen wordt. Binnen de EU bestaan immers al enige tijd meerdere richtlijnen welke al een – apart – artikel kennen waarin expliciet een antimisbruikbepaling is opgenomen. Hierbij kan gedacht worden aan de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn.¹³ Met de meest recent in de moeder-dochterrichtlijn opgenomen wijzigingen, is een ander punt ook van belang. Er moet namelijk ingeval van een hybride lening nagegaan worden hoe de bronstaat waar vanuit een dividenduitkering wordt gedaan de hybride lening kwalificeert zodanig dat in de lidstaat waar de uitkering in ontvangst wordt genomen daarbij aansluit. Voor zover er in de bronstaat een aftrek heeft plaatsgevonden mag in de ontvangende lidstaat geen vrijstelling worden verleend. Ook ingeval van andere – kunstmatige – constructies in het essentieel informatie te achterhalen waaruit het doel van de opgezette constructies is af te leiden. Dit steunt voor een belangrijk deel op een sterke en betrouwbare mate van informatie-uitwisseling tussen de lidstaten. Inmiddels wordt er binnen – en buiten¹⁴ – de EU hard gewerkt aan het systeem van automatische informatie-uitwisseling¹⁵ waardoor, afgezien van de vraag of alle lidstaten de grote hoeveelheden aan informatie aankunnen, het zou moeten lukken om belastingontwijking in de vorm van onder meer dubbele niet-heffing tegen te gaan zonder dat het bestrijden van belastingontwijking omslaat in dubbele belastingheffing¹⁶.

1.2 Probleemstelling

Op basis van bovengenoemde punten en naar aanleiding van wijzigingen die zich hebben voorgedaan in de moeder-dochterrichtlijn, kan een aantal zaken onderzocht worden. Bovenal hoe de nu gekozen algemene antimisbruikbepaling, met als doel het binnen de EU op gecoördineerde wijze tegengaan van belastingontwijking, in de nationale wet is geïmplementeerd. Onderzocht kan worden hoe dat zich verhoudt ten aanzien van fraus legis en ten aanzien van andere antimisbruikbepalingen binnen Europese richtlijnen die zijn geïmplementeerd in de Nederlandse wet. Dit leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

Is de algemene antimisbruikbepaling vanuit de moeder-dochterrichtlijn door Nederland juist geïmplementeerd in de nationale wetgeving en leidt deze bepaling in de nationale wetgeving tot het doel waarvoor zij door de Europese Unie moet worden opgenomen? Zo nee, welke aanbevelingen kunnen er gedaan worden?

¹³ A.C.G.A.C. de Graaf e.a., Internationaal belastingrecht, Deventer: Kluwer 2015, par. 1.8.

¹⁴ M.L. Schippers, FACTA en automatische uitwisseling van informatie, WFR 2014/102.

¹⁵ http://ec.europa.eu/netherlands/news/2015/18032015_nl.htm

¹⁶ Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB), Commentaar wetsvoorstel Belastingplan 2016, p.3.

1.3 Toetsingskader

Om te toetsen of de implementatie van de algemene antimisbruikbepaling vanuit de moeder-dochterrichtlijn in de nationale wetgeving op de juiste wijze is vormgegeven wordt gelet op de volgende punten:

- De vormgeving van antimisbruikbepalingen uit andere richtlijnen in vergelijking met de implementatie in de nationale wetgeving. De keuze gaat uit naar de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn. Deze richtlijnen zijn het meest vergelijkbaar met de moeder-dochterrichtlijn aangezien zij er ook op gericht zijn transacties betreffende voornamelijk de – directe – vennootschapsbelasting of een bronbelasting fiscaal niet te belemmeren.
- De implementatie van de algemene antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving in vergelijking met het leerstuk van *fraus legis*. Met de implementatie kan wetgeving zijn ontstaan met betrekking tot situaties welke ook al bestreden zouden kunnen worden met *fraus legis*.

De volgende criteria zijn afgeleid uit bovenstaande punten en worden beoordeeld om te bepalen of de wijze van implementatie van de algemene antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving gezien het doel effectief zal zijn:

- ❖ Neutraliteit: door het instellen van de antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn wordt deze antimisbruikbepaling geïmplementeerd in de nationale wet. Het gevolg kan zijn dat de bepaling te ruim wordt geformuleerd waardoor er ook situaties onder vallen waarin geen sprake is van misbruik. Dit kan leiden tot overkill of strijdigheid met Europees recht. Dit zal beoordeeld worden door te kijken naar de wijzigingen in de nationale wetgeving en de uitwerking daarin van de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn¹⁷. Er moet ook geen sprake zijn van “richtlijnshopping”¹⁸ tussen geïmplementeerde richtlijnen in verschillende lidstaten. Getoetst wordt of sprake is van een onevenwichtigheid als gevolg van overkill.
- ❖ Doeltreffendheid: het doel van het wijzigen van de moeder-dochterrichtlijn door een algemene antimisbruikbepaling in te voeren is om te zorgen voor een brede en gecoördineerde aanpak van belastingontwijking, naast gevallen van hybride

¹⁷ P. Kavelaars, Misbruik van recht in de EU, WFR 2011/1177.

¹⁸ Voorstel Europese Commissie, COM(2013) 814 def., Brussel 25 november 2013.

leningen met als gevolg dubbele niet-heffing. Hiervoor is onder meer informatie-uitwisseling¹⁹ tussen de lidstaten ook van belang. Daarmee kan een bijdrage geleverd worden aan te beoordelen feiten in de brede aanpak van internationale belastingontwijking via de algemene antimisbruikbepaling.

- ❖ Doelmatigheid: om te toetsen of sprake is van doelmatigheid wordt bepaald of een algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn de juiste manier is om ervoor te zorgen dat het doel om belastingontwijking te bestrijden gehaald wordt.²⁰ Hiervoor zullen de voor- en nadelen van de keuze voor de algemene antimisbruikbepaling en de wijze van implementatie in de nationale wetgeving afgewogen worden tegen de wijze van implementatie van de antimisbruikbepaling in de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn in de nationale wetgeving en het leerstuk van *fraus legis*.

1.4 Opzet

De onderzoeksvraag wordt beantwoord aan de hand van een aantal deelvragen welke elk in een apart hoofdstuk worden uitgewerkt. Na deze algemene inleiding (hoofdstuk 1) zijn dat de volgende vragen en tevens hoofdstukken:

2. *Waarom is de moeder-dochterrichtlijn ingevoerd en wat is de reden om hierin een antimisbruikbepaling op te nemen?*

In hoofdstuk 2 wordt toegelicht waarom gekozen is voor de opname van een Europese moeder-dochterrichtlijn. Daarbij zal ook aan bod komen dat in eerste instantie een – simpele – antimisbruikbepaling is opgenomen. Het is van belang hoe in het algemeen binnen de EU wordt omgegaan met misbruik van recht. Daarbij zullen ook invloeden van de BEPS problematiek en mogelijke andere internationale ontwikkelingen een rol spelen. Wanneer is er sprake van misbruik²¹ en moet het aangepakt worden? Hoe grijpt de EC dan in en wat zijn de bevoegdheden voor de lidstaten zelf? Deze vragen zullen onder andere nader uitgewerkt worden.

3. *Wordt belastingontwijking via Europese richtlijnen op overeenstemmende wijze aangepakt?*

¹⁹ L.J.A. Pieterse, Internationale uitwisseling van informatie, WFR 2015/979.

²⁰ Vakstudie Nieuws, Antimisbruikbepaling in EU moeder/dochterrichtlijn, V-N 2014/64.12.

²¹ Bijvoorbeeld de zaken van het Hof van Justitie, 16 juli 1998, C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370 en Hof van Justitie, 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544.

In hoofdstuk 3 wordt geanalyseerd hoe op Europees niveau wordt geprobeerd om belastingontwijking tegen te gaan. Hierbij wordt in het bijzonder ingegaan op de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn. In deze twee richtlijnen zijn speciale artikelen opgenomen waarin wordt aangegeven wanneer sprake is van misbruik waardoor een lidstaat bij desbetreffende richtlijn de voordelen niet toekent in die specifieke situatie.

Ingeval gelet wordt op de wijze van vormgeving van de verschillende antimisbruikbepalingen in richtlijnen in vergelijking met de implementatie in de nationale wetgeving, is al een aantal onduidelijkheden ontstaan omtrent de keuze voor het opnemen van bepaalde termen.²² De implementatie in de nationale wetgeving van de algemene antimisbruikbepaling ten aanzien van de algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn kan ook afwijken. Of sprake is van harmonisatie of onduidelijkheid van invulling van bepaalde begrippen, zal uit toekomstig jurisprudentie onderzoek moeten blijken.

*4. Kan het nationale leerstuk van *fraus legis* naast de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn uitkomst bieden in situaties van belastingontwijking?*

In hoofdstuk 4 wordt aandacht geschonken aan de aanpak van situaties waarin op nationaal niveau sprake is van belastingontwijking. Hier speelt in het bijzonder het leerstuk van *fraus legis*²³ een rol. Aan bod komt in welke gevallen – het ongeschreven recht van – *fraus legis* uitkomst kan bieden ingeval van belastingontwijking. Daarmee kan bepaald worden in hoeverre de implementatie van de algemene antimisbruikbepaling van de moeder-dochterrichtlijn daar een toevoeging op is.

5. Is de gekozen implementatie binnen de nationale wet effectief in het bijdragen aan het behalen van het doel van de algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn?

In hoofdstuk 5 wordt getoetst of de gekozen implementatie van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn in de nationale wetgeving de juiste keuze is geweest op basis van de beschreven toetsingscriteria in paragraaf 1.3: neutraliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid. Dit in samenhang met voorgaande deelvragen waarbij een vergelijking wordt gemaakt met de antimisbruikbepalingen in de interest- en royaltyrichtlijn en

²² Bijvoorbeeld bij de fusierichtlijn. Zie Hof van Justitie, 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718.

²³ Basisarrest: Hoge raad, 26 mei 1926, NJ 1926, 723. Zie ook Hoge Raad, 21 november 1984, nr. 22092, BNB 1985/32.

de fusierichtlijn en het in Nederland gehanteerde leerstuk van *fraus legis*. Voor mogelijke knelpunten gezien de moeder-dochterrichtlijn en de implementatie van de algemene antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving vanuit de moeder-dochterrichtlijn worden tot slot in hoofdstuk 5 aanbevelingen voor mogelijke knelpunten gedaan.

Elk hoofdstuk begint met een korte inleiding en eindigt met een deelconclusie. Tot slot wordt in hoofdstuk 6 een samenvatting gegeven van de vier voorgaande hoofdstukken waarin op basis van de antwoorden op de daarin behandelde deelvragen een antwoord gegeven wordt op de hoofdvraag. Dit leidt tot de hoofdconclusie.

Het onderzoek vindt op kwalitatieve wijze plaats via juridische en fiscale vakliteratuur gericht op Nederland in Europees verband, jurisprudentie en parlementaire stukken.

1.5 Afbakening

In belastingverdragen – al dan niet op basis van het OESO-Modelverdrag – zijn ook mogelijkheden ontwikkeld om misbruik tegen te gaan. Daaronder vallen de algemene antimisbruiktoets van de *Main Purpose Test* en de meer specifieke *Limitation on Benefits* toets. Per verdrag kan het verschillen welke vormgeving is gekozen voor de omgang met mogelijke misbruik situaties. Dat kan erg specifiek en uitwendend zijn voor dit onderzoek, waardoor het buiten beschouwing wordt gelaten. Het Nederlandse *fraus tractatus* – misbruik van verdragsrecht – wordt daarom ook niet behandeld.

De EC heeft op 28 januari 2016²⁴ een voorstel ingediend voor een anti-ontgaansrichtlijn, de ‘*ant-tax avoidance directive*’. Daar is in artikel 6 een algemene antimisbruikbepaling opgenomen en in artikel 9 hoe om te gaan met hybride entiteiten en hybride instrumenten bij dubbele niet-heffing. Het voorstel is op 12 juli 2016 definitief aangenomen door de 28 lidstaten.²⁵ Daarnaast is op 25 oktober 2016 een tweede voorstel ten aanzien van hybride entiteiten en hybride instrumenten gepubliceerd. De richtlijn heeft ook doorwerking naar derde landen en is aangenomen op 21 februari 2017.²⁶ De richtlijnen zullen met ingang van 1 januari 2019 geïmplementeerd zijn in de nationale wetgeving, waardoor daarmee in dit onderzoek geen vergelijking gemaakt zal worden. Wel wordt in hoofdstuk 5 kort bij deze en andere recente ontwikkelingen en de mogelijke gevolgen daarvan stilgestaan.

²⁴ Voorstel voor een RICHTLIJN VAN DE RAAD tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden. COM(2016) 16 def.

²⁵ Richtlijn (EU) 2016/1164. Unaniem volgens art. 115 VwEU of via het meersnelheden-regime van art. 20 VEU. Met betrekking tot deze anti-ontgaansrichtlijn is unanimititeit vereist

²⁶ Voorstel Richtlijn ATAD 2 (6333/17), FISC 47 ECOFIN 96; aanvulling op art. 9 Richtlijn (EU) 2016/1164.

Daarnaast is het onderzoek alleen gericht op lichamen die vallen onder de Wet VPB en genoemd zijn in de moeder-dochterrichtlijn onder BIJLAGE I, Deel A onder s.

Hoofdstuk 2 – De moeder-dochterrichtlijn en misbruik binnen Europees recht

2.1 Inleiding

In het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) zijn de doelstellingen²⁷ van de EU terug te vinden. Fiscaal gezien spelen de verkeersvrijheden een belangrijke rol. Met deze verkeersvrijheden mag geen strijdigheid bestaan. Belemmeringen wegnemen tussen nationale en grensoverschrijdende situaties is daarvoor essentieel. De moeder-dochterrichtlijn draagt daaraan bij waarmee voordelen worden toegekend om een binnenlandse en buitenlandse situatie op gelijke wijze te kunnen behandelen, door economische dubbele belastingheffing te voorkomen. Echter dient daar geen misbruik van gemaakt te worden. De moeder-dochterrichtlijn bevat sinds het bestaan van de richtlijn een – korte – antimisbruikbepaling. Met ingang van 1 januari 2016 hebben zich verschillende wijzigingen voorgedaan binnen de nationale wetgeving, waaronder de invoering van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn. Het opnemen van een antimisbruikbepaling in een richtlijn is een manier om met misbruik om te gaan. Gezien de internationale ontwikkelingen omtrent onder meer BEPS is een toenemende druk ontstaan om misbruik tegen te gaan. In dit hoofdstuk wordt daarom eerst inhoudelijk stilgestaan bij de moeder-dochterrichtlijn. Daarna wordt ingegaan op vormen van misbruik en de keuze voor een antimisbruikbepaling in een richtlijn. De EC heeft daartoe de mogelijkheid en lidstaten hebben daarnaast enige vrijheid in de vormgeving ervan bij de implementatie in de nationale wetgeving. De volgende deelvraag staat in dit hoofdstuk centraal:

➔ *Waarom is de moeder-dochterrichtlijn ingevoerd en wat is de reden om hierin een antimisbruikbepaling op te nemen?*

2.2 Achtergrond moeder-dochterrichtlijn

2.2.1 Een richtlijn binnen Europees recht

De moeder-dochterrichtlijn behoort tot het secundaire Europese recht (hierna: EU-recht). Het primaire EU-recht ziet voornamelijk op de tussen de lidstaten afgesloten verdragen, te weten:

²⁷ Zie bijvoorbeeld art. 3 VEU.

het VEU en het VwEU.²⁸ Het VEU is meer de formele basis voor het VwEU waarin verschillende regels zijn vastgelegd. Het VwEU ziet daarbij meer op de materiële (uit)werking van deze regels. Daarin zijn ook de verkeersvrijheden²⁹ vastgelegd welke de lidstaten dienen te waarborgen. Het Hof van Justitie (hierna: HvJ) is daarbij het aangewezen orgaan om te toetsen of een lidstaat in strijd met het EU-recht handelt³⁰, wat ook wel als negatieve integratie wordt aangeduid. Geschillen kunnen ontstaan indien het gaat om directe belastingen, waar de moeder-dochterrichtlijn ook op ziet – de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting –, doordat algehele harmonisatie op dat gebied nog niet bestaat. Met betrekking tot de moeder-dochterrichtlijn is een prejudiciële vraag gesteld in de zaak Epson³¹. Bepaald is in deze zaak dat ongeacht de benaming van de winstbelasting over de dividenduitkering een inhouding aan de bron onder de moeder-dochterrichtlijn valt, waar een vrijstelling voor dient te worden verleend. Op deze wijze kon als overheid van een lidstaat niet meer geprobeerd worden onder een vrijstelling van bronheffing uit te komen.

Het secundaire EU-recht is afgeleid uit het primaire EU-recht. Het vloeit voornamelijk voort uit art. 288 van het VwEU. Op grond daarvan hebben de instellingen³² binnen de EU de mogelijkheid om verschillende instrumenten te gebruiken die ervoor kunnen zorgen dat harmonisatie van regelgeving tussen lidstaten bewerkstelligd wordt, wat gezien wordt als positieve integratie. Tot deze instrumenten behoort ook de mogelijkheid om een richtlijn³³ op te stellen, waar de moeder-dochterrichtlijn er één van is. Een richtlijn heeft geen rechtstreekse werking. Er ontstaat een verplichting voor de overheden van de lidstaten. De richtlijn treedt in beginsel in werking wanneer deze in de nationale wetgeving is geïmplementeerd.³⁴ Indien er geen overeenstemming bestaat tussen het EU-recht en bepalingen binnen de nationale wetgeving, dan prevaleert het EU-recht.³⁵ Doordat regels in een richtlijn bij uiteindelijke

²⁸ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, p. 28. Daarmee zijn voorgaande verdragen, zoals het EG-verdrag, vervangen sinds 1 december 2009 door de inwerkingtreding van het verdrag van Lissabon.

²⁹ Vrij verkeer van goederen in art. 34, vrij verkeer van personen in art. 45 en voor rechtspersonen de vrijheid van vestiging in art. 49, vrijheid van diensten in art. 56 en vrijheid van kapitaalverkeer met derdenwerking in art. 63 van het VwEU.

³⁰ De verkeersvrijheden dienen niet belemmerd te worden. Daar kan een rechtvaardigingsgrond voor zijn zoals te vinden in art. 36 VEU. Verder zijn binnen jurisprudentie via het Hof van Justitie ook rechtvaardigheidsgronden ontwikkeld welke vallen onder de “rule of reason”. Deze zullen aan proportionaliteit en noodzakelijkheid getoetst worden. Zie bijvoorbeeld de zaak Hof van Justitie, 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

³¹ Hof van Justitie, 8 juni 2000, C-375/98, ECLI:EU:C:2000:302.

³² Art. 13 VEU.

³³ Daarnaast bestaat de mogelijkheid voor een verordening of een besluit met betrekking tot “hard-law”.

³⁴ Bij een niet, te late of onjuiste implementatie van de richtlijn in de nationale wetgeving kan alsnog een beroep worden gedaan op de Europese richtlijn zelf, ook ingeval van puur binnenlandse situaties. Zie onder meer de zaak voor het Hof van Justitie, 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369.

³⁵ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, p. 29.

instemming van de 28 lidstaten afdwingbaar zijn, worden richtlijnen gezien als een vorm van “hard-law”³⁶. Toch hoeft dit niet geheel te leiden tot harmonisatie aangezien bij implementatie van de richtlijn lidstaten wel enige vrijheid hebben in de wijze waarop de richtlijn in de nationale wetgeving wordt opgenomen. De wetgeving van de verschillende lidstaten wordt door middel van een richtlijn wel nader tot elkaar gebracht.

2.2.2 Doel en strekking van de moeder-dochterrichtlijn

Gekozen is voor een moeder-dochterrichtlijn met als doel het creëren van een gelijk speelveld tussen ondernemingen die in het binnenland opereren en ondernemingen die ook in het buitenland werkzaam zijn. De richtlijn ziet alleen op dividenduitkeringen. De voornaamste reden van het voorstel³⁷ van de EC voor het opnemen van de moeder-dochterrichtlijn in 1969 is het voorkomen van economische dubbele belastingheffing ingeval van moeder-dochter verhoudingen³⁸ waarbij de ene vennootschap minimaal 10% heeft van de aandelen in de ander.³⁹ Voor Nederland geldt immers voor puur binnenlandse situaties dat ingeval van een deelneming van ten minste 5% de deelnemingsvrijstelling⁴⁰ van art. 13 Wet VPB van toepassing is waardoor voordelen als dividend vanuit een deelneming in de dochtervennootschap⁴¹ zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting voor de moedervennootschap. Hierdoor wordt economische dubbele belastingheffing over de winstuitkering voorkomen. Voor de dochtervennootschap geldt daarbij dat inhouding en afdracht van dividendbelasting uit kan blijven indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op grond van art. 4 lid 1 sub a Wet DB. Op deze wijze is daarmee binnen moeder-dochter verhoudingen geen vennootschapsbelasting, dan wel dividendbelasting verschuldigd. Indien

³⁶ Ook kent het EU-recht de vorm van “soft-law” waarbij het meer een advies of mening betreft via bijvoorbeeld een aanbeveling of mededeling van de EC.

³⁷ COM(1969) 6, PbEG 22 maart 1969, nr. C-39/7. Zie de vierde alinea. Dit voorstel heeft uiteindelijk geleid tot de Richtlijn 90/435/EEG.

³⁸ Met de wijzigingen van de richtlijn van 22 december 2003, Richtlijn 2003/123/EG, is een verlaging van het eerst geldende bezitsvereiste van 25% naar 20% doorgevoerd in 2005. In 2007 werd dit 15% en sinds 2009 geldt een percentage van 10%.

³⁹ De doelstelling komt wederom naar voren in de Preambule 2015, punt 1, RICHTLIJN 2011/96/EU VAN DE RAAD van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten. De richtlijn is van toepassing binnen de EU lidstaten en werkt door naar de Europees Economische Ruimte (EER) en Zwitserland.

⁴⁰ De deelnemingsvrijstelling kende tot 1 januari 2007 een onderworpenheidstoets voor buitenlandse deelnemingen. Subjectieve onderworpenheid was voldoende. De hoogte van het belastingtarief en het effectief betalen van belasting was niet relevant. Hiermee werd wel een onderscheid gecreëerd tussen binnenlandse en buitenlandse deelnemingen wat onder EU-recht belemmerend kan uitwerken. Met ingang van 1 januari 2007 is er geen onderworpenheidseis meer in de deelnemingsvrijstelling opgenomen, tenzij deze deelneming een beleggingsdeelneming is. Het uitgangspunt van de deelnemingsvrijstelling is immers het voorkomen van (economische) dubbele belastingheffing.

⁴¹ Naar aanleiding van de zaak Saint-Gobain – Hof van Justitie, 21 september 1999, C-307/97, ECLI:EU:C:1999:438 – ziet de richtlijn ook op vaste inrichtingen.

het een concern betreft met een buitenlandse dochtervennootschap hoeft dat in Europees verband niet in alle gevallen te gelden. Voor Nederland geldt dat bij een buitenlandse dochtervennootschap de deelnemingsvrijstelling voorsnog van toepassing kan zijn. Echter hoeft het niet zo te zijn dat in het land waar de dochtervennootschap gevestigd is een inhoudingsvrijstelling voor aldaar mogelijk geldende dividendbelasting bestaat.

De moeder-dochterrichtlijn heeft als doel te bewerkstelligen dat concerns binnen de lidstaten niet belemmerd worden om in meer dan één lidstaat te opereren. Op basis van de moeder-dochterrichtlijn geldt dat lidstaten op uitgaande winsten vanuit de in een lidstaat gevestigde dochtervennootschap geen bronheffing hoeven in te houden. In de lidstaat waar de moedervennootschap gevestigd is geldt dat voorkomen⁴² dient te worden dat de ingekomen winst dubbel wordt belast zodanig dat zowel in een binnenlandse als buitenlandse situatie geen dubbele belastingheffing ontstaat.

2.2.3 Recente aanpassingen van de moeder-dochterrichtlijn

De moeder-dochterrichtlijn is binnen de lidstaten in de nationale wetgeving geïmplementeerd met ingang van het jaar 1992 na de unanieme toestemming⁴³ van de lidstaten met het voorstel daartoe.⁴⁴ Hieraan voorafgaand heeft een wetgevingsprocedure plaatsgevonden betreffende een richtlijn. Verschillende instellingen van de EU zijn daarbij betrokken. De EC draagt een voorstel aan waarna het Europees Parlement (hierna: EP) en ook het Europees Economisch en Sociaal Comité een advies uitbrengen. De ER is vervolgens akkoord gegaan met de voorgestelde wijzigingen.⁴⁵

Toepassing van de moeder-dochterrichtlijn zorgt voor het toekennen van een aantal voordelen⁴⁶ omdat de heffing van vennootschapsbelasting en het inhouden van een bronbelasting achterwege blijven. Daarbij gaat het om grensoverschrijdende situaties waar misbruik kan ontstaan indien de lidstaten op andere wijzen met de situatie omgaan en er mismatches ontstaan. De moeder-dochterrichtlijn dient economisch dubbele belastingheffing te voorkomen. Het is

⁴² Een andere mogelijkheid is de winst wel belasten, maar deze geheven belasting vervolgens kunnen aftrekken van het belastbare bedrag op grond van art. 4 lid 1 sub b van de richtlijn.

⁴³ Art. 115 VwEU.

⁴⁴ Cursus Belastingrecht, EBR 7.1.1, De geschiedenis van de EG-moeder-dochterrichtlijn. De Europese Raad stelde op 23 juli 1990 de EG-moeder-dochterrichtlijn vast; Richtlijn 90/435/EEG.

⁴⁵ Het voorstel voor de twee wijzigingen is door de EC voorgelegd in november 2013. Op 8 juli 2014 is het akkoord bereikt betreffende de invoering van een gerichte antimismatchbepaling. Op 27 januari 2015 volgde het akkoord voor de algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn.

⁴⁶ De voordelen worden toegekend mits het gaat om kwalificerende vennootschappen, de fiscale vestigingsplaats in desbetreffende lidstaten ligt en er sprake is van onderworpenheid aan vennootschapsbelasting voor zowel de moeder- als dochtervennootschap. Zie art. 2 en de bijlage I van de moeder-dochterrichtlijn.

echter ook ongewenst dat er situaties met dubbele niet-heffing ontstaan. Daarom zijn met ingang van 1 januari 2016 twee wijzigingen doorgevoerd.⁴⁷

Om specifiek mismatches die leiden tot dubbele niet-heffing tegen te gaan is een wijziging voorgesteld ten aanzien van voornamelijk hybride leningen.⁴⁸ In Nederland heeft dit geleid tot de invoering van art. 13 lid 17 Wet VPB. Deze bepaling ziet alleen op rente. Ingeval van hybride leningen wordt de lening in een lidstaat als vreemd vermogen gezien en in een andere lidstaat als eigen vermogen. Zo kan de situatie ontstaan waarin bij de moedervernootschap de deelnemingsvrijstelling van toepassing is en bij de dochtervernootschap de rentekosten van het vreemd vermogen aftrekbaar zijn, waardoor grensoverschrijdende situaties voordeliger kunnen uitpakken dan nationale situaties. Dit geval van dubbele niet-heffing wordt nu voorkomen doordat in Nederland de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is bij de moedervernootschap wanneer bij de dochtervernootschap sprake is van een renteaftrek.

Naast de wijziging van de moeder-dochterrichtlijn om een vorm van misbruik tegen te gaan via een antimismatchbepaling waarbij er dubbele niet-heffing ontstaat bij gebruikmaking van hybride financieringsinstrumenten, is in januari 2015 ook gekozen om een algemene antimisbruikbepaling op te nemen in de moeder-dochterrichtlijn.⁴⁹ De doelstelling hiervan is om te zorgen voor een meer geharmoniseerde aanpak van misbruik binnen de lidstaten.⁵⁰

De algemene antimisbruikbepaling is een minimumbepaling. Verdere maatregelen die gelden binnen de nationale wetgeving blijven gelden zolang deze niet in strijd zijn met het EU-recht. In Nederland kan dus daarnaast het leerstuk van *fraus legis* nog steeds van toepassing zijn.⁵¹

Binnen de algemene antimisbruikbepaling wordt zowel subjectief als objectief getoetst of er sprake is van misbruik. De subjectieve toets ziet op het vaststellen of het hoofddoel of een van de hoofddoelen van een constructie is om een belastingvoordeel te behalen wat niet overeenstemt met doel en strekking van de moeder-dochterrichtlijn. Met de objectieve toets wordt bepaald of sprake is van een kunstmatige (reeks) constructie(s). De constructie kan geheel of deels kunstmatig zijn. De algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn is bedoeld om de kunstmatige – niet zakelijke – onderdelen van een constructie te bestrijden zonder de niet kunstmatige onderdelen te raken. Wanneer separate onderdelen van de

⁴⁷ Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015. Zie ook Kamerstukken II, 2015/15, 34 306, nr. 3.

⁴⁸ Richtlijn 2014/86/EU van de Raad.

⁴⁹ Richtlijn 2015/121/EU van de Raad.

⁵⁰ Preambule 2015, punt 5, RICHTLIJN 2011/96/EU VAN DE RAAD van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

⁵¹ In hoofdstuk 4 wordt hier nader op ingegaan.

constructie niet als kunstmatig beschouwd kunnen worden maar indien deze onderdelen worden samengenomen wel, dan valt dit ook onder het toepassingsbereik van de algemene antimisbruikbepaling.⁵²

De algemene antimisbruikbepaling is gericht op de heffing van de (bron)belasting bij de uitkering van winst door een dochtervennootschap aan de moedervennootschap. Voor de lidstaten geldt daarom dat een deelnemingsvrijstelling binnen de vennootschapsbelasting als zodanig niet hoeft te worden aangepast.⁵³ Enigszins opmerkelijk is dat de aanpassing niet heeft plaatsgevonden in de inhoudingsvrijstelling.⁵⁴ De implementatie heeft plaatsgevonden in de aanmerkelijk belang regeling voor buitenlandse belastingplichtigen in de vennootschapsbelasting⁵⁵. Dit in samenhang met een – uitgebreide – antimisbruikbepaling in de dividendbelasting ten aanzien van coöperaties waardoor wel inhoudingsplicht voor de dividendbelasting⁵⁶ kan ontstaan.

2.3 Misbruik en antimisbruikbepalingen

2.3.1 Misbruik binnen Europees recht

Binnen het Europese recht hebben zich verschillende vormen van misbruik voorgedaan. Deze zijn terug te vinden in zaken waarin het Hof van Justitie een oordeel heeft geveld. In 1974⁵⁷ werd voor het eerst gesproken van misbruik⁵⁸ van het EU-recht. Met betrekking tot belastingontwijking zijn later ook meerdere zaken voor het Hof van Justitie gekomen.⁵⁹ Uit deze zaken zijn criteria voortgekomen welke worden gehanteerd om te bepalen of er sprake is van misbruik binnen het EU-recht.⁶⁰ De lidstaten zijn ook bevoegd om maatregelen tegen misbruik te nemen, wat bijdraagt aan het vertrouwen van de lidstaten in de interne markt doordat zij controle kunnen uitoefenen op het bestrijden van misbruik.⁶¹ Er kan direct of indirect

⁵² Kamerstukken II, 2015/15, 34 306, nr. 3, p. 3-4.

⁵³ Europese Raad, 16435/14, 5 december 2014, bijlage III Verklaring van de Commissie.

⁵⁴ Hier is een aantal argumenten voor gegeven, waar in hoofdstuk 3 nader op wordt ingegaan.

⁵⁵ Art. 17 lid 3 sub b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969.

⁵⁶ Art. 1 lid 7 Wet op de Dividendbelasting 1965, geldend sinds 1 januari 2012. Deze bepaling wordt mogelijk aangepast, waar in hoofdstuk 5 nader op wordt ingegaan.

⁵⁷ Hof van Justitie, 3 december 1974, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131. Dit komt betreffende belastingontwijking ook terug in de zaak voor het Hof van Justitie, 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, rechtsoverweging 35.

⁵⁸ De term misbruik dient binnen het EU-recht en de nationale wetgeving op dezelfde wijze te worden uitgelegd. Zie ook R. Hiemstra, Misbruik onder nationaal en Europees recht, WFR 2014/133.

⁵⁹ Zie bijvoorbeeld de zaken voor het Hof van Justitie, 16 juli 1998, C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370 en Hof van Justitie, 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 .

⁶⁰ Belastingontwijking valt ook onder het misbruik van het EU-recht. Dit komt onder meer ook naar voren in de zaak voor het Hof van Justitie, 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, rechtsoverweging 35.

⁶¹ Ensig Sørensen, Abuse of rights in community law: a principle of substance or merely rhetoric, Kluwer Law International 2006, p. 424.

sprake zijn van misbruik van recht. Indirect misbruik is onder meer aan de orde geweest in de zaak Centros⁶². Bij deze vorm van misbruik wordt via een omweg⁶³ geprobeerd bepaalde nadelige of strengere nationale regelgeving te ontwijken waarbij een beroep kan worden gedaan op – de verkeersvrijheden binnen – het EU-recht. In de zaak Centros is door een Deens echtpaar een vennootschap in het Verenigd Koninkrijk opgericht om vervolgens een filiaal op te richten in Denemarken. Dit puur zodat de in Denemarken geldende minimum kapitaaleisen niet van toepassing zijn, terwijl alle activiteiten daar wel geheel plaatsvinden. Daarbij dient gelet te worden op het achterliggende doel van de in een zaak aan de orde zijnde bepaling uit het EU-recht; als overeenstemming met de doelstelling binnen het EU-recht bestaat is van misbruik geen sprake.⁶⁴

Indien sprake is van direct misbruik kan het gaan om een beroep dat wordt gedaan op het EU-recht puur om daarmee een (belasting)voordeel te behalen.⁶⁵ Het weigeren van bepaalde regelingen en voordelen ingeval van misbruik is daarmee voor het Hof van Justitie als rechtvaardigingsgrond te beschouwen.⁶⁶ Wanneer het geval van misbruik strijdig wordt bevonden met het EU-recht is daar voor de belastingplichtige een uitzondering op mogelijk indien er een optie is tot het leveren van een tegenbewijs⁶⁷.

Ingeval van misbruik is in gewezen jurisprudentie een subjectieve en objectieve toets tot stand gekomen.⁶⁸ Met de subjectieve toets wordt beoordeeld of daadwerkelijk wordt beoogd om een onbedoeld⁶⁹ voordeel te behalen door een beroep te doen op het EU-recht. Van belang hierbij is na te gaan of en hoezeer lettend op gestelde voorwaarden in desbetreffend geval sprake is van een kunstmatige constructie⁷⁰. Het nagaan van de kunstmatigheid van de constructie duidt enigszins op een objectivering van de subjectieve toets, aangezien de beoogde bedoeling een

⁶² Hof van Justitie, 9 maart 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126.

⁶³ Hier betrof het een zogenoemde “u-bochtconstructie”.

⁶⁴ Idem. In de zaak Centros is tot de conclusie gekomen dat geen sprake is van misbruik. Dit doordat in overeenstemming is gehandeld met de doelstelling van art. 49 VwEU betreffende de vrijheid van vestiging in samenhang met art. 54 VwEU betreffende het recht van vestiging.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld de zaak voor het Hof van Justitie, 14 december 2000, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695.

⁶⁶ Daarbij bestaat samenhang met het waarborgen van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten. Dit komt onder meer naar voren in gewezen jurisprudentie zoals in de eerder aangehaalde zaak voor het Hof van Justitie, 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, zie rechtsoverwegingen 55 en 56. Zie ook B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2008, p. 358.

⁶⁷ Dit op grond van een bepaling in de nationale wetgeving om in een specifiek geval (als aangehaald in de zaak Centros, rechtsoverweging 25) aan te kunnen tonen dat van misbruik geen sprake is, zoals door het bestaan van zakelijke overwegingen. Zie bijvoorbeeld de zaak voor het Hof van Justitie, 13 maart 2007, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161, rechtsoverweging 82.

⁶⁸ Zie ook de zaak voor het Hof van Justitie, 14 december 2000, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695.

⁶⁹ Waarmee de doelstelling van de bepaling binnen het EU-recht waar een beroep op wordt gedaan ondermijnd wordt.

⁷⁰ Deze dient de economische realiteit te weerspiegelen. Dit komt naar voren in verschillende zaken voor het Hof van Justitie. Zie bijvoorbeeld Hof van Justitie, 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, rechtsoverweging 55.

voordeel te behalen lastig vast te stellen is.⁷¹ De objectieve toets houdt in dat bepaald wordt of in overeenstemming met het doel van een bepaling waar een beroep op wordt gedaan is gehandeld. Dit betreft mogelijk de verkeersvrijheden binnen het EU-recht en of voldaan is aan andere vereisten om te vallen onder het toepassingsbereik van het EU-recht. Immers kan op grond van het EU-recht een aantal voordelen verkregen worden, maar dient bij een beroep op een bepaling betreffende het EU-recht overeenstemming te bestaan met het achterliggende doel daarvan. Indien dit niet het geval is geldt voor de objectieve toets dat er sprake is van misbruik. Daarnaast dient voldaan te zijn aan de subjectieve toets om te kunnen spreken van misbruik. Dit op grond van onderhavige algemene toets voor misbruik binnen het EU-recht waar sprake is van een cumulatieve toets.

2.3.2 *Internationale ontwikkelingen*

Momenteel staan vele multinationals onder druk vanwege de toenemende publiciteit omtrent belastingontwijking waar zij zich schuldig aan zouden maken. De maatschappelijke ontevredenheid omtrent grote ondernemingen die wel de mogelijkheden hebben om hun belastingdruk te minimaliseren en kleine(re) ondernemingen of particulieren die dat niet kunnen neemt daarmee ook toe.⁷² De term “BEPS” – base erosion and profit shifting -, grondslaguitholling en winst verschuiven wordt daarbij vaak aangehaald. De OESO heeft deze term geïntroduceerd. In 2013 publiceerde de OESO het eerste actieplan om BEPS tegen te gaan.⁷³ Vervolgens is in 2014 een aantal definitieve aanbevelingen opgesteld waarna in oktober 2015 het finale BEPS rapport van de OESO is uitgebracht.⁷⁴ Bij de OESO zijn momenteel 34 landen aangesloten waar Nederland ook toe behoort. Het doel van de samenwerking tussen deze landen is om samen tot oplossingen te komen voor maatschappelijke en economische problemen.⁷⁵ Dit mede door op internationaal gebied te proberen het beleid van de verschillende landen op elkaar af te stemmen. Om de BEPS problematiek tegen te gaan zijn vijftien actiepunten opgesteld. Het is wenselijk dat de landen aangesloten bij de OESO de actiepunten naleven. Dit is door de OESO zelf niet af te dwingen.

De EC volgt waar de OESO mede op fiscaal-economisch gebied mee bezig is en geeft daar ook vorm aan. De EC heeft in 2012 verschillende mededelingen gedaan omtrent het tegengaan van

⁷¹ Idem. Zie ook noot D.M. Weber, punt 6, bij Hof van Justitie, 14 december 2000, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695.

⁷² A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 81-82.

⁷³ OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 2013.

⁷⁴ OECD, *Base Erosion and Profit Shifting, Final Reports 2015*.

⁷⁵ <http://www.oecd.org/about/history/>

belastingfraude en belastingontwijking.⁷⁶ Daarmee is ook het voorstel voor de aanpassing van de moeder-dochterrichtlijn tot stand gekomen gericht op het tegengaan van dubbele niet-heffing door het bestaan van mismatches via onder meer hybride instrumenten.⁷⁷ In juni 2015 is een nieuw actieplan van de EC gepubliceerd, waarna in 2015 ook een akkoord is bereikt om de moeder-dochterrichtlijn aan te passen door een algemene antimisbruikbepaling in de richtlijn op te nemen.⁷⁸ Gezien de BEPS problematiek is in januari 2016 een voorstel gedaan voor een anti-ontgaansrichtlijn en daarmee ook deels samenhangend bestaat het voorstel voor de CCCTB-richtlijn van maart 2011 en oktober 2016.⁷⁹ Voor de C(C)CTB-richtlijn voorstellen geldt dat deze nog niet zijn aangenomen door (alle) lidstaten. Indien alle lidstaten instemmen met een gepubliceerd voorstel tot een richtlijn geldt in beginsel dat binnen de EU regels wel kunnen worden afgedwongen.

Ten aanzien van misbruik is het wenselijk dat niet alleen binnen de EU maar ook daarbuiten de daartoe gestelde aanpak van toepassing is. Essentieel daarbij is dat de EC aansluit bij de aanbevelingen van de OESO om zo te zorgen voor consistentie. Inconsistenties tussen landen kunnen misbruik uitlokken. Door van inconsistenties binnen fiscale wetgeving gebruik te maken kan belasting (soms) ontweken worden. Het gebied waarbij de regels binnen de EU ook in landen daarbuiten van toepassing zijn betreft de informatie-uitwisseling. De internationale informatie-uitwisseling is ook van belang gezien de wijzigingen in de moeder-dochterrichtlijn. Voor het doen blijken van misbruik ligt de bewijslast in eerste instantie bij de belastingdienst van een lidstaat, waarbij de belastingplichtige wellicht gebruik kan maken van de mogelijkheid een tegenbewijs te leveren. Of er sprake is van misbruik zal getoetst moeten worden aan een opgenomen antimisbruikbepaling dan wel andere (nationale) regelgeving die daarop ziet.

2.3.3 Antimisbruikbepalingen

Verschillende richtlijnen die de harmonisatie van indirecte dan wel directe belastingen waarborgen binnen de EU kennen een antimisbruikbepaling. Die bepalingen dienen ervoor te zorgen dat de richtlijnen worden gebruikt voor de doelstellingen waarmee deze tot stand zijn

⁷⁶ De Juni mededeling waarop volgde de December mededeling met codificatie in een actieplan: COM(2012) 722 def., Brussel 6 december 2012.

⁷⁷ COM(2013) 814 def., Brussel 25 november 2013.

⁷⁸ COM(2015) 302 def., Brussel 17 juni 2015. Zie ook Publicatieblad van de Europese Unie, L21, 27 januari 2015.

⁷⁹ Zie COM(2016) 26 def., Brussel 28 januari 2016 en COM(2011) 121 def., Brussel 16 maart 2011. De recente ontwikkelingen omtrent deze voorstellen worden in hoofdstuk 5 nader toegelicht.

gekomen. In de richtlijnen zijn antimisbruikbepalingen niet allen op gelijke wijze vormgegeven, maar dienen allen tegen het ontgaan en/of ontwijken van belastingheffing.⁸⁰

In de interest- en royaltyrichtlijn⁸¹ is een met de in de fusierichtlijn vergelijkbare antimisbruikbepaling opgenomen in art. 5 *Fraude en misbruiken*. Er is sprake van misbruik indien de richtlijn niet wordt toegepast voor het doel waar zij voor bedoeld is. Hier wordt aangesloten bij de ‘algemene’ toets voor misbruik binnen het EU-recht welke in paragraaf 2.3.1 is toegelicht. Voor de fusierichtlijn⁸² geldt dat toepassing ervan niet kan plaatsvinden op grond van art. 15 *Misbruik enz.* Voordelen van de richtlijn kunnen ontnomen worden indien blijkt dat fiscale motieven de doorslag zijn geweest voor de fusie of splitsing.⁸³

Door de gewijzigde moeder-dochterrichtlijn is met ingang van 1 januari 2016, onder meer gezien de eerder aangehaalde internationale ontwikkelingen omtrent belastingontwijking, de algemene antimisbruikbepaling van toepassing. Vóór de invoering van de algemene antimisbruikbepaling bevatte de moeder-dochterrichtlijn al een antimisbruikbepaling in art. 1 lid 2 met betrekking tot de reikwijdte van de richtlijn. Deze bepaling was anders vormgegeven dan de antimisbruikbepalingen in de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn. Daarbij werd onder meer niet ingegaan op het hoofddoel om met toepassing van de richtlijn een fiscaal voordeel te behalen. Een consistente definitie van misbruik binnen de richtlijnen bleef daarmee uit. Art. 1 lid 2 (oud) van de moeder-dochterrichtlijn sloot niet uit dat indien een fiscaal voordeel is beoogd, er sprake is van misbruik en gaf niet aan welke maatregelen ingeval van misbruik genomen mochten worden wat zorgde voor verwarring.⁸⁴ Inmiddels is art. 1 lid 2 van de moeder-dochterrichtlijn⁸⁵ aangepast.⁸⁶ Hierdoor is meer aansluiting ontstaan ten aanzien van

⁸⁰ De verschillen in vormgeving van de antimisbruikbepaling in de interest- en royaltyrichtlijn, de fusierichtlijn en de moeder-dochterrichtlijn komen terug in hoofdstuk 3.

⁸¹ Richtlijn 2003/49/EG. In werking sinds 2004 met als doel het voorkomen van dubbele belastingheffing op interest- en royaltybetalingen door deze van elke heffing aan de bron vrij te stellen. De Nederlandse fiscale wetgeving bevat geen (expliciete) bronbelasting op interest- en royaltybetalingen.

⁸² Richtlijn 90/434/EEG. In werking sinds 1992 met als doel het niet belemmeren van grensoverschrijdende fusies en splitsingen via de mogelijkheid tot doorschuiven van fiscale claims in de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting. Deze claims dienen daarbij te zijn veiliggesteld voor de daartoe belang hebbende lidstaat.

⁸³ Zie bijvoorbeeld de zaak voor het Hof van Justitie, 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718, rechtsoverweging 35. Aangegeven wordt daar dat ook sprake kan zijn van fiscale overwegingen, maar deze dienen niet doorslaggevend te zijn.

⁸⁴ 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, toelichting p. 3.

⁸⁵ RICHTLIJN (EU) 2015/121 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.

⁸⁶ Hoe deze aanpassing is doorgevoerd in de Nederlandse nationale wetgeving komt aan bod in hoofdstuk 3 waarna een vergelijking wordt gemaakt met de implementatie van de antimisbruikbepalingen in de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn.

de antimisbruikbepalingen in de interest- en royaltyrichtlijn en fusierichtlijn. Overeenstemming in antimisbruikbepalingen voorkomt onduidelijkheden en zorgt voor meer zekerheid voor zowel de belastingplichtigen als de belastingdienst van de lidstaten.

2.4 Bevoegdheden instellingen Europese Unie en lidstaten

Op het gebied van belastingen is harmonisatie te bewerkstelligen via richtlijnen. Voor de indirecte belastingen betreft dit voornamelijk de BTW⁸⁷. Directe belastingen behoren in eerste instantie nog volledig tot de bevoegdheden van de lidstaten zelf waarmee zij hun soevereiniteit behouden. Voor zover gezien de directe belastingen – als in de moeder-dochterrichtlijn – via een richtlijn harmonisatie heeft plaatsgevonden zijn (deels) bevoegdheden overgedragen aan de EU.

Binnen het secundaire EU-recht zijn er, zoals eerder genoemd, verschillende opties om misbruik te bestrijden. De EC en de ER zijn de zienswijze toegedaan dat het aanpakken van misbruik het meest effectief gedaan kan worden via een richtlijn.⁸⁸ In eerste instantie steunde het Nederlandse kabinet de invoering van de algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn niet. Het kabinet is van mening dat een algemene antimisbruikbepaling een onjuiste is manier om gericht belastingontwijking tegen te gaan.⁸⁹ Indien in een richtlijn een antimisbruikbepaling is opgenomen, worden (deels) bevoegdheden van lidstaten afgestaan om misbruik te kunnen aanpakken. Lidstaten hebben wel enige vrijheid om de vormgeving van de antimisbruikbepaling bij implementatie in de nationale wetgeving te bepalen. Bovendien kan direct een beroep gedaan worden op het algemene verbod op misbruik maken van het EU-recht⁹⁰. Buiten antimisbruikbepalingen welke in de nationale wet dienen te worden geïmplementeerd via instemming met een Europese richtlijn, hebben lidstaten ook zelf de bevoegdheid om bepalingen in de nationale wet in te voeren die misbruik van (EU-)recht bestrijden. Daar dient het wel zo te zijn dat de nationale bepalingen⁹¹ niet verder gaan dan nodig⁹² in het tegengaan van misbruik. Strijdigheid met het EU-recht is niet toegestaan. Een te ruime nationale antimisbruikbepaling – al dan niet door implementatie van een richtlijn –

⁸⁷ Sinds de Richtlijn 77/388/EEG.

⁸⁸ Kamerstukken II, 2015/15, 34 306, nr. 3, p. 3.

⁸⁹ Brief Staatssecretaris van Financiën, 27 januari 2014, nr. IFZ/2014/88U.

⁹⁰ Zie paragraaf 2.3.1. Het expliciet opnemen van een antimisbruikbepaling in een richtlijn is daarmee wellicht niet nodig.

⁹¹ Het verbod op misbruik van het EU-recht is tot stand gekomen via jurisprudentie van het Hof van Justitie. Binnen de Nederlandse wetgeving wordt misbruik – in de vorm van belastingontwijking – (mede) aangepakt door het in de jurisprudentie ontwikkelde leerstuk van *fraus legis*. Gelijkenissen tussen beiden zijn er duidelijk. Zie ook E.C.C.M. Kemmeren, *Dividendbelasting en fraus legis: huidige stand van zaken*, WFR 2003/133.

⁹² Zie bijvoorbeeld de zaak voor het Hof van Justitie, 17 september 2009, C-182/08, ECLI:EU:C:2009:559, rechtsoverweging 89. Zie ook *Cursus Belastingrecht*, EBR.5.1.7.B.b., *Nadere afbakening: hoe specifiek moet een antimisbruikbepaling zijn?*.

waarmee ook constructies geraakt kunnen worden waarbij van misbruik geheel geen sprake is, gaat aan het gestelde doel van (puur) belastingontwijking tegenaan voorbij.⁹³ Een nationale antimisbruikbepaling dient specifieke objectieve criteria te bevatten waarmee gericht misbruik aangepakt kan worden.⁹⁴ Via toepassing van een te implementeren richtlijn worden de grenzen binnen de EU geopend voor bedrijven op de interne markt. Antimisbruikbepalingen daarbinnen hebben een tegenstelde werking; de mogelijkheid een voordeel te verkrijgen via een grensoverschrijdende handeling kan worden afgewezen. Afgevraagd kan worden hoe ver een lidstaat met die afwijzing kan gaan, ofwel hoe strikt de antimisbruikbepaling mag zijn.

Een ruimere uitleg van een richtlijn zorgt wel voor een aantrekkelijkere positie ten aanzien van de andere lidstaten. Lidstaten kunnen voor het implementeren van een richtlijn daartoe immers zelf de vorm en de middelen kiezen.⁹⁵ Voor de antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn geldt dat deze een minimumbepaling is voor het bestrijden van misbruik.⁹⁶ Deze ruimer uitleggen lijkt niet mogelijk gezien de aangehaalde zaken waarin is geoordeeld dat misbruik gericht dient te worden aangepakt, zonder daarin aan het doel van misbruik bestrijden voorbij te gaan. Een strengere implementatie van de algemene antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving zou gezien het karakter van een antimisbruikbepaling naar mijn mening mogelijk kunnen zijn. Een ruimere uitleg van de richtlijn bepalingen met een tegengestelde doelstelling is tenslotte ook toegestaan.⁹⁷

Daarnaast ligt de keuze voor een specifieke of algemene antimisbruikbepaling. Het kabinet heeft kenbaar gemaakt geen voorstander te zijn van een algemene antimisbruikbepaling binnen de moeder-dochterrichtlijn. Een te algemene en daardoor meer subjectieve bepaling ter bestrijding van misbruik kan leiden tot rechtsonzekerheid en vooralsnog geen eenduidige aanpak.⁹⁸ De voorkeur gaat uit naar een specifieke bepaling.⁹⁹

Met het aangenomen voorstel¹⁰⁰ voor aanpassing van de moeder-dochterrichtlijn betreffende dividenduitkeringen is de Nederlandse nationale wetgeving aangepast door invoering van art.

⁹³ Zie onder meer de zaak voor het Hof van Justitie, 16 juli 1998, C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370. In de eerder aangehaalde zaak voor het Hof van Justitie, 9 maart 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, is ook een viertal voorwaarden gesteld waaraan een antimisbruikbepaling dient te voldoen.

⁹⁴ Zoals naar voren is gekomen in de zaak Hof van Justitie, 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544.

⁹⁵ Art. 288 VwEU.

⁹⁶ Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015.

⁹⁷ Dit gezien de vrijheid in vormgeving en gebruikmaking van middelen bij de implementatie van een richtlijn in de nationale wetgeving op grond van art. 288 VwEU twee kanten op kan werken. Voor zover ik heb kunnen nagaan is er geen jurisprudentie omtrent het wel of niet strenger mogen implementeren van een antimisbruikbepaling.

⁹⁸ Brief Staatssecretaris van Financiën, 14 januari 2014, nr. AFP/2014/96.

⁹⁹ Vakstudie Nieuws, Staatssecretaris wacht mogelijke aanpassingen wijziging EU/moederdochterrichtlijn af, V-N 2014/8.17.

¹⁰⁰ Richtlijn 2014/86/EU. Zie art. 4 lid 1 van de moeder-dochterrichtlijn.

13 lid 17 VPB¹⁰¹. Dit is een meer specifieke manier om het gebruik van mismatches ten aanzien van voornamelijk hybride instrumenten tegen te gaan. De moeder-dochterrichtlijn bevat inmiddels ook een algemene antimisbruikbepaling¹⁰² via de implementatie in art. 1 lid 7 Wet DB en art. 17 lid 3b Wet VPB. Uiteindelijk bevat de moeder-dochterrichtlijn nu een combinatie van de twee vormen van een antimisbruikbepaling.

2.5 Deelconclusie

Centraal staat in dit hoofdstuk waarom de moeder-dochterrichtlijn is ingevoerd en wat de reden is om in deze richtlijn een antimisbruikbepaling op te nemen. De moeder-dochterrichtlijn is in haar eerste vorm in 1992 in werking getreden. De doelstelling van de moeder-dochterrichtlijn is het voorkomen van economisch dubbele belasting ingeval van dividenduitkeringen binnen een moeder-dochter verhouding van ten minste 10%. Op het niveau van de moederverenootschap dient een vrijstelling te gelden voor de dividendontvangsten. Op het niveau van de dochterverenootschap of de vaste inrichting dient een heffing aan de bron uit te blijven. Op deze manier worden grensoverschrijdende dividendtransacties in moeder-dochter verhoudingen niet belemmerd. Binnen het secundaire EU-recht is een richtlijn een manier om regelgeving af te dwingen wanneer in beginsel de 28 lidstaten met een voorstel daartoe instemmen. Op deze manier kan de wetgeving binnen de EU geharmoniseerd worden doordat de lidstaten de richtlijnen, waaronder de moeder-dochterrichtlijn, in de nationale wetgeving dienen te implementeren. Ten aanzien van de moeder-dochterrichtlijn zijn met ingang van 1 januari 2016 twee wijzigingen doorgevoerd. Dit voornamelijk gezien de internationale ontwikkelingen die belastingontwijking betreffen. Zowel de OESO als de EC hebben gelet op onder meer de BEPS problematiek verschillende initiatieven genomen om belastingontwijking tegen te gaan. Om misbruik ingeval van mismatches door hybride instrumenten te voorkomen is art. 13 lid 17 in de Wet VPB ingevoerd. Om tot een meer gecoördineerde aanpak van misbruik te komen is daarnaast een algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn opgenomen welke een minimumbepaling vormt voor de implementatie in art. 17 lid 3 sub b van de Wet VPB en art. 1 lid 7 van de Wet DB. Richtlijnen dienen een doel en verlenen daarvoor bepaalde voordelen. Het is daarbij niet de bedoeling dat daar misbruik van gemaakt wordt. Strijdigheden met het EU-recht zijn daarom ook niet toegestaan. Het Hof van Justitie heeft

¹⁰¹ Ter volledigheid is art. 28c Wet VPB door de opname van dit artikel ook aangepast, aangezien art. 28c Wet VPB niet van toepassing is op voordelen welke betrekking hebben op art. 13 lid 17 Wet VPB. Verder hoeft de deelnemingsverrekening op grond van art. 13aa Wet VPB door het toegevoegde lid 7 onderdelen c en d niet van toepassing te zijn op vergoedingen en betalingen uit een laagbelaste beleggingsdeelnemingen.

¹⁰² Richtlijn 2015/121/EU. Zie art. 1 lid 2 van de moeder-dochterrichtlijn.

daarin met verschillende zaken criteria tot stand gebracht waarmee getoetst kan worden of er sprake is van misbruik.

Om misbruik van recht binnen de EU vast te stellen dient voldaan te zijn aan een cumulatieve objectieve en subjectieve toets. Indien sprake is van misbruik zullen voordelen uit het EU-recht geweigerd worden. Misbruik kan effectief bestreden worden door een antimisbruikbepaling in een richtlijn op te nemen welke de lidstaten vervolgens zullen overnemen. De interest- en royaltyrichtlijn, de fusierichtlijn en de moeder-dochterrichtlijn kennen nu de moeder-dochterrichtlijn met ingang van 1 januari 2016 is aangepast, een overeenstemmende antimisbruikbepaling wat bijdraagt aan meer duidelijkheid binnen de lidstaten voor belastingplichtigen en overheden.

Een algemene antimisbruikbepaling zorgt voor een meer gecoördineerde aanpak van misbruik binnen de EU om regelgeving verder te harmoniseren. Door te gaan voor harmonisatie staan lidstaten bepaalde bevoegdheden af aan de EC. De Nederlandse regering is voorstander van een specifieke antimisbruikbepaling, omdat een algemene antimisbruikbepaling te breed dan wel subjectief opgezet kan zijn waardoor belastingontwijking niet effectief bestreden wordt. Met een specifieke antimisbruikbepaling, als de antimismatchbepaling, kan gericht misbruik aangepakt worden maar daarin schuilt ook het nadeel.

De lidstaten hebben bij de vormgeving van de implementatie van een richtlijn met mogelijk een antimisbruikbepaling en de daartoe gebruikte middelen enige vrijheid op grond van art. 288 van het VwEU. Daarnaast geldt hetzelfde buiten de implementatie van antimisbruikbepalingen voor de aanpak van misbruik op grond van nationale bepalingen. De geïmplementeerde antimisbruikbepalingen dienen niet verder te gaan dan nodig om misbruik te bestrijden. Zolang er geen strijdigheden met het EU-recht worden geconstateerd, wordt toepassing van de antimisbruikbepaling geaccepteerd.

Hoofdstuk 3 – Aanpak misbruik in Europees verband

3.1 Inleiding

Binnen het Europese recht kan belastingontwijking worden tegengaan door het opnemen van een antimisbruikbepaling in een richtlijn. Deze antimisbruikbepaling dient als verlengde van het algemene beginsel dat misbruik binnen het EU-recht niet is toegestaan. In de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn zijn antimisbruikbepalingen te vinden. De antimisbruikbepalingen zijn net als de richtlijnen zelf geïmplementeerd in de nationale wetgeving. Met ingang van 1 januari 2016 is de algemene antimisbruikbepaling uit de moederdochterrichtlijn geïmplementeerd in de nationale wet. Doordat bij de implementatie van de richtlijnen en de daartoe behorende antimisbruikbepalingen, zoals in voorgaand hoofdstuk is toegelicht, enige vrijheid bestaat in de vormgeving kunnen er verschillen ontstaan omtrent de uitleg van deze bepalingen. Dit kan het geval zijn door ander gebruik van terminologie. De interest- en royaltyrichtlijn – met antimisbruikbepaling – is niet in de Nederlandse wetgeving terug te vinden doordat er geen directe bronbelasting op interest- en royaltybetalingen bestaat. De fusierichtlijn kent wel een concreet geïmplementeerde antimisbruikbepaling. Naar aanleiding van de implementatie van deze antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving is jurisprudentie ontstaan met betrekking tot de gebruikte termen en de bedoeling van de wetgever daarmee.¹⁰³ Door af te wijken van de termen die binnen de Europese richtlijn worden gehanteerd ontstaan onduidelijkheden. Bij onduidelijkheid omtrent de uitleg van begrippen zal teruggevallen worden op de richtlijnconforme interpretatie van desbetreffende richtlijn zelf.¹⁰⁴ Dit komt ook terug in gewezen jurisprudentie.¹⁰⁵ Daaruit kan mede afgeleid worden in hoeverre met de implementatie van de richtlijnen en antimisbruikbepalingen gekomen is tot harmonisatie als kernstreven binnen de EU en het bestrijden van belastingontwijking als een vorm van misbruik. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de verhouding tussen – de implementatie van – de antimisbruikbepalingen in de interest- en royaltyrichtlijn, de fusierichtlijn en de moederdochterrichtlijn. Gezocht wordt naar overeenstemming tussen de antimisbruikbepalingen.

De volgende deelvraag staat daarbij centraal:

➔ *Wordt belastingontwijking via Europese richtlijnen op overeenstemmende wijze aangepakt?*

¹⁰³ Zoals bij de fusierichtlijn in de zaak Hof van Justitie, 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718.

¹⁰⁴ Cursus Belastingrecht Archief, 2015/EBR.3.0.1.b. EU-conforme interpretatie.

¹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld het arrest voor de Hoge Raad, 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261.

3.2 Harmonisatie

Harmonisatie is een kernbegrip binnen het Europese recht. Het ziet op het afstemmen van de regelgeving tussen de lidstaten. De lidstaten houden bovenal de bevoegdheden om op eigen grondgebied de eigen wetgeving uit te oefenen. Om de doelstellingen binnen de EU te bereiken is enige uniformiteit tussen de lidstaten essentieel. Door afwijkende belastingstelsels kunnen concurrentievervalsingen ontstaan. Harmonisatie draagt daarom bij aan een goedwerkende interne markt. Daarbij is het niet de bedoeling dat er één geldende Europese wetgeving tot stand komt welke gelijk is voor alle lidstaten.¹⁰⁶ De mogelijkheden voor het afstemmen van regelgeving tussen de lidstaten zijn coördineren en concurreren. Coördineren vereist van de lidstaten dat zij enige bevoegdheden afstaan op het gebied van (directe) belastingen. Daar zullen de lidstaten terughoudend mee zijn door vast te houden aan hun soevereiniteit. De belasting, het tarief en de grondslag zijn bepalend in de keuze waar economische activiteiten plaats gaan vinden. Afwijkingen daarin leiden tot concurrentie tussen lidstaten. Hierdoor kan de wetgeving van de lidstaten ook aangepast worden om nader tot elkaar te komen. Op deze wijze komt harmonisatie uit eigen beweging tot stand.¹⁰⁷

Via het secundaire EU-recht wordt met richtlijnen geprobeerd de regelgeving binnen lidstaten nader tot elkaar te brengen. De richtlijnen hebben wel een flexibele werking doordat de lidstaten de richtlijnen (deels) op eigen wijze mogen uitwerken, waardoor aangesloten kan worden bij de geldende wetgeving in desbetreffende lidstaat. Uiteindelijk dient de doelstelling van een richtlijn in elke lidstaat behaald te worden. Via richtlijnen kan in beginsel door unanieme instemming van de lidstaten harmonisatie van regelgeving afgedwongen worden. De vrijheid die lidstaten hebben in de vormgeving bij de implementatie van de richtlijnen kan beperkt worden, indien in de richtlijn zelf geen marges of mogelijkheden zijn geboden om nadere voorwaarden te stellen.¹⁰⁸ De richtlijn treedt in werking wanneer deze in de nationale wetgeving is geïmplementeerd. Van rechtstreekse werking kan sprake zijn indien de richtlijn niet, te laat of onjuist is geïmplementeerd. In deze gevallen zal bij een beroep op de richtlijn de nationaal rechterlijke instantie beoordelen of het nationale recht wel zodanig kan worden uitgelegd¹⁰⁹ dat deze in overeenstemming is met de richtlijn. Zo wordt een richtlijnconforme interpretatie¹¹⁰

¹⁰⁶ <https://www.europa-nu.nl/id/vh7doteb33zs/harmonisatie>

¹⁰⁷ M.G. de Jong, Harmonisatie van Europees recht, WFR 1997/744.

¹⁰⁸ Zie de zaak voor het Hof van Justitie, 6 november 2008, C-285/07, ECLI:EU:C:2010:742.

¹⁰⁹ Dit geldt ook voor het misbruikbegrip ten aanzien van onder meer de antimisbruikbepalingen in richtlijnen.

Voor zover daar geen algemeen Europees begrip voor wordt gehanteerd zal worden teruggevallen op de nationale wet- en regelgeving. Vanuit Nederlands perspectief kan in dat geval het leerstuk van *fraus legis* worden aangehouden.

¹¹⁰ Voortvloeiend uit art. 4 lid 3 (gemeenschapstrouw) VEU.

toegepast.¹¹¹ Een andere wijze van regelgeving afdwingen is te bewerkstelligen via een verordening. De verordening heeft wel rechtstreekse werking. Dat een richtlijn de lidstaten enige vrijheid¹¹² geeft bij de implementatie gaat wel ten koste van het streven naar harmonisatie. Anderzijds wordt zo mijns inziens wel tegemoet gekomen aan de lidstaten door enige vrijheid in de vormgeving van de richtlijn toe te staan. Het uiteindelijke doel van de richtlijn moet wel resulteren uit de implementatie binnen de nationale wetgeving van de lidstaten. Dat geeft belastingplichtigen rechtszekerheid.

3.2.1 *Negatieve integratie*

Via negatieve integratie¹¹³ kan tot meer overeenstemmende wetgeving tussen lidstaten worden gekomen door belemmeringen weg te nemen. Daarvoor wordt door het Hof van Justitie ook wel een beslisschema¹¹⁴ gehanteerd. Bepaald wordt of een maatregel verenigbaar is met het EU-recht of alsnog kan worden, zodanig dat belemmeringen worden weggenomen. Allereerst dient toegang tot het EU-recht te bestaan. Ten tweede moet er sprake zijn van een discriminatie of belemmering. Vervolgens kan daar een geschreven of ongeschreven¹¹⁵ rechtvaardiging voor bestaan. Deze rechtvaardiging wordt getoetst aan proportionaliteit en noodzakelijkheid. Voordat aan de beslisboom kan worden toegekomen zal eerst onderzocht worden of er wel sprake is van gelijke gevallen of dat wellicht, vanuit Nederlands perspectief, het leerstuk van *fraus legis* al van toepassing is. Indien er bijvoorbeeld geen sprake is van gelijke gevallen kan het Hof van Justitie de zaak al afdoen doordat niet aan het beslisschema wordt toegekomen. Op deze wijze kan de hoeveelheid jurisprudentie verminderen. Wanneer een maatregel binnen de nationale wetgeving van een lidstaat onverenigbaar is met het EU-recht, dient deze lidstaat de maatregel aan te passen. De nationale wetgeving van de lidstaten wordt zo in lijn gebracht met het EU-recht.¹¹⁶

Via positieve integratie wordt geprobeerd vanaf Europees niveau de lidstaten overeenstemmende regelgeving te doen invoeren. De wijze van negatieve integratie wint het steeds meer van positieve integratie voor het komen tot meer overeenstemming in wetgeving.¹¹⁷

¹¹¹ Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, art. 288 VwEU, Aantekening 4.5 Richtlijnconforme interpretatie. Deze interpretatie wordt (deels) beperkt door binnen het EU-recht geldende beginselen zoals het rechtszekerheidsbeginsel.

¹¹² Art. 288 VwEU.

¹¹³ Daarnaast bestaat positieve integratie. Zie ook D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht Archief* 2015/EBR.2.0.2.B, *Materiële reikwijdte: Doelen van de EU — Interne markt*.

¹¹⁴ Zie voor een overzicht de figuur in paragraaf 3.6.1.

¹¹⁵ Zoals doeltreffendheid van fiscale controles, verstoring evenwicht en wederkerigheid, noodzaak samenhang belastingstelsel handhaven, redenen om grensoverschrijdende verliesverrekening uit te sluiten en bestrijding van nationale belastingontwijking.

¹¹⁶ M. Beudeker, *Algemene leerstukken Antimisbruikbepalingen*, commentaar NTFR.

¹¹⁷ B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2008, p. 93.

Ook ongewenst gebruik van de verkeersvrijheden en richtlijnshoppen kan een halt toe geroepen worden.¹¹⁸ Komen tot overeenstemmende regelgeving in de lidstaten is daarvoor essentieel. Dat geldt ook voor de bepalingen die bedoeld zijn er voor te zorgen dat geen misbruik van het EU-recht wordt gemaakt. Tussen de antimisbruikbepalingen in de verschillende richtlijnen is overeenstemming gewenst. Hetzelfde geldt voor de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn ten aanzien van de implementatie van de antimisbruikbepalingen die daartoe behoren. In de volgende paragrafen wordt nader op de richtlijnen, antimisbruikbepalingen en implementatie binnen de nationale wetgeving ingegaan.

3.3 Antimisbruikbepaling interest- en royaltyrichtlijn

3.3.1 Antimisbruikbepaling in de richtlijn

De interest- en royaltyrichtlijn is van toepassing sinds 2004.¹¹⁹ Het voldoen aan de voorwaarden in de richtlijn resulteert in een vrijstelling van bronheffing dan wel het achterwege blijven van belastingheffing via oplegging van een aanslag¹²⁰. Dit geldt voor de uiteindelijk gerechtigde tot de interest of de royalty's.¹²¹ Daarbij gaat het om interest- of royaltybetalingen aan een verbonden persoon¹²².¹²³ Om overmatige renteaftrek¹²⁴ te beperken hebben verschillende lidstaten, waaronder Nederland¹²⁵, renteaftrekbeperkende bepalingen ingevoerd. Op grond van de interest- en royaltyrichtlijn kan een vrijstelling voor de bronheffing verleend worden, maar is daarnaast van belang of de rente in desbetreffende bronstaat aftrekbaar is. Indien de rente niet in aftrek kan worden gebracht of renteaftrek wordt beperkt, impliceert het dat er alsnog belastingheffing over de rente plaatsvindt. Met de zaak Scheuten Solar Technology¹²⁶ is uitgesproken dat renteaftrekbeperkingen niet strijdig zijn met de interest- en royaltyrichtlijn. Deze bepalingen betreffen immers vraagstukken omtrent de heffingsgrondslag die niet binnen de reikwijdte van de interest- en royaltyrichtlijn vallen.

¹¹⁸ B. Peeters, Europees belastingrecht, Brussel: De Broeck & Larquier 2005, p. 71.

¹¹⁹ Richtlijn 2003/49/EG.

¹²⁰ Dat is voor Nederland het geval ten aanzien van de te heffen vennootschapsbelasting. Het heffingsrecht komt volledig toe aan de lidstaat waar de uiteindelijk gerechtigde (ontvanger) van de interest- en royaltybetalingen zich bevindt.

¹²¹ Art. 1 lid 1 van de interest- en royaltyrichtlijn. Daardoor betreft de richtlijn het niveau van de schuldeiser.

¹²² Het gaat daarbij om een onmiddellijk of middellijk belang van ten minste 25% in een onderneming of 25% van de stemrechten in een vaste inrichting.

¹²³ Art. 1 lid 7 van de interest- en royaltyrichtlijn.

¹²⁴ Dit kan vallen onder de term misbruik.

¹²⁵ Binnen de Wet VPB onder bijvoorbeeld art. 10a en art. 13l.

¹²⁶ Hof van Justitie, 21 juli 2011, C-397/09, ECLI:EU:C:2011:499. Ook art. 10d Wet VPB (vervallen per 1-1-2013) is daardoor niet in strijd met de richtlijn geacht, aangezien de richtlijn het niveau van de schuldeiser betreft en art. 10d Wet VPB ziet op het niveau van de schuldenaar.

Doelstelling van de interest- en royaltyrichtlijn is het voorkomen van (juridische) dubbele belastingheffing. In de betrokken lidstaten wordt de rente- of royaltybetaling belast als zijnde hetzelfde inkomensbestanddeel. Door een vrijstelling te verlenen voor de bronheffing kan (juridische) dubbele belastingheffing voorkomen worden. De interne markt wordt zo versterkt doordat binnenlandse transacties tussen ondernemingen op een even gunstige wijze behandeld worden als transacties die plaatsvinden tussen ondernemingen welke zich in verschillende lidstaten bevinden.¹²⁷ Van de voordelen die de interest- en royaltyrichtlijn biedt dient geen misbruik gemaakt te worden. Daarom is in art. 5 van de interest- en royaltyrichtlijn¹²⁸ de volgende bepaling opgenomen:

- “1. Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken.*
- 2. Een lidstaat kan het genot van deze richtlijn ontzeggen of weigeren de richtlijn toe te passen in het geval van transacties met als voornaamste beweegreden of een van de voornaamste beweegredenen belastingfraude, belastingontwijking of misbruik”.*

Op grond van het eerste lid hebben de lidstaten de mogelijkheid om binnen de nationale wetgeving antimisbruikbepalingen op te nemen of door middel van het opnemen van een antimisbruikbepaling in door dat land te sluiten verdragen om fraude en misbruik tegen te gaan. De voordelen die de richtlijn biedt *kunnen* daarmee worden geweigerd. Daarvoor moet op basis van het tweede lid sprake zijn van transacties waarbij de **voornaamste reden(en)** daarvoor belastingfraude, belastingontwijking of misbruik betreft.

3.3.2 Antimisbruikbepaling implementatie in de nationale wetgeving

Binnen de Nederlandse wetgeving bestaat geen (expliciete) heffing op interest- en royalty's.¹²⁹ Door het ontbreken van de bronheffing op uitgaande interest en royalty's kan Nederland gezien worden als een aantrekkelijke vestigingsplaats waar via financieringsstructuren worden opgezet.¹³⁰ Aangezien Nederland tot een van de EU-lidstaten behoort dient de interest- en royaltyrichtlijn wel als uitgangspunt te worden genomen. De richtlijn moet geïmplementeerd worden in de nationale wetgeving. Met de inwerkingtreding van de interest- en royaltyrichtlijn

¹²⁷ Preambule, overweging 2, Richtlijn 2003/49/EG.

¹²⁸ Richtlijn 2003/49/EG.

¹²⁹ Ontvangsten kunnen wel tot de belastbare winst voor de Nederlandse vennootschapsbelasting worden gerekend.

¹³⁰ R.W. van der Linde en A.W.G. Lamers L.L.M., De interest- en royaltyrichtlijn, WFR 2004/349.

in 2004 is deze daarom geïmplementeerd in de Wet VPB en de AWR.¹³¹ Art. 17a Wet VPB¹³² is destijds aangepast. Het artikel ziet op het voorwerp van belastingheffing bij buitenlandse belastingplichtigen.¹³³ Een bronheffing over de rente- of royaltybetaling bleef achterwege op grond van art. 17a lid 2 Wet VPB¹³⁴, maar het tweede lid van art. 17a Wet VPB is met ingang van 1 januari 2012 vervallen. Op grond van het ook in 2012 gewijzigde¹³⁵ art. 17 lid 3 sub b Wet VPB blijft art. 17a Wet VPB immers – bij reële omstandigheden – al buiten toepassing. Via art. 17 lid 3 sub b Wet VPB¹³⁶ is voorzien in het tegengaan van misbruik. Ingeval van misbruik is wel belasting verschuldigd.¹³⁷ In Art. 17a onderdeel c wordt voor deze samenhang ook de verwijzing gemaakt naar art. 17 lid 3 sub b Wet VPB.

Als gevolg van het feit dat de interest- en royaltyrichtlijn niet is terug te vinden in de nationale wetgeving kan daartussen geen vergelijking worden gemaakt.¹³⁸ Wel kan nu een vergelijking¹³⁹ gemaakt worden met de antimisbruikbepalingen in de fusierichtlijn en moeder-dochterrichtlijn¹⁴⁰.

3.3.3 Vergelijking met de fusierichtlijn en moeder-dochterrichtlijn

Wat betreft het tegengaan van misbruik komt art. 5 lid 1 van de interest- en royaltyrichtlijn volledig overeen met art. 1 lid 2 (oud) van de moeder-dochterrichtlijn. Deze richtlijnen hebben ook een soortgelijke structuur.¹⁴¹ De twee zojuist aangehaalde artikelen zien op de mogelijkheden voor lidstaten om algemene dan wel specifieke maatregelen te treffen tegen misbruik.¹⁴² Wat vervolgens met art. 5 lid 2 van de interest- en royaltyrichtlijn wordt bedoeld

¹³¹ Art. 4 lid 3 AWR geeft voor de interest- en royaltyrichtlijn aan waar een lichaam gevestigd is om te voorkomen dat sprake is van een dubbele vestigingsplaats en heeft ook betrekking op de fusierichtlijn en de moeder-dochterrichtlijn.

¹³² Betreft (specifiek) wat tot een Nederlandse onderneming wordt gerekend ingeval van buitenlandse belastingplicht in de Wet VPB.

¹³³ Hoofdstuk III Wet VPB.

¹³⁴ Kamerstukken II, 2011/2012, 33 033, nr. 3, p. 106. Zie ook R.P.C. Adema, Commentaar art. 17a Wet VPB 1969 Nederlandse onderneming, NDFR.

¹³⁵ Naar aanleiding van een infractieprocedure in 2010 waarna het (technisch) aanmerkelijk belang van art. 17 lid 3 sub b Wet VPB zowel geldt voor binnenlandse als buitenlandse belastingplichtigen. Daarnaast heeft de bepaling met deze wijziging meer het karakter van een antimisbruikbepaling gekregen. Zie ook Kamerstukken II, 2011/2012, 33 033, nr. 3, p. 105.

¹³⁶ Betreft (algemeen) wat tot het Nederlandse belastbare bedrag in de Wet VPB voor buitenlandse belastingplichtige wordt gerekend.

¹³⁷ Zie voor nadere toelichting bij art. 17 lid 3 sub b Wet VPB paragraaf 3.5.2 betreffende de moeder-dochterrichtlijn.

¹³⁸ Indien nodig kan het leerstuk van *fraus legis* ingeval van misbruik nog uitkomst bieden.

¹³⁹ *Fraus legis* en *fraus tractatis* bieden ook de mogelijkheid om misbruik tegen te gaan. De vergelijking met het nationale leerstuk van *fraus legis* (naast de richtige heffing) komt in hoofdstuk 4 aan bod.

¹⁴⁰ De toepassing van art. 17 lid 3 sub b Wet VPB voor de interest- en royaltyrichtlijn komt wel overeen met de implementatie van de (algemene) antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn.

¹⁴¹ Beide richtlijnen hebben als doelstelling het voorkomen van dubbele belasting ingeval van (bron)heffingen. Zie ook B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2008, p. 300.

¹⁴² Binnen de grenzen van het EU-recht waar geen strijdigheid mee mag ontstaan.

is niet geheel duidelijk. Er wordt aangegeven wanneer de richtlijn geweigerd kan worden via voorschriften aangehaald in art. 5 lid 1 van de interest- en royaltyrichtlijn. Daarbij worden de andere vormen van misbruik aangehaald. Het tweede lid is mogelijk een verruiming ten aanzien van het eerste lid doordat van misbruik alsnog geen sprake zal zijn indien er fiscale motieven aanwezig zijn, maar deze niet het voornaamste doel dienen voor de toepassing van de richtlijn.¹⁴³ Nu de moeder-dochterrichtlijn een algemene antimisbruikbepaling kent is art. 1 lid 2 (nieuw) anders vormgegeven dan art. 5 lid 1 van de interest- en royaltyrichtlijn. Art. 1 lid 4 van de moeder-dochterrichtlijn bevat nu de bepaling van art. 1 lid 2 (oud) welke daarom nog wel volledig overeenkomt met art. 5 lid 1 van de interest- en royaltyrichtlijn. Met de wijziging van de moeder-dochterrichtlijn voor invoering van de algemene antimisbruikbepaling is ook ter sprake gekomen een soortgelijke algemene antimisbruikbepaling in de interest- en royaltyrichtlijn op te nemen. Dit gezien een soortgelijke doelstelling van de richtlijnen en daarmee op eenduidige wijze misbruik kan worden aangepakt.¹⁴⁴

Ten aanzien van de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn bestaat met de bepaling in de interest- en royaltyrichtlijn¹⁴⁵ een aantal verschillen. De fusierichtlijn maakt geen aansluiting met het nationale antimisbruikbegrip om eigen voorschriften toe te passen zoals dat op grond van art. 5 lid 2 van de interest- en royaltyrichtlijn kan. De antimisbruikbepaling kan ook van toepassing zijn als een doelstelling gebaseerd is op zakelijke overwegingen. Wanneer het ontgaan van belastingheffing het hoofddoel is zijn zakelijke overwegingen niet meer van belang. Hoe kan worden vastgesteld wanneer een doel – binnen meerdere doelen – het hoofddoel is, is niet eenduidig.¹⁴⁶ Door de speling tussen het hoofddoel en andere doelen kan het aantonen van zakelijke overwegingen wellicht eerder zorgen voor het buiten toepassing blijven van de antimisbruikbepaling.¹⁴⁷ Toch is art. 5 lid 2 van de interest- en royaltyrichtlijn wel in essentie¹⁴⁸ vergelijkbaar met de antimisbruikbepaling van art. 15 lid 1 van de fusierichtlijn. Het hoofddoel of een der hoofddoelen – de voornaamste beweegreden of een van de voornaamste beweegredenen – dient belastingontwijking of belastingfraude te betreffen. Wanneer dat wordt geconstateerd kan toepassing van de interest- en royaltyrichtlijn dan wel

¹⁴³ P. Kavelaars, Misbruik van recht in de EU, WFR 2011/1177.

¹⁴⁴ Kamerbrief, Besluitvorming op internationale fiscale dossiers, 1 december 2014, p. 7. Dit ook mede gezien het EU-voorzitterschap van Nederland de eerste helft van het jaar 2016.

¹⁴⁵ Dat geldt ook voor de oude antimisbruikbepaling van art. 1 lid 2 in de moeder-dochterrichtlijn, nu opgenomen in art. 1 lid 4 van de moeder-dochterrichtlijn. De fusierichtlijn heeft ook een andere doelstelling en opzet; een faciliteit bieden ingeval er geen liquide middelen zijn ingeval van fusies en splitsingen.

¹⁴⁶ Zie bijvoorbeeld het arrest voor de Hoge Raad, 5 juni 2015, BNB 2015/165.

¹⁴⁷ P. Kavelaars, Misbruik van recht in de EU, WFR 2011/1177.

¹⁴⁸ Wanneer het gaat om de bestrijding van (algemeen) misbruik.

fusierichtlijn door een lidstaat geweigerd worden. De afweging of zakelijke overwegingen de overhand hebben gehad zal daarbij ook spelen voor de toepassing van de interest- en royaltyrichtlijn. Hierdoor kan jurisprudentie gewezen ten aanzien van de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn ten aanzien van de antimisbruikbepaling in de interest- en royaltyrichtlijn¹⁴⁹ worden doorgetrokken.¹⁵⁰ Zo kennen de interest- en royaltyrichtlijn, de fusierichtlijn en de moeder-dochterrichtlijn elk een antimisbruikbepaling. Een algemeen antimisbruikconcept¹⁵¹ blijft vooralsnog afwezig op EU-niveau.¹⁵² Met Kavelaars¹⁵³ deel ik de mening dat het gewenst is om te komen tot overeenstemmende antimisbruikbepalingen in de richtlijnen¹⁵⁴. Daarnaast kunnen specifieke antimisbruikbepalingen via richtlijnen binnen het secundaire EU-recht in uitzonderlijke situaties uitkomst bieden. Dat vloeit ook voort uit het primaire EU-recht.¹⁵⁵ Op grond daarvan wordt aan lidstaten de verplichting opgelegd om regelgeving te implementeren en maatregelen te nemen om het EU-recht te bewaken. Het aanpakken van misbruik van recht vanaf EU-niveau kan daar onder geschaard worden.¹⁵⁶

3.4 Antimisbruikbepaling fusierichtlijn

3.4.1 Antimisbruikbepaling in de richtlijn

De fusierichtlijn is met ingang van het jaar 1992 in werking getreden.¹⁵⁷ De doelstelling is het wegnemen van een fiscale belemmering bij grensoverschrijdende reorganisaties. Ingeval van een fusie of splitsing hoeft ten aanzien van verkrijgende vennootschap de tegenprestatie niet plaats te vinden in de vorm van contanten. In dat geval komen er geen liquide middelen vrij om een fiscale claim te voldoen. Dit is een ongewenste situatie waardoor de claim waarover

¹⁴⁹ Dat geldt ook voor de moeder-dochterrichtlijn. Ten aanzien van de antimisbruikbepaling in de interest- en royaltyrichtlijn is (nog) geen jurisprudentie gewezen.

¹⁵⁰ R.W. van der Linde en A.W.G. Lamers L.L.M., De interest- en royaltyrichtlijn, WFR 2004/349.

¹⁵¹ Het definitieve akkoord dat op 21 juni is bereikt ten aanzien van de anti-ontgaansrichtlijn kan daar verandering in brengen. Deze richtlijn bevat een (minimumharmonisatie) bepaling voor een algemene antimisbruikbepaling om elke vorm van misbruik aan te kunnen pakken wanneer andere (CFC-)regelgeving daar niet in voorziet.

¹⁵² J.J.A.M. Korving, Misbruik en primair EU-recht, WFR 2013/125.3.

¹⁵³ P. Kavelaars, Misbruik van recht in de EU, WFR 2011/1177.

¹⁵⁴ Daarentegen kan gesteld worden dat het hanteren van antimisbruikbepalingen in de richtlijnen (betreffende directe belastingen) in zoverre overbodig is doordat het algemene misbruik leerstuk dat voortgekomen is uit gewezen jurisprudentie door het Hof van Justitie misbruik al voldoende bestrijdt. Zie B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2008, p. 271.

¹⁵⁵ Art. 4 VEU.

¹⁵⁶ Door gewezen jurisprudentie door het Hof van Justitie zijn daar enige grenzen aan verbonden. Uit de zaak *Centros* (C-212/97) is gebleken dat een algemene aanpak van misbruik mogelijk is onder de verkeersvrijheden. De zaak *Cadbury Schweppes* (C-196/04) heeft ertoe geleid dat specifieke antimisbruikmaatregelen in desbetreffende situaties toegestaan zijn onder de verkeersvrijheden. Nationale antimisbruikbepalingen – algemeen of specifiek – zijn ook toegestaan om het EU-recht te beschermen op grond van art. 4 VEU, wat afgeleid kan worden uit de zaak *Emsland-Stärke* (C-110/99). Ingeval dat een algemene antimisbruikbepaling betreft dient daar wel een aantal criteria aan verbonden te zijn om een resultaat te bereiken.

¹⁵⁷ Richtlijn 90/434/EEG.

afgerekend behoort te worden kan worden doorgeschoven.¹⁵⁸ Vereist is wel claimbehoud voor de daartoe gerechtigde lidstaat. Om te kunnen voorkomen dat voordelen van de fusierichtlijn worden toegekend in situaties waarbij sprake is van misbruik, is een algemene antimisbruikbepaling¹⁵⁹ opgenomen. Op grond van deze bepaling kan toepassing van de fusierichtlijn geweigerd worden waardoor de daarmee te behalen voordelen niet genoten worden. De bepaling luidt:

“1. De lidstaten kunnen weigeren de bepalingen van de artikelen 4 tot en met 14 geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan teniet doen indien blijkt dat een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen¹⁶⁰:

*a. als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft; wanneer de rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, geldt het vermoeden dat die rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft”.*¹⁶¹

Een aantal termen binnen de antimisbruikbepaling is van belang om van misbruik te kunnen spreken. Allereest dient **het hoofddoel of een der hoofddoelen** betreffende rechtshandelingen die onder de fusierichtlijn vallen betrekking te hebben op belastingfraude- of ontwijking. Daartoe wordt geen toelichting gegeven op een onderscheid daartussen. Aangenomen kan worden dat belastingfraude niet legale activiteiten betreft, waar belastingontwijking wel plaatsvindt binnen de grenzen van geldende regelgeving.¹⁶² Van misbruik zal in beginsel geen sprake zijn indien de rechtshandelingen plaatsvinden op basis van *zakelijke overwegingen*. Zo niet, dan zal **vermoed** worden dat sprake is van rechtshandeling(en) met als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude- of ontwijking.

Bij de implementatie van deze antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving kan afgeweken worden van de gehanteerde termen in de richtlijn-bepaling zelf.

¹⁵⁸ Daarvoor is van belang dat overgedragen activa en passiva achterblijven in het land waar de overdragende vennootschap gevestigd was in de vorm van een vaste inrichting van de overnemende vennootschap. Zie art. 2 lid 2 sub b van de Richtlijn 2009/133/EG. Art. 10 van de richtlijn ziet op de inbreng van een vaste inrichting.

¹⁵⁹ Met de Richtlijn 90/434/EEG opgenomen in art. 11 eerste onderdeel a van de fusierichtlijn. Zie ook B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2008, p. 267. Onder de huidige Richtlijn 2009/133/EG te vinden in art. 15 eerste lid onderdeel a.

¹⁶⁰ Te weten: fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil waarbij vennootschappen van twee of meer lidstaten betrokken zijn. Dit geldt ook indien het een Europese vennootschap (SE) betreft waarvan de statutaire zetel wordt verplaatst.

¹⁶¹ Art. 15: Misbruik enz. van de fusierichtlijn. Onderdeel 1b en het daarmee samenhangende onderdeel 2 zijn voor de hoofdvraag binnen dit onderzoek niet relevant en zijn daarom niet in de tekst opgenomen.

¹⁶² B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2008, p. 267.

3.4.2 Antimisbruikbepaling implementatie in de nationale wetgeving

Binnen de nationale wetgeving zijn verschillende vormen van fusies en splitsingen terug te vinden in de Wet VPB.¹⁶³ Elke vorm kent een antimisbruikbepaling. Allereerst bestaat de mogelijkheid tot een bedrijfsfusie. De bedrijfsfusie is te vinden in art. 14 lid 1 Wet VPB en kent geen juridische omschrijving in het Burgerlijk Wetboek. Door middel van een bedrijfsfusie kan een onderneming of een zelfstandig deel daarvan (geruisloos) worden overgedragen onder bijzondere titel en tegen uitreiking van aandelen. Hierdoor worden geen contanten ontvangen door de overdrager waarmee de fiscale afrekening voldaan kan worden. In dat geval is voor de bedrijfsfusie een fiscale faciliteit geboden. Daarmee kan de fiscale claim worden uitgesteld. Deze claim dient te worden veiliggesteld door het in de plaats treden¹⁶⁴ van de overnemer in de overdrager.¹⁶⁵ Dat de faciliteit bestaat betekent echter niet dat deze in alle gevallen (geheel) verleend wordt. Om ingeval van misbruik toepassing van de faciliteit te kunnen weigeren is in lid 4 van art. 14 Wet VPB de antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn op de volgende wijze geïmplementeerd:

“In afwijking van het eerste en het tweede lid, wordt de winst wel in aanmerking genomen, indien de bedrijfsfusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De bedrijfsfusie wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien deze niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de overdrager en de overnemer. Indien aandelen in de overdrager dan wel in de overnemer binnen drie jaar na de overdracht geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de overdrager en de overnemer is verbonden, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt”.

Hier wordt duidelijk een andere terminologie gebruikt. Belastingheffing zal alsnog plaatsvinden indien op grond van de hoofdregel de (bedrijfs-)fusie **in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van de heffing**. Dit zal wederom niet het geval zijn indien gebruik wordt gemaakt van de bedrijfsfusie op grond van *zakelijke overwegingen*. Het aantonen van het niet

¹⁶³ Daarnaast zijn het beleid en de (standaard)voorwaarden ten aanzien van fusies en splitsingen nader uitgewerkt in een aantal beleidsbesluiten: Besluit van 12 augustus 2015, nr. BLKB 2015/520M (bedrijfsfusie), Besluit van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/33M (juridische afsplitsing), Besluit van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/38M (juridische zuivere splitsing) en Besluit van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/34M (juridische fusie).

¹⁶⁴ Fiscale boekwaarden en fiscale claims die rusten op overgedragen vermogensbestanddelen schuiven door naar de overnemende vennootschap.

¹⁶⁵ Cursus Belastingrecht, Vpb.2.5.0.A.a, Bedrijfsfusie.

aanwezig zijn van de zakelijke overwegingen dient als eerste bewijsvermoeden waarvoor de bewijslast ligt bij de inspecteur. Daarnaast geldt als tweede bewijsvermoeden voor het ontgaan of uitstellen van belastingheffing het kunnen aantonen dat niet is voldaan aan het vervreemdingsverbod. Bij **vervreemding van aandelen binnen 3 jaar** van de overdrager of de overnemer zal **geacht** worden dat geen sprake is van zakelijke overwegingen. In dat geval hoeft de inspecteur niets aan te tonen en zal de faciliteit met terugwerkende kracht niet meer van toepassing zijn met als gevolg dat alsnog (direct) belasting verschuldigd is. Daarbij is wel een **tegenbewijs** mogelijkheid geboden waarvoor de bewijslast ligt bij de belastingplichtige.

In art. 14a lid 1 onderdeel a en b Wet VPB betreft het de juridische splitsing. De juridische splitsing is gedefinieerd in art. 334a van het Burgerlijk Wetboek 2. Daar kan op grond van lid 1 sprake zijn van een zuivere splitsing¹⁶⁶ waarbij de splitsende vennootschap verdwijnt of een afsplitsing¹⁶⁷ waarbij de splitsende vennootschap blijft bestaan. De vermogensbestanddelen gaan over onder algemene titel. Ingeval van een afsplitsing kan ook een deel van de onderneming worden overgedragen. Hetzelfde als bij de bedrijfsfusie geldt met betrekking tot het verzekeren van de fiscale claim. Lid 6 van art. 14a Wet VPB bevat daarbij eenzelfde antimisbruikbepaling als in art. 14 Wet VPB.

Art. 14b lid 2 Wet VPB ziet op een juridische fusie. De definitie van de juridische fusie is te vinden in het Burgerlijk Wetboek.¹⁶⁸ Het vermogen wordt onder algemene titel overgedragen waarbij de overdragende – minimaal één – vennootschap verdwijnt en de verkrijgende vennootschap blijft bestaan. De gehele onderneming dient te worden overgedragen. De fiscale claim zal wederom verzekerd moeten zijn. In lid 5 van art. 14b Wet VPB is een antimisbruikbepaling te vinden welke aansluit bij die in art. 14 Wet VPB en art. 14a Wet VPB. De hoofdregel en het eerste bewijsvermoeden komen overeen. Echter bestaat er geen tweede bewijsvermoeden waardoor van een vervreemdingsverbod geen sprake is.¹⁶⁹ In de fusierichtlijn zelf is ook geen vervreemdingsverbod opgenomen.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Art. 334a lid 2 Burgerlijk Wetboek 2.

¹⁶⁷ Art. 334a lid 3 Burgerlijk Wetboek 2.

¹⁶⁸ Art. 309 Burgerlijk Wetboek 2.

¹⁶⁹ Dit is niet nodig aangezien de overdragende vennootschap ophoudt te bestaan. Daardoor kan niet vervolgens de rechtshandeling ontstaan waarbij de aandelen in deze vennootschap weer worden verkocht tegen contanten. Immers indien er voldoende contanten aanwezig zijn, is het niet de bedoeling dat daarvoor een faciliteit geboden wordt. Zie ook J.A.G. van der Geld, Enige fiscale aspecten van het wetsontwerp juridische fusie, WFR 1981/969.

¹⁷⁰ Bij de implementatie in de nationale wetgeving is ten aanzien van het vervreemdingsverbod wel een tegenbewijs mogelijkheid opgenomen.

Zo bestaan er verschillen in vormgeving en gebruikte terminologie tussen de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn en hoe deze antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving is geïmplementeerd. Hier kan aan de hand van parlementaire stukken, literatuur en jurisprudentie een aantal verklaringen voor worden gegeven.

3.4.3 Doelstelling wetgever

Bij het implementeren van de antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn is bewust gekozen om de in de richtlijn gehanteerde termen niet precies over te nemen. De uitleg hiervoor is terug te vinden in de parlementaire geschiedenis. Er is geen andere uitwerking dan de termen in de richtlijn beoogd. De keuze is komen te liggen op ‘het ontgaan of uitstellen van de heffing’. Deze term is de vertaling van ‘belastingontwijking’ in de richtlijn zelf. Er is niet gekozen om de term ‘belastingfraude’ daarbij op te nemen. De reden hiervoor is dat al uit het Nederlandse belastingsysteem voortvloeit dat indien sprake is van belastingfraude de faciliteit wordt teruggenomen.¹⁷¹ Van belastingontwijking is sprake wanneer een handeling of een samenstel van rechtshandelingen erop gericht is een acute claim uit te stellen waardoor deze claim mogelijk verloren gaat. Verder kan ‘het hoofd of een der hoofddoelen’ vertaald worden met de woorden ‘in over overwegende mate’. Dezelfde zinsnede is ook te vinden in art. 10a Wet VPB.¹⁷² Het gebruik maken van andere terminologie dan in de richtlijn is toegestaan, maar er zal een richtlijnconforme uitleg gehanteerd moeten worden.¹⁷³ De term ‘in overwegende mate’ is door de staatssecretaris toegelicht. Daarvan is sprake indien fiscale motieven beslissend zijn geweest.¹⁷⁴ Daaruit kan afgeleid worden dat de fiscale motieven meer dan 50% van het totaal aan motieven moeten vormen. Toch heeft het verschil in terminologie ten aanzien van de fusierichtlijn tot veelzijdige jurisprudentie geleid.

3.4.4 Jurisprudentie

Betreffende de termen in de fusierichtlijn zelf is een aantal zaken aan de orde geweest voor het Hof van Justitie om tot verheldering te komen. In de zaak Foggia¹⁷⁵ is aan bod gekomen wanneer sprake is van een hoofddoel of een der hoofddoelen. Daarvoor dienen fiscale motieven de doorslaggevende reden te zijn geweest voor de fusie of splitsing. Een andere daarbij aansluitende uitleg is voortgekomen uit BNB 2000/111¹⁷⁶. Het behalen van een

¹⁷¹ Op grond van art. 69 AWR kan de onterecht te weinig geheven belasting worden teruggehaald.

¹⁷² Kamerstukken II, 1998/1999, 26 727, nr. 3, p. 115.

¹⁷³ Zie bijvoorbeeld de zaak voor het Hof van Justitie, 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395. Bepalingen dienen zoveel mogelijk uitgelegd te worden in de terminologie en het doel van de richtlijn.

¹⁷⁴ Kamerstukken II, 1997/1998, 25 709, nr. 5, p. 5.

¹⁷⁵ Hof van Justitie, 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718, rechtsoverweging 35.

¹⁷⁶ Hoge Raad, 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111.

belastingvoordeel zal als hoofddoel worden aangenomen indien de fusie of splitsing niet zou hebben plaatsgevonden als dat fiscale voordeel niet behaald kon worden. Vooralsnog zal per geval geanalyseerd moeten worden welke – de wel of niet zakelijke – overwegingen¹⁷⁷ voornamelijk van belang zijn geweest voor de fusie of splitsing.¹⁷⁸

Als gevolg van de implementatie van de antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving en de daarin (soms) afwijkende termen is ook enige jurisprudentie ontstaan. In BNB 2012/261¹⁷⁹ is aan de orde geweest wat wordt bedoeld met de term ‘in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing’. Tot de conclusie is gekomen dat de termen richtlijnconform dienen te worden uitgelegd. Het moet gaan om dusdanig uitstel van belastingheffing waardoor strijdigheid ontstaat met doel en strekking van de fusierichtlijn.

Met de zaak Zwijnenburg¹⁸⁰ is duidelijk geworden welke belastingen vallen onder de term ‘belastingheffing’. In de zaak betreft het een constructie waarmee de heffing van overdrachtsbelasting vermeden wordt. Geconcludeerd is dat de fusierichtlijn alleen ziet op het bestrijden van misbruik betreffende de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting. Naar aanleiding hiervan is de vraag opgekomen of de fusiefaciliteit ook geweigerd kan worden in de vennootschapsbelasting indien het misbruik binnen de inkomstenbelasting betreft. De Hoge Raad¹⁸¹ is daartoe met een instemmend oordeel gekomen.

Met de zaak Leur-Bloem¹⁸² is verdere verduidelijking gekomen ten aanzien van de toepassing van de fusierichtlijn. Allereest is de implementatie van de richtlijn in de nationale wetgeving strijdig bevonden met het EU-recht met als gevolg dat er een aanpassing heeft plaatsgevonden. De eis dat de verkrijgende vennootschap een materiële onderneming drijft is daarmee vervallen.¹⁸³ In de richtlijn zelf is deze eis immers niet gesteld. Daaruit blijkt dat de richtlijnconforme uitleg prevaleert boven die op grond van de nationale wetgeving. Daarnaast is in deze zaak geconcludeerd dat een fiscaal voordeel niet gezien kan worden als een zakelijke overweging vanuit bedrijfseconomisch perspectief. In de zaak Foggia¹⁸⁴ is wederom

¹⁷⁷ Van zakelijke overwegingen is in het aangehaalde citaat van de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn een niet limitatieve opsomming gegeven. Dat leidt tot een zware bewijslast voor de inspecteur, doordat in alle gevallen wel een (aantal) zakelijke overweging(en) aan te dragen is.

¹⁷⁸ Een vermoeden van misbruik zal daarvoor aannemelijk gemaakt moeten worden. Vervolgens is een lidstaat op grond van de eerste volzin in het citaat van de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn niet verplicht de faciliteit te weigeren, maar het kan wel en zal in (bijna) alle gevallen ook gebeuren.

¹⁷⁹ Hoge Raad, 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261.

¹⁸⁰ Hof van Justitie, 20 mei 2010, C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282.

¹⁸¹ Hoge Raad, 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261.

¹⁸² Hof van Justitie, 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369. Het betreft in de zaak een binnenlandse fusie waardoor puur gebruik gemaakt kan worden van compenserende verliezen.

¹⁸³ De materiële ondernemingseis gold op grond van art. 14(b) Wet VPB 1964.

¹⁸⁴ Hof van Justitie, 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718.

geconstateerd dat bij het bestaan van geringe zakelijke overwegingen in verhouding tot fiscale motieven, de zakelijkheid van de fusie of splitsing niet aanwezig wordt geacht.

3.4.5 Critici literatuur

In de literatuur hebben verschillende auteurs hun mening geuit over de uitwerking van de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn. Volgens Boulogne¹⁸⁵ kan daar een aantal lessen uit getrokken worden. De doelstelling van de fusierichtlijn is niet heel scherp geformuleerd. Daaronder valt ook de vormgeving van de antimisbruikbepaling. Zo is er onduidelijkheid ontstaan over de belastingen waar het misbruik op moet zien. De zaak Zwijnenburg¹⁸⁶ heeft daar duidelijkheid in moeten scheppen. Dat er sprake is van minimumvoorwaarden bij de implementatie van de fusierichtlijn als geheel – zowel voor de antimisbruikbepaling – draagt voornamelijk niet bij aan meer harmonisatie. Immers kunnen lidstaten nog afwijken in de wijze van toepassing van de richtlijn binnen de nationale wetgeving. Op grond van de zaak Pelati¹⁸⁷ is aan de lidstaten de mogelijkheid geboden om formele eisen te stellen voor de toekenning van voordelen uit de richtlijn. Dit op voorwaarde dat het voldoen aan deze eisen wel redelijkerwijs mogelijk is. Als gevolg hiervan zullen binnen de verschillende lidstaten niet overeenstemmende formele eisen kunnen gelden wat ook niet bijdraagt aan het bewerkstelligen van een geharmoniseerde regeling betreffende fusies en splitsingen. Een zorgvuldige formulering of toelichting binnen de richtlijn is daarom gewenst voor nader te stellen eisen en gehanteerde termen. Toch is volgens Lambooi¹⁸⁸ af te leiden uit gewezen jurisprudentie door het Hof van Justitie, dat het strikt implementeren en uitleggen van richtlijnen geboden wordt. Immers dient de doelstelling van de richtlijn behaald te worden. Inmiddels is door het Hof van Justitie dan wel meer duidelijkheid gekomen ten aanzien van de interpretatie en uitwerking van de antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn. Van der Burgt¹⁸⁹ is echter van mening dat verdere jurisprudentie zal volgen voordat alle onduidelijkheden zijn weggenomen.

Naar aanleiding van de verwarring na implementatie van de antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn is mijns inziens op onnodig complexe wijze geprobeerd de doelstelling van de fusierichtlijn te bereiken. Afgevraagd kan worden wat de gevolgen zullen zijn van de met ingang van 1 januari 2016 geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de moederdochterraichtlijn.

¹⁸⁵ G.F. Boulogne, Lessen uit de EU-Fusierichtlijn, NTFR 2016/11.

¹⁸⁶ Hof van Justitie, 20 mei 2010, C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282.

¹⁸⁷ Hof van Justitie, 18 oktober 2012, C-603/10, ECLI:EU:C:2012:639.

¹⁸⁸ M.V. Lambooi, EG-richtlijn strikt implementeren, NTFR 2009/18.

¹⁸⁹ G.C. van der Burgt, Reorganisatiefaciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, antimisbruikbepaling en 'verkoopklaarmaken', FBN 2015/09.

3.5 Antimisbruikbepaling (algemeen) moeder-dochterrichtlijn

3.5.1 Antimisbruikbepaling in de richtlijn voor en na wijziging

Met toepassing van de moeder-dochterrichtlijn wordt economische dubbele belastingheffing voorkomen. Ingeval van een dividenduitkering wordt op het niveau van de moederverenootschap voor het ontvangen dividend¹⁹⁰ een vrijstelling verleend. Bij de inhoudingsplichtige dochterverenootschap wordt geen bronheffing ingehouden op het dividend of wordt daarvoor verrekening geboden ten aanzien van het belastbare bedrag bij de moederverenootschap. De moeder-dochterrichtlijn bevat in art. 1 lid 2 (oud) een antimisbruikbepaling¹⁹¹. Deze is recent aangepast. De oude¹⁹² bepaling luidde:

“2. Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken”.

Uit de toelichting op het voorstel voor een algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn is af te leiden dat de daarvoor geldende antimisbruikbepaling niet als duidelijk werd ervaren wat leidde tot verwarring¹⁹³.¹⁹⁴ Het akkoord tot de wijziging van de moeder-dochterrichtlijn ter wille van een algemene antimisbruikbepaling heeft als resultaat de opname van de volgende bepaling in art. 1 van de richtlijn:

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

Een constructie kan uit verscheidene stappen of onderdelen bestaan.

*3. Voor de toepassing van lid 2 wordt een constructie of een reeks constructies als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen”.*¹⁹⁵

¹⁹⁰ Afhankelijk van de lidstaat waar het dividend wordt ontvangen of uitgekeerd wordt ook wel gesproken van ‘inbound/inkomend’ of ‘outbound/uitgaand’ dividend.

¹⁹¹ Een soort antimisbruikbepaling is ook te vinden in art. 3 lid 2 onderdeel b betreffende de houdstertermijn van 2 jaar. Op grond van de zaak Denkavit (C-283/94) mag ook achteraf aan deze periode van twee jaar voldaan worden.

¹⁹² Richtlijn 2011/96/EU voor de wijziging via Richtlijn 2015/121/EU.

¹⁹³ Bijvoorbeeld ten aanzien van welke voorschriften onder de richtlijn vallen. Dit mede doordat geen duidelijke toelichting werd geboden met het in werking treden van de moeder-dochterrichtlijn in 1992. Zie ook J.A.G van der Geld, Het wetsvoorstel tot implementatie van de EG-moeder-dochterrichtlijn, WFR 1991/1633.

¹⁹⁴ Toelichting op het voorstel voor het wijzigen van de moeder-dochterrichtlijn. Zie COM(2013) 814 def., Brussel 25 november 2013.

¹⁹⁵ Art. 1 lid 2 en 3 Richtlijn 2011/96/EU na de wijziging van Richtlijn 2015/121/EU. Na de wijziging bestaat in art. 1 ook een lid 4. Lid 4 bevat nu de bepaling die voor de wijziging in lid 2 was opgenomen waarmee lidstaten

Hierin zijn de kwalificerende termen te vinden waarmee misbruik geconstateerd kan worden. Er dient (cumulatief) aan vier voorwaarden voldaan te worden. Allereest moet er sprake zijn van een **constructie of een reeks van constructies**. Vervolgens dient **het hoofddoel of een van de hoofddoelen** van deze constructie(s) gericht te zijn op het behalen van een belastingvoordeel wat beschouwd dient te worden als een subjectieve toets. Dit moet leiden tot het **ondermijnen van het doel of de toepassing** van de richtlijn, wat een objectieve toets betreft. Tot slot is de constructie of reeks constructies **kunstmatig**, wat wil zeggen dat daaraan geen *zakelijke redenen* ten grondslag liggen die de economische realiteit weergeven.¹⁹⁶

3.5.2 Antimisbruikbepaling implementatie in de nationale wetgeving

Met ingang van 1 januari 2016 is de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn in de Nederlandse wet te vinden. Daartoe zijn art. 17 lid 3 sub b Wet VPB en art. 1 lid 7 Wet DB aangepast. Art. 17 Wet VPB ziet op de belastingheffing bij buitenlandse belastingplichtigen. In lid 3 betreft het de samenstelling van het bedrag waarover vennootschapsbelasting wordt geheven. Sub b ziet op een (technisch) aanmerkelijk belang regeling voor buitenlandse belastingplichtigen. Daarvoor moet sprake zijn van subjectieve belastingplicht door het houden van een aanmerkelijk belang op grond van hoofdstuk 4 in de Wet inkomstenbelasting 2001.¹⁹⁷ Dit aanmerkelijk belang moet gehouden worden in een – niet zijnde vrijgestelde beleggingsinstelling – vennootschap gevestigd in Nederland. Lid 3 sub b van art. 17 Wet VPB is te zien als een antimisbruikbepaling.¹⁹⁸ Voorkomen dient hiermee te worden dat een aanmerkelijk belang wordt omgezet in een belang dat kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling binnen de vennootschapsbelasting. Daarvoor kan bij een aanmerkelijk belang een (buitenlandse) (houdster-)vennootschap worden tussengeschoven. Op deze wijze kan de heffing van inkomstenbelasting en/of dividendbelasting vermeden worden. Om te toetsen of dit het geval is, wordt ook wel de ‘wegdenkbenadering’ gehanteerd.¹⁹⁹ De situatie van direct het aanmerkelijk belang houden en indirect het aanmerkelijk belang houden wordt vergeleken. Wanneer bij direct houden van het aanmerkelijk belang een hoger bedrag aan

de mogelijk is geboden om ook binnen de nationale wetgeving en in verdragen bepalingen op te nemen om misbruik tegen te gaan.

¹⁹⁶ Q.W.J.C.H. Kok, De antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn, MBB 2015/09.

¹⁹⁷ Via een van de wetsartikelen binnen art. 4.6 tot en met 4.11 Wet inkomstenbelasting 2001.

¹⁹⁸ Met een wijziging naar aanleiding van een infractieprocedure in 2010 is dat nadrukkelijk naar voren gebracht. Zie Kamerstukken II, 2011/2012, 33 003, nr. 3, p. 16.

¹⁹⁹ M.E. Lukkien, Beschouwingen inzake de Nederlandse implementatie van de verplichte algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn, MBB 2016/02. In beginsel is er geen sprake van overgangsrecht.

belasting verschuldigd zou zijn, zal ten aanzien van de buitenlandse aanmerkelijk belanghouder aangenomen worden dat het voornaamste doel is om belangheffing te vermijden. Voor art. 17 lid 3 sub b Wet VPB geldt onder de huidige regelgeving:

“3. Het Nederlandse inkomen is het gezamenlijke bedrag van: (...)

b. het belastbare inkomen uit een aanmerkelijk belang in de zin van hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001 in een in Nederland gevestigde vennootschap, niet zijnde een vrijgestelde beleggingsinstelling, indien de belastingplichtige het aanmerkelijk belang houdt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van inkomstenbelasting of dividendbelasting bij een ander te ontgaan en er sprake is van een kunstmatige constructie of reeks van constructies waarbij:

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

2° een constructie of reeks van constructies als kunstmatig wordt beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen;”

Om te spreken van misbruik dient het te gaan om **een hoofddoel of een der hoofddoelen** waarmee inkomstenbelasting of dividendbelasting wordt ontgaan bij een ander. Dit door middel van **een kunstmatige constructie of reeks constructies**. Daarvan zal sprake zijn wanneer er geen *zakelijke overwegingen* aanwezig geacht worden.

Vóór de implementatie van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn werd een onderscheid gemaakt tussen een aanmerkelijk belang dat behoorde tot het ondernemingsvermogen en een aanmerkelijk belang dat niet behoorde tot het ondernemingsvermogen. Indien het aanmerkelijk belang niet tot het ondernemingsvermogen behoorde (beleggingsvermogen) kon art. 17 lid 3 sub b Wet VPB toegepast worden. Dit onderscheid is met de implementatie van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn weggenomen. De moeder-dochterrichtlijn zelf bevat geen onderscheid in beleggings- of ondernemingsvermogen. Verder is de zinssnede betreffende de kunstmatige constructie(s) met toelichting aan het art. 17 lid 3 sub b Wet VPB toegevoegd. Daarvoor is voldoende substance²⁰⁰ van belang in de vennootschap die het aanmerkelijk belang houdt.

In samenhang met art. 17 lid 3 sub b Wet VPB is ook een aanpassing gemaakt in de Wet DB aangezien de dividendbelasting een voorheffing is op de aanmerkelijk belang heffing. Art. 1 lid

²⁰⁰ Zie binnen Nederlandse regelgeving onder meer het Besluit van 3 juni 2014, DGB 2014/3101 gericht op dienstverleningslichamen.

7 van de Wet DB kent met ingang van 1 januari 2012²⁰¹ een antimisbruikbepaling. Art. 1 Wet DB ziet op de belastingplicht voor de dividendbelasting. Lid 7 van art. 1 Wet DB kent een uitzonderlijke bepaling voor coöperaties²⁰². Vóór 1 januari 2012 waren coöperaties niet belastingplichtig voor de dividendbelasting. Dit geldt nog steeds²⁰³ als hoofdregel.²⁰⁴ Hierdoor kan een coöperatie zonder dat daarmee enige reële activiteiten verricht worden in een kunstmatige constructie²⁰⁵ gebruikt voor het puur ontgaan van dividendbelasting. Immers bestaat bij tussenschuiven een soort doorgeefluik. De coöperatie kent namelijk niet per definitie een in aandelen verdeeld kapitaal.²⁰⁶ Door de wijziging in art. 1 lid 7 Wet DB sinds 2012 is een coöperatie wel belastingplichtig voor de dividendbelasting indien via de coöperatie dividendbelasting of buitenlandse belasting beoogd wordt te ontgaan. In dat geval wordt de gelijkennis getrokken met een vennootschap welke een in aandelen verdeeld kapitaal kent en daarmee belastingplichtig is voor de dividendbelasting. Art. 1 lid 7 Wet DB luidt onder de huidige wetgeving:

“7. Indien een coöperatie direct of indirect aandelen, winstbewijzen of geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 houdt met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van dividendbelasting of buitenlandse belasting bij een ander te ontgaan en er sprake is van een kunstmatige constructie of reeks van constructies, wordt voor de toepassing van deze wet, met uitzondering van artikel 4, eerste en tweede lid, het direct of indirect door die ander gehouden lidmaatschap van die coöperatie gelijkgesteld met een aandeel en wordt die coöperatie gelijkgesteld met een vennootschap welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld (1). Een constructie kan uit verscheidene stappen of onderdelen bestaan (2).

Een constructie of reeks van constructies wordt als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen (3). Indien bij een lid van een coöperatie waarop de eerste volzin²⁰⁷ niet van toepassing is en [...]

²⁰¹ Kamerstukken II, 2011/2012, 33 003, nr. 3, p. 16-17.

²⁰² Deze dienen bij oprichting minimaal twee leden te hebben.

²⁰³ Daar komt mogelijk verandering in voor houdstercoöperaties. Zie Brief over coöperaties en dividendbelasting, Staatssecretaris van Financiën, 20 september 2016. In hoofdstuk 5 wordt hier ook op ingegaan.

²⁰⁴ B. Pijnaker en M.A.H. Reimert, Art. 1 Wet DB 1965 Subjectieve belastingplicht, commentaar NTFR.

²⁰⁵ Kamerstukken II, 2011/2012, 33 003, nr. 10, p. 30. Hiermee wordt aangesloten bij binnen het Europese recht gebruikte terminologie uit onder meer de zaken Cadbury Schweppes (C-196/04) en ICI (C-264/96).

²⁰⁶ Uit de definitie van een coöperatie in art. 53 Burgerlijk Wetboek 2 is dat ook af te leiden. Daardoor is in beginsel geen belastingplicht voor de dividendbelasting op grond van art 1 lid 1 Wet DB. Voor de vennootschapsbelasting is dat wel het geval op grond van art. 2 lid 1 sub b Wet VPB.

²⁰⁷ De eerste volzin – binnen de volzinnen genummerd van 1 t/m 4 – zag op het geval waar de coöperatie behoort tot een beleggingsstructuur. Dit onderscheid is vervallen. De vierde volzin ziet op de situatie waarin de

het lidmaatschapsrecht tot het vermogen van een onderneming behoort en de coöperatie geen zelfstandige reële economische betekenis heeft, wordt, indien het hoofddoel of een van de hoofddoelen van het door de coöperatie direct of indirect houden van de aandelen, winstbewijzen of geldleningen het ontgaan van de heffing van dividendbelasting bij een ander is, voor de toepassing van deze wet met uitzondering van artikel 4, eerste en tweede lid, het direct of indirect gehouden lidmaatschapsrecht van die coöperatie gelijkgesteld met een aandeel en wordt die coöperatie gelijkgesteld met een vennootschap welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld [...] (4).

Voor de toepassing van de eerste en vierde volzin wordt mede verstaan onder:

a. een coöperatie: een vereniging op coöperatieve grondslag;

b. een lidmaatschapsrecht: een daarmee op één lijn te stellen bewijs van deelgerechtigdheid tot het vermogen van een coöperatie of vereniging op coöperatieve grondslag”.

Van misbruik is sprake wanneer **het hoofddoel of een der hoofddoelen** het ontgaan van dividendbelasting of een buitenlandse belasting bij een ander betreft. Daarvoor moet sprake zijn van een **kunstmatige constructie of reeks constructies**. Indien er geen *zakelijke overwegingen* ten grondslag liggen aan de constructie(s) wordt deze kunstmatig geacht.

Met de implementatie van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn in art. 1 lid 7 hebben wijzigingen in het artikel plaatsgevonden. De term ‘het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen’ is vervangen door de term ‘het hoofddoel of een der hoofddoelen’. Daarnaast zijn de tweede en derde volzin betreffende de constructie(s) aan art. 1 lid 7 Wet DB toegevoegd. De vierde volzin bevat de nieuwe zinsnede waarmee getoetst kan worden of met de coöperatie reële activiteiten worden verricht. Ten aanzien van de terminologie in de antimisbruikbepaling van de moeder-dochterrichtlijn en de implementatie daarvan in de nationale wetgeving is een aantal verschillen op te merken. Voor de wijze van implementatie kunnen aan de hand van parlementaire stukken en literatuur verklaringen²⁰⁸ worden gegeven.

3.5.3 Doelstelling wetgever

Met het vervangen van de term ‘het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen’ door de term ‘het hoofddoel of een der hoofddoelen’ is volgens de wetgever geen wijziging beoogd

coöperatie behoort tot een ondernemingsstructuur waar de coöperatie geen reële activiteiten verricht. Zie Kamerstukken II, 2015/2016, 34 306, nr. 3, p. 10-11.

²⁰⁸ Jurisprudentie zal moeten worden afgewacht. Ten aanzien van de termen die ook in de antimisbruikbepaling van de fusierichtlijn in zaken voor het Hof van Justitie nader zijn toegelicht, wordt aangenomen dat deze toelichting ook kan gelden voor de uitleg van de (algemene) antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn.

voor de bestaande praktijk.²⁰⁹ Dit is echter een uitlating als wetgever en niet als uitvoerder. Naar mijn mening kan daardoor wel een gewijzigde uitwerking ontstaan, doordat met de wijziging onnodige verwarring gecreëerd wordt. Hetzelfde heeft zich immers afgespeeld bij de implementatie van de antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn in art. 14, art. 14a en art. 14b van de Wet VPB. Daar werd ook bewust gekozen om niet geheel de terminologie uit de richtlijn over te nemen en is vervolgens de nodige jurisprudentie ontstaan. Toch stelt de wetgever dat er geen verschil beoogd wordt, maar in mijn optiek kan daar zonder dat de woorden enige rechtskracht krijgen geen vertrouwen aan ontleend worden. Daarvoor zou eerst een besluit of andere vastlegging van de uitlating uitgevaardigd kunnen worden, dat ook als uitvoerder zijnde geen verschil behoort te ontstaan in de uitleg van de terminologie in de nationale wetgeving ten aanzien van de richtlijn. Indien wordt gekozen voor het gebruik van binnen het Europese recht geldende begrippen dan dienen deze ook op Europese wijze te worden uitgelegd.²¹⁰ Ingeval van onduidelijke begrippen zal daarbij worden aangesloten, wat tot een verschil met de bedoeling van de wetgever kan leiden.

Afgevraagd kan worden waarom de keuze is gemaakt om de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn op te nemen in de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling van art. 17 lid 3 sub b Wet VPB. Er is bewust een keuze gemaakt om niet te gaan voor implementatie in de inhoudingsvrijstelling²¹¹ van de Wet DB waarin de moeder-dochterrichtlijn ook deels is geïmplementeerd. De reden hiervoor is dat de inhoudingsvrijstelling binnen de Wet DB zelf een antimisbruikbepaling²¹² kent waarmee overlap zou ontstaan met de antimisbruikbepaling in de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling²¹³ voor de vennootschapsbelasting. Mijns inziens hoeft dat geen probleem te zijn, aangezien in elk geval misbruik bestreden kan worden. Een tweede argument ligt in het feit dat de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling in de vennootschapsbelasting ook van toepassing is op landen buiten de EU. De inhoudingsvrijstelling heeft alleen betrekking op dividenduitkeringen aan lichamen in de EU en de EER.²¹⁴ Daarbij wordt wel de kanttekening gemaakt dat de aanmerkelijkbelangregeling in de vennootschapsbelasting daarmee verder gaat dan waartoe de moeder-dochterrichtlijn strekt. Daarentegen is het voordeel dat zowel buiten als binnen de EU gevestigde lichamen op

²⁰⁹ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 306, nr. 4, p. 5. Dit geldt zowel voor de aanpassing in art. 1 lid 7 Wet DB als in art. 17 lid 3 sub b Wet VPB. Zie ook Kamerstukken II, 2015/2016, 34 306, nr. 3, p. 8 en 10.

²¹⁰ Zie onder meer de zaak voor het Hof van Justitie, 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369.

²¹¹ Art. 4 Wet DB. De implementatie van de moeder-dochterrichtlijn is te vinden in lid 1 sub a.

²¹² Art. 4 lid 3 Wet DB.

²¹³ Art. 17 lid 3 sub b Wet VPB.

²¹⁴ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 306, nr. 3, p. 4.

eenzelfde wijze behandeld worden.²¹⁵ Mijns inziens is het voor het bestrijden van belastingontwijking van belang dat zowel binnen de EU als daarbuiten gevestigde lichamen op gelijke wijze behandeld worden. Dit gezien de achtergrond en doelstelling van de algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn. Immers zou anders belastingontwijking op “eenvoudige” wijze kunnen gaan plaatsvinden buiten de EU door constructies via buiten de EU gevestigde lichamen op te zetten.

Belastingheffing ingeval van misbruik vond al plaats op grond van de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling indien het belang niet tot het ondernemingsvermogen van het lichaam behoorde. Dit geldt vooralsnog, maar het onderscheid in een aanmerkelijk belang dat wel of niet behoort tot het ondernemingsvermogen is vervallen. Met de implementatie van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn kan belasting geheven worden via de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling in de vennootschapsbelasting en via de inhoudingsplicht voor coöperaties waarmee geen reële activiteiten²¹⁶ worden verricht door de directe houder van het belang.²¹⁷

3.5.4 Critici literatuur

In de aanloop naar de opname van een algemene antimisbruikbepaling²¹⁸ in de moeder-dochterrichtlijn is in de literatuur enige kritiek geuit. Volgens Boulogne²¹⁹, na zijn eerder geuite mening naar aanleiding van de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn, is met de invoering van de algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn niet duidelijk aangegeven welke vorm van misbruik daarmee bestreden dient te worden. Zonder dat nadrukkelijk wordt aangegeven welke vorm van misbruik bedoeld wordt met de antimisbruikbepaling, is het doel om bestrijding ervan te behalen niet eenvoudig.

Marres en De Groot²²⁰ zijn daarbij van mening dat uit de in de antimisbruikbepaling gehanteerde subjectieve en objectieve toets geen harde eisen zijn gesteld waardoor geen houvast geboden wordt ingeval van misbruik. Normen stellen lijkt echter geen optie te zijn aangezien in elke situatie de feiten en omstandigheden kunnen verschillen. De grens bepalen tussen

²¹⁵ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 306, nr. 3, p. 5. Opgemerkt kan wel worden dat het enigszins curieus is om in de nationale wetgeving een antimisbruikbepaling op te nemen in een bepaling die geldt voor buitenlandse – binnen en buiten de EU/EER – belastingplichtigen. Immers bestaat daarmee mogelijk geen vestigingsplaats in (Nederland) EU/EER wat vereist is voor toepassing van de moeder-dochterrichtlijn, maar alleen een bron. Misbruik kan op deze manier alleen verondersteld worden wanneer het buitenlandse belastingplichtigen betreft.

²¹⁶ Nederland kent daarvoor de substance-eisen. Zie onder meer het Besluit van 3 juni 2014, DGB 2014/3101 gericht op dienstverleningslichamen.

²¹⁷ Kamerstukken I, 2015/2016, 34 302, nr. G, p. 77.

²¹⁸ Naar aanleiding van Richtlijn 2015/121/EU.

²¹⁹ G.F. Boulogne, Lessen uit de EU-Fusierichtlijn, NTFR 2016/11. Zie ook paragraaf 3.3.5.

²²⁰ O.C.R. Marres en I.M. de Groot, De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 1), WFR 2015/886.

gevallen waarin wel sprake is van misbruik en wanneer dat niet het geval is blijft immers arbitrair. Een nieuwe reeks aan jurisprudentie zou het gevolg van de algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn kunnen zijn.²²¹

Weber bepleit dat het in elk geval niet mogelijk is om op grond van de preambule en de toelichting bij de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn²²² verdergaande maatregelen te nemen om misbruik tegen te gaan ondanks dat het een minimumbepaling betreft.²²³ Naar mijn mening is dat tegenstrijdig bezien vanuit de bedoeling van een minimumbepaling. Ook al is uit de preambule en de toelichting niet af te leiden dat verdergaande maatregelen zijn toegestaan, zou dat mijns inziens wel afgeleid kunnen worden uit het feit dat de algemene antimisbruikbepaling een minimumbepaling betreft.

Wat betreft de implementatie is naar mijn mening uit paragraaf 3.4.1 en 3.4.2 gebleken dat ten aanzien van gebruikte terminologie geen overeenstemming bestaat tussen de antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn en de wijze van implementatie ervan in de nationale wetgeving. Lukkien²²⁴ is deze mening ook toegedaan. Bijvoorbeeld het onderscheid in een belang dat wel of niet tot het ondernemingsvermogen behoort wordt in de richtlijn immers niet gemaakt. Dat binnen de Nederlandse wetgeving het onderscheid is vervallen, maar beleggingsvermogen zeker onder de antimisbruikbepaling valt²²⁵ kan daarmee strijdig zijn met de moeder-dochterrichtlijn.

Mijns inziens is nadere toelichting ten aanzien van welke vorm van misbruik precies beoogd is bestreden te worden met de algemene antimisbruikbepaling gewenst. Dat van geval tot geval beoordeeld moet worden of er sprake is van misbruik is naar mijn mening evident. Door meer duidelijkheid te bieden ten aanzien van de antimisbruikbepaling kan het aantal procedures mogelijk verminderd worden en kan het leiden tot meer rechtszekerheid.

3.6 Deelconclusie

Binnen de EU bestaat het streven naar harmonisatie. De regelgeving van de verschillende lidstaten dient ten aanzien van Europese bepalingen nader tot elkaar te komen. De invoering van een richtlijn is een middel daartoe. Bij de implementatie van de richtlijn hebben de lidstaten enige vrijheid in de vormgeving waardoor van harmonisatie minder sprake kan zijn. Door

²²¹ O.C.R. Marres en I.M. de Groot, De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 2), WFR 2015/910.

²²² Art. 1 lid 4 (nieuw) van de moeder-dochterrichtlijn. Deze bepaling is hetzelfde als art. 1 lid 2 (oud) van de moeder-dochterrichtlijn.

²²³ D. Weber, Nieuwe algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn, WFR 2015/864.

²²⁴ M.E. Lukkien, Beschouwingen inzake de Nederlandse implementatie van de verplichte algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn, MBB 2016/02.

²²⁵ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 306, nr. 6, p. 7. Dit geldt voor art. 17 lid 3 sub b Wet VPB.

positieve en negatieve integratie kan tot meer harmonisatie gekomen worden, waarbij negatieve integratie effectiever is gebleken. Hetzelfde geldt voor de antimisbruikbepalingen die behoren tot de interest- en royaltyrichtlijn, de fusierichtlijn en de moeder-dochterrichtlijn waar geen overeenstemming tussen bestaat, wat ook (deels) doorwerkt bij de implementatie van de richtlijnen. De interest- en royaltyrichtlijn en de moeder-dochterrichtlijn kennen eenzelfde structuur. Dat geldt ook nog voor de antimisbruikbepalingen in deze richtlijnen. De interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn²²⁶ verschillen in opzet. In de kern zijn de antimisbruikbepalingen van deze twee richtlijnen vergelijkbaar. Doordat in Nederland geen expliciete bronheffing op interest- en royaltybetalingen geldt, is de implementatie van de antimisbruikbepaling uit deze richtlijn ook niet expliciet in een artikel binnen de nationale wetgeving terug te vinden waardoor geen vergelijking gemaakt is.

De implementatie van de algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn is wel vergeleken met de implementatie van de antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn. Aan de hand van de implementatie van de antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn kan geconcludeerd worden dat de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn in terminologie verschilt van de implementatie van de antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving. Uit jurisprudentie is nadere verduidelijking gekomen ten aanzien van gehanteerde termen in de antimisbruikbepaling. Voor de antimisbruikbepaling in de richtlijn geldt dat ‘een hoofddoel of een der hoofddoelen’ aangeeft dat een belastingvoordeel het doorslaggevende motief is. In de interest- en royaltyrichtlijn wordt gezocht naar ‘een voornaamste beweegreden of een van de voornaamste beweegredenen’ betrekking hebbend op misbruik. Aan een hoofddoel zal minder snel zijn voldaan. Onder misbruik vallende belastingfraude kan daarbij gezien worden als een strafbaar feit. Belastingontwijking is een legale vorm van *misbruik* binnen *gebruik* maken van het EU-recht. Zakelijke overwegingen worden niet aanwezig geacht indien fiscale motieven doorslaggevend zijn voor de fusie of splitsing. Een vermoeden van misbruik dient aannemelijk te worden gemaakt door de inspecteur.

De geïmplementeerde antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving kent een andere terminologie dan de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn. Ontgaan van belastingheffing is het geval indien de fiscale claim verloren dreigt te gaan. Daarvan kan sprake zijn bij uitstellen van belastingheffing in zoverre dat strijdigheid met doel en strekking van de fusierichtlijn ontstaat. In ‘overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing’ is aan de orde indien dat het beslissende motief voor de fusie of splitsing is. Ten aanzien van

²²⁶ Daarmee verschilt de moeder-dochterrichtlijn impliciet ook van de fusierichtlijn.

de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn is onduidelijkheid ontstaan omtrent op welke belasting de richtlijn zag. Daartoe heeft de zaak Zwijnenburg²²⁷ duidelijkheid gebracht. Onder belastingheffing voor de fusierichtlijn vallen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting. Zakelijke overwegingen worden aanwezig geacht wanneer bedrijfseconomische motieven ten grondslag liggen aan de fusie of splitsing.

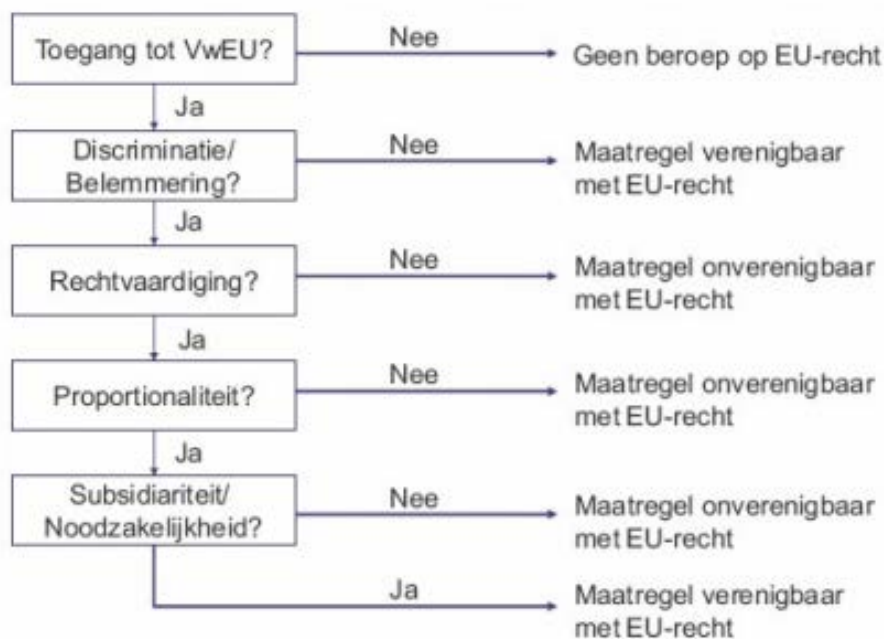
In de antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn wordt zoals in de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn aangesloten bij de term 'hoofddoel of een der hoofddoelen'. De antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn houdt de term belastingvoordeel aan. Met de implementatie van de antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn in art. 17 lid 3 sub b Wet VPB en art. 1 lid 7 Wet DB wordt aangesloten bij de daarin genoemde belasting. Daardoor wordt misbruik bestreden betreffende het ontgaan van dividendbelasting en/of inkomstenbelasting. Daarmee is gelijk duidelijkheid gecreëerd. Het ontgaan van de zonet genoemde belasting(en) kan doel en strekking van de moeder-dochterrichtlijn ondermijnen. Wanneer dit het geval is wordt voldaan aan de subjectieve toets. Voor de objectieve toets wordt bepaald in hoeverre sprake is van kunstmatige constructie(s) op grond van de antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn. Met deze terminologie wordt afgeweken van de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn. De term kunstmatige constructie(s) is in overeenstemming met het EU-recht. De term is voortgekomen uit verschillende zaken voor het Hof van Justitie. De term zakelijke overwegingen waarmee kan worden aangetoond dat geen belastingvoordeel beoogd wordt, is zowel in de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn en de moeder-dochterrichtlijn als bij implementatie van beide antimisbruikbepalingen in de nationale wetgeving te vinden. De antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn vereist niet het aantonen van een vermoeden. Daartoe is dan ook geen tegenbewijsmogelijkheid. Voor de fusierichtlijn geldt immers wel het aantonen van een vermoeden door de inspecteur, waarna belastingplichtige de mogelijkheid heeft om tegenbewijs te leveren. Gewenst is het direct aan te sluiten bij de terminologie in de desbetreffende richtlijn. Dit geldt voor een groot deel voor de implementatie van de antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn. Zo zou de fusierichtlijn ook aangepast kunnen worden, maar dat heeft mijns inziens wellicht politiek gezien geen prioriteit. Voor de daadwerkelijke uitleg van de begrippen is anders de toestemming van het Hof van Justitie²²⁸ nodig, welke als taak heeft ervoor te zorgen dat Europese wetgeving wordt nageleefd. De Europese uitleg gaat voor op de nationale uitleg. Dit

²²⁷ Hof van Justitie, 20 mei 2010, C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282.

²²⁸ Zie ook 3.6.1 figuur beslisboom Hof van Justitie.

is mede uit de zaak *Leur-Bloem*²²⁹ gebleken. Een algemene antimisbruikbepaling komt er mogelijk ook voor de interest- en royaltyrichtlijn²³⁰. De geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn lijkt in grote lijnen in overeenstemming²³¹ te zijn met de richtlijn. Echter is niet geheel duidelijk welke vorm van misbruik deze bepaling dient te bestrijden, waardoor het bereiken van de doelstelling van de bepaling niet eenvoudig is. Momenteel is het nog niet gekomen tot een standaard (algemeen) misbruikconcept binnen het EU-recht, mogelijk komt het in de toekomst wel tot stand.

3.6.1 Figuur beslisschema Hof van Justitie



²²⁹ Hof van Justitie, 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369.

²³⁰ Zie voor de nu geldende terminologie van de antimisbruikbepaling in deze richtlijn tabel 3.6.2.

²³¹ Zie voor een vergelijking in terminologie en ten aanzien van de fusierichtlijn tabel 3.6.3.

3.6.2 Tabel: overzicht vergelijking interest- en royaltyrichtlijn met de fusierichtlijn en de moeder-dochterrichtlijn

Terminologie voor misbruik	Interest- en royaltyrichtlijn
<i>Antimisbruikbepaling in de richtlijn</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Voornaamste beweegreden of een van de voornaamste beweegredenen • Belastingfraude, belastingontwijking of misbruik • Transacties (geen vb.)
<i>Antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Niet aanwezig. De implementatie valt ook onder art. 17 lid 3 sub b Wet VPB zoals in de nationale wetgeving geïmplementeerd op grond van de moeder-dochterrichtlijn. *(en art. 4 lid 3 AWR)
<i>Antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Eenzelfde algehele structuur • Art. 1 lid 4 (nieuw) komt geheel overeen met art. 5 lid 1 van de interest- en royaltyrichtlijn • Soortgelijke implementatie in art. 17 lid 3 sub b Wet VPB
<i>Antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Geen overeenstemmende structuur • Geen bepaling als art. 5 lid 1 van de interest- en royaltyrichtlijn • In essentie geldt eenzelfde aanpak van misbruik • Aan misbruik als hoofddoel wordt minder snel toegekomen

3.6.3 Tabel: overzicht vergelijking fusierichtlijn en moeder-dochterrichtlijn

Terminologie voor misbruik	Fusierichtlijn	Moeder-dochterrichtlijn
<i>Antimisbruikbepaling in de richtlijn</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Hoofddoel of een der hoofddoelen • Belastingfraude- of ontwijking • Zakelijke overwegingen (met vb.) • Misbruik vermoeden 	<ul style="list-style-type: none"> • Hoofddoel of een der hoofddoelen • Belastingvoordeel • Kunstmatige constructie (geen vb. wel toelichting: geen zakelijk motief) • Kunstmatig als misbruik beschouwd
<i>Antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving</i>	<ul style="list-style-type: none"> • In overwegende mate • Ontgaan of uitstellen van de heffing • Zakelijke overwegingen (met vb.) • Vervreemdingsverbod • Misbruik aanwezig geacht • Tegenbewijsmogelijkheid 	<ul style="list-style-type: none"> • Hoofddoel of een der hoofddoelen • Ontgaan inkomstenbelasting en/of dividendbelasting • Kunstmatige constructie (geen vb. wel toelichting: geen zakelijk motief, of geen reële activiteiten) • Kunstmatig als misbruik beschouwd / Gelijkstelling coöperatie met een vennootschap voor een in aandelen verdeel kapitaal

Hoofdstuk 4 – Aanpak misbruik in nationaal verband

4.1 Inleiding

Naast dat op Europees niveau een leerstuk ten aanzien van de bestrijding van misbruik binnen het EU-recht is ontstaan, geldt een soortgelijk leerstuk ook binnen de nationale wetgeving. Sinds de invoering van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 worden door belastingplichtigen wegens bedacht om de daartoe behorende heffing zoveel mogen te beperken. Teneinde het ontwijken van de belastingheffing te voorkomen is in 1925 de Wet Richtige heffing tot stand gekomen met later opname in de nationale wetgeving.²³² Een jaar later is door de Hoge Raad een arrest gewezen waardoor de basis is gelegd voor het nationale leerstuk van *fraus legis*.²³³ Het leerstuk ziet op het misbruik van recht. Lange tijd bestond het leerstuk van *fraus legis* naast de geldende wetgeving betreffende de richtige heffing. Om het leerstuk van *fraus legis* te kunnen toepassen zal in beginsel voldaan moeten zijn aan een tweetal vereisten; te weten een subjectief/motief vereiste en een objectief/norm vereiste. Doordat Nederland tot de EU behoort bestaat de verplichting om de Europese richtlijnen binnen de nationale wetgeving te implementeren. Antimisbruikbepalingen behoren daar ook toe. Met de implementatie van de algemene moeder-dochterrichtlijn²³⁴ in de Nederlandse wetgeving wordt beoogd de doelstelling om belastingontwijking als vorm van misbruik te bestrijden via deze richtlijn te behalen. Daarvoor zal een subjectieve én objectieve toets plaatsvinden.²³⁵ In bepaalde gevallen van misbruik kan het leerstuk van *fraus legis* mogelijk uitkomst bieden of mogelijk tekort schieten. Van belang is of de mogelijkheid wel bestaat dat *fraus legis* nog van toepassing is met het in werking treden van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn.²³⁶ De verhouding tussen de geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn in de nationale wetgeving en daarnaast het op nationaal niveau gehanteerde leerstuk van *fraus legis* wordt in dit hoofdstuk onderzocht. De volgende deelvraag staat daarbij centraal:

➔ *Kan het nationale leerstuk van fraus legis naast de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn uitkomst bieden in situaties van belastingontwijking?*

²³² Wet Richtige heffing 1925. Zie ook M.M. de Werd, *Cursus Belastingrecht FBR 7.4.1, Richtige heffing*.

²³³ Het ‘driedagenarrest’ als basisarrest: Hoge raad, 26 mei 1926, NJ 1926/723. Zie ook Hoge Raad, 21 november 1984, BNB 1985/32. Dit ziet op het ongeschreven recht ten aanzien van *fraus legis*.

²³⁴ Naar aanleiding van Richtlijn 2015/121/EU.

²³⁵ Daarmee bestaat overeenstemming met het in Nederland gehanteerde leerstuk van *fraus legis*.

²³⁶ E.C.C.M. Kemmeren, *Dividendbelasting en fraus legis: huidige stand van zaken*, WFR 2003/133.

4.2 Misbruik en het leerstuk van *fraus legis*

4.2.1 *Richtige heffing & fraus legis – ‘Driedagenarrest’*

Het ontduiken van wettelijke bepalingen bestaat al een lange tijd. Zo is het al terug te vinden in het oude algemene Romeinse recht.²³⁷ Het leerstuk van *fraus legis* zoals het momenteel geldt kwam voor het eerst nadrukkelijk naar voren in het zogenoemde ‘driedagenarrest’²³⁸. Dit arrest betreft de heffing op grond van de successiewet²³⁹. Het ging om een periodieke uitkering waarover de heffing kon worden vermeden. De mogelijkheid daartoe bestond ingeval de periodieke uitkering niet eindigde bij overlijden, maar drie dagen daarvoor. In het ‘driedagenarrest’ is door de Hoge Raad beslist dat op grond van de successiewet toch heffing plaatsvindt in desbetreffend geval. De beslissing is gebaseerd op de volgende drie punten²⁴⁰:

1. De enige bedoeling is het vrijdelen van belastingheffing;
2. Er bestaat vrijwel gehele gelijkenis met eenzelfde situatie waarin wel sprake is van belastingheffing; en
3. Er is sprake van strijdigheid met doel en strekking van de wet indien desbetreffende situatie niet door de geldende belastingheffing worden getroffen.

Het leerstuk van *fraus legis* is daarmee te zien als ongeschreven recht, aangezien het via jurisprudentie tot stand is gekomen zonder dat er directe codificatie in de wet heeft plaatsgevonden. Indien belastingplichtige en de inspecteur een geschil hebben betreffende fiscale rechtshandelingen, zal de rechter mogelijk uitsluitel moeten geven over de behandeling daarvan. *Fraus legis* is één van de bijzondere rechtsmiddelen²⁴¹ waar de inspecteur een beroep op kan doen. Daarnaast kan een beroep gedaan worden op de richtige heffing van art. 31 AWR.²⁴² Deze bijzondere rechtsmiddelen onderscheiden zich van de ‘gewone’ rechtsmiddelen doordat voor toepassing van de bijzondere rechtsmiddelen vereist is dat vrijdeling van de

²³⁷ R. Marchal, Art. 31 AWR Rechtshandelingen alleen om belasting te ontgaan, Commentaar NDFR.

²³⁸ Hoge raad, 26 mei 1926, NJ 1926/723.

²³⁹ Het betrof art. 11 van de toenmalig geldende Successiewet 1958.

²⁴⁰ M.M. de Werd, Cursus Belastingrecht FBR.7.4.2 *Fraus legis*.

²⁴¹ Het onderscheid met ‘gewone’ rechtsmiddelen bestaat in het feit dat daar uitgaan wordt van een feitencomplex van rechtshandelingen dat onder een bepaalde wetsbepaling valt. Ingeval van wetsontduiking – ofwel *fraus legis* – dient het feitencomplex onder een wetsbepaling te worden geschaard terwijl deze daar juist niet daadwerkelijk onder vallen. Immers geldt ingeval van wetsontduiking dat de rechtshandelingen alleen verricht worden met als doelstelling desbetreffende wetsbepaling te omzeilen.

²⁴² De Staatssecretaris geeft daartoe sinds 1 augustus 1987 echter geen machtigingen meer af (art. 32 AWR). Zie ook Persbericht d.d. 29 juli 1987, nr. 87/222, V-N 1987/ 1768, 2.

belastingheffing de doorslaggevende reden is voor de rechtshandeling(en). Daarbij dient in strijd met doel en strekking van de wet gehandeld te worden.²⁴³

Om de richtige heffing of fraus legis te kunnen toepassen zijn in de jurisprudentie gelijke vereisten opgesteld.²⁴⁴ Toch zijn tussen beide bijzondere rechtsmiddelen ook verschillen op te merken. Ingeval het leerstuk van fraus legis toepassing vindt kan dat twee gevolgen hebben. Enerzijds kan ervoor gekozen worden om ongewenste rechtshandeling(en) te negeren. Anderzijds kan de keuze gemaakt worden om de ongewenste rechtshandeling(en) te substitueren. Wanneer de richtige heffing van art. 31 AWR van toepassing is, kan dat alleen de eerste mogelijkheid van negeren van de ongewenste rechtshandeling(en) tot gevolg hebben. De richtige heffing wordt anders dan bij toepassing van het leerstuk van fraus legis vervolgens nader uitgewerkt via de procedure van art. 32 AWR en verder²⁴⁵. Bij toepassing van het leerstuk van fraus legis vindt verdere uitwerking in de regeling betreffende de belastingaanslag zelf plaats.²⁴⁶

De richtige heffingsbepalingen betreffende wetsontduiking zijn niet te zien als een *lex specialis* binnen het (algemene) leerstuk van fraus legis. Daardoor zou het leerstuk van fraus legis niet direct van toepassing zijn indien het directe belastingen betreft, doordat toepassing van de richtige heffingsbepalingen voorrang heeft. De Hoge Raad heeft daar niet mee ingestemd.²⁴⁷ Andersom kan in geval het leerstuk van fraus legis van toepassing kan zijn, de richtige heffingssystematiek daarnaast ook van toepassing zijn.²⁴⁸ Het toepassingsbereik van het leerstuk van fraus legis is wel ruimer.²⁴⁹ Wanneer het ene bijzondere rechtsmiddel als de richtige heffingssystematiek niet van toepassing is, maar het andere leerstuk van fraus legis vervolgens wel, dan betekent dat niet het belastingen van tweemaal dezelfde rechtshandeling.²⁵⁰ De volgende deelparagrafen gaan nader in op de richtige heffing en het leerstuk van fraus legis afzonderlijk, waarna de nadruk in dit hoofdstuk ligt op het leerstuk van fraus legis.

²⁴³ Deze strijdigheid met doel en strekking van de wet kan niet via interpretatie van de wet weggenomen worden.

²⁴⁴ Zie paragraaf 4.2.2 en 4.2.3.

²⁴⁵ Zo biedt art. 33 AWR bijvoorbeeld de optie om proefprocedure te starten alvorens als belastingplichtige meer duidelijkheid te verkrijgen betreffende de mogelijkheid dat art. 31 AWR van toepassing is. Dit bestaat onder het leerstuk van fraus legis echter niet.

²⁴⁶ R. Marchal, Art. 31 AWR Rechtshandelingen alleen om belasting te ontgaan, Commentaar NDFR.

²⁴⁷ Zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad, 21 november 1984, nr. 22092, BNB 1985/32.

²⁴⁸ Zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad, 10 december 1986, nr. 24234, BNB 1987/101.

²⁴⁹ M.M. de Werd, Cursus Belastingrecht FBR.7.4.3 De richtige heffing en fraus legis staan naast elkaar.

²⁵⁰ E.J.M. Rosier, Richtige heffing en fraus legis: *nebis in idem a contrario?*, WFR 1986/1568.

4.2.2 Richtige heffing

Met de richtige heffing door de invoering van art. 31 AWR²⁵¹ met ingang van het jaar 1959, is beoogd om wetsontduiking ingeval van belastingzaken te bestrijden.²⁵² Hiermee heeft een codificatie binnen de nationale wetgeving plaatsgevonden waarmee art. 31 AWR de kern van de richtige heffing vormt. Dit naar aanleiding van de Wet tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen van 29 april 1925, ofwel de Wet Richtige heffing 1925.²⁵³ Deze wet is in 1959 geheel opgenomen in de AWR. De Wet Richtige heffing 1925 is te zien als een bijzonder rechtsmiddel. Een rechtshandeling dat erop gericht is om belastingheffing op grond van de wet te vermijden kon vallen onder de Wet Richtige heffing 1925. Voor 1942 kende de Nederlandse wet namelijk geen vennootschapsbelasting zoals deze nu geldt. Er bestond alleen een belasting die werd geheven indien winst werd uitgedeeld.²⁵⁴ Door ondernemingen te drijven via een naamloze vennootschap waarmee geen dividend wordt uitgekeerd, kon belastingheffing vermeden worden. Dit en soortgelijke constructies dienden met de richtige heffing te worden bestreden.²⁵⁵ De richtige heffing dient te voorkomen dat via gekunstelde wegen belastingbesparingen worden gegenereerd welke onaanvaardbaar zijn.²⁵⁶ Het dient belastingverijdeling tegen te gaan.²⁵⁷ Ondanks het in 1926 gewezen ‘driedagenarrest’, wat het startpunt vormde voor het leerstuk van *fraus legis*²⁵⁸, vond in de jaren daarop volgend voornamelijk toepassing van de richtige heffing plaats. Het leerstuk van *fraus legis* werd naast de richtige heffing wel nader uitgewerkt in de jurisprudentie. Het leerstuk van *fraus legis* blijft het ongeschreven recht²⁵⁹ betreffende wetsontduiking.

²⁵¹ Het artikel is gericht op directe belastingen. Art. 31 tot en met art. 36 AWR vallen onder het Hoofdstuk VI. Bevordering van de richtige heffing.

²⁵² M.M. de Werd, *Cursus Belastingrecht* FBR 7.4.1, Richtige heffing.

²⁵³ *Idem*.

²⁵⁴ Dit op grond van de Wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting 1917. Deze wet is vervangen door het Besluit op de Winstbelasting 1940 waarna de belasting wordt geheven naar de winst. Of er sprake is van een winstuitdeling is daarvoor niet meer relevant. De reden voor invoering van de richtige heffing kwam daarmee impliciet te vervallen.

²⁵⁵ R. Marchal, Art. 31 AWR Rechtshandelingen alleen om belasting te ontgaan, *Commentaar NDFR*.

²⁵⁶ L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht*, Deventer 2013: Kluwer, p. 73.

²⁵⁷ Er is gekozen voor de algemene term ‘belastingverijdeling’ om overkill te voorkomen. De keerzijde hiervan werd aangekaart als rechtsonzekerheid. Zie de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel voor het opnemen van de richtige heffingsbepalingen: Kamerstukken II, 1923/1924, 396, nr. 3, p. 1 en Kamerstukken II, 1924/1925, 92, nr. 1, p. 1.

²⁵⁸ Met dit arrest bevestigt de Hoge Raad de overwegingen in het ‘driedagenarrest’ waarmee het leerstuk van *fraus legis* wordt geaccepteerd.

²⁵⁹ In de gedetailleerde antimisbruikbepaling van art. 10a Wet VPB is een soort codificatie te vinden van het leerstuk van *fraus legis* indien het de aftrek van rente betreft. Het ontwikkelde leerstuk van *fraus legis* in de jurisprudentie zou daarnaast in specifieke gevallen nog wel van toepassing kunnen zijn. Immers kan een antimisbruikbepaling ook via omwegen die onder het leerstuk van *fraus legis* vallen ontweken worden. Zie onder meer het arrest van de Hoge Raad, 11 juli 2008, nr. 43376, BNB 2008/266. Dit komt nader aan bod in paragraaf 4.4.1.

Op grond van art. 32 AWR dient de Minister van Financiën toestemming te verlenen om als inspecteur op grond van art. 31 AWR een belastingaanslag te kunnen opleggen. Deze toestemming is sinds het midden van de jaren tachtig niet meer verleend.²⁶⁰ Toepassing van de richtige heffing zal mogelijk ook niet meer plaatsvinden, aangezien het leerstuk van *fraus legis* vrijwel geheel is uitgewerkt in de jurisprudentie. De gelijkenis tussen de richtige heffing en *fraus legis* is immers groot.²⁶¹

4.2.3 Vereisten *fraus legis*

De overgang van de toepassing van art. 31 AWR betreffende de richtige heffing naar (alleen) de toepassing van het leerstuk van *fraus legis*, heeft plaats kunnen vinden door het vaststellen van de vereisten voor toepassing van het leerstuk van *fraus legis* door de Hoge Raad²⁶². Deze komen overeen met de benoemde elementen in het ‘driedagenarrest’. Er geldt een drietal elementen²⁶³ voor de toepassing van *fraus legis* indien de belastingplichtige gebruik maakt van – gebruikelijke of ongebruikelijke – constructies waarmee:

1. *Verijdeling van belastingheffing*²⁶⁴ wordt *beoogd*;
2. Verijdeling van belastingheffing *de doorslaggevende reden* is geweest voor de constructie;
3. Er wordt gehandeld in *strijd met doel en strekking van de wet*.

Het daadwerkelijke motief van de belastingplichtige is lastig vast te stellen. Daarvoor dient een *vermoeden* te worden aangetoond voor het beogen van verijdeling van belastingheffing. Dat geldt voor gevallen waarbij indien de rechtshandeling(en) binnen de constructie wordt weggedacht²⁶⁵, er een voorzienbaar nadelig fiscaal gevolg ontstaat.²⁶⁶ Voor de belastingplichtige bestaat daarentegen bij vaststelling van het vermoeden, dat een *tegenbewijs*

²⁶⁰ M.M. de Werd, *Cursus Belastingrecht* FBR 7.4.1, Richtige heffing.

²⁶¹ De richtige heffing ziet echter wel alleen op de heffing van directe belastingen. *Fraus legis* wordt daarom ook wel gezien als een meer algemeen leerstuk betreffende wetsontduiking. Zie ook Vakstudie Algemeen Deel, artikel 31 AWR, aantekening 1.9.

²⁶² Hoge Raad, 21 november 1984, nr. 22092, BNB 1985/32.

²⁶³ L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht*, Deventer 2013: Kluwer, p. 73.

²⁶⁴ Het dient te gaan om het verijdelen van de *heffing* van belasting en niet om de *invordering* daarvan. Zie ook het arrest van de Hoge Raad, 6 november 1991, nr. 27102, BNB 1992/97. Daarnaast gaat het om Nederlandse belasting en daarmee niet om buitenlandse belasting. Zie onder meer het arrest van de Hoge Raad, 28 juni 1989, nr. 25451, BNB 1990/45.

²⁶⁵ Een andere methode is het voordeel op nihil stellen. Dat kan het geval zijn indien via een renteaftrek een voordeel wordt behaald. Een lening kan fiscaalrechtelijk worden genegeerd. De renteaftrek wordt in dat geval niet toegestaan. Mogelijke baten worden daarop aansluitend ook genegeerd (ingeval van een puur binnenlandse situatie – bij de toepassing van het leerstuk van *fraus legis*). Dit staat los van civielrechtelijke aspecten.

²⁶⁶ Het geval kan zich voordoen dat in eerste instantie geen sprake is van *fraus legis*, maar als gevolg van gewijzigde omstandigheden wel. Dit kan zich ook voordoen ingeval van een overeenkomst betreffende een lening. Zie het arrest van de Hoge Raad, 6 december 2002, nr. 37072, V-N 2002/36.19.

geleverd kan worden. Het vermoeden kan weerlegd worden wanneer *aannemelijk* wordt gemaakt dat een *ander, niet-fiscaal of zakelijk, meer dan bijkomstig motief* bestaat voor de constructie.²⁶⁷

Uit de vereisten kan een subjectief²⁶⁸ criterium en objectief²⁶⁹ criterium worden afgeleid waarna ook twee vereisten voor toepassing van het leerstuk van *fraus legis* bestaan.²⁷⁰ Hierna wordt daarom van een subjectief en objectief motief vereiste gesproken. Het objectieve criterium vereist dat een constructie bestaande uit een of meerdere rechtshandelingen worden verricht waardoor deels of geheel belastingheffing uitblijft.²⁷¹ Zonder het verrichten van de rechtshandelingen zou de belastingheffing wel op de juiste wijze plaatsvinden. Hiermee is sprake van wetsontduiking indien toepassing van de wet niet toereikend is voor de juiste belastingheffing door de fiscus. Het leerstuk van *fraus legis* kan in dat geval uitkomst bieden. Daarvoor is het *niet vereist dat de constructie kunstmatig is*. Dit leidt ertoe dat in bepaalde gevallen niet kunstmatige constructies ook onder het leerstuk van *fraus legis* kunnen vallen. Het geval kan zich voordoen dat wel sprake is van een kunstmatige constructie. De kunstmatige constructie kan een aanwijzing zijn voor het bestaan van een niet-fiscaal motief.²⁷²

Het subjectieve criterium is de vinden in het beogen van vrijdelen van belastingheffing als doorslaggevende reden voor de constructie bestaande uit een rechtshandeling of een samenstel van meerdere rechtshandelingen. Dit zal uit de feiten moeten blijken waarvoor de (zware) bewijslast bij de inspecteur ligt.²⁷³ Daarvoor dient het vermoeden dat sprake is van vrijdeling van de belastingheffing *aannemelijk* te worden gemaakt, waartoe de belastingplichtige de tegenbewijsmogelijkheid²⁷⁴ heeft. Een niet-fiscale ofwel zakelijk motief²⁷⁵ kan een meer dan bijkomstige reden voor de constructie zijn geweest. De uitleg van de wet wordt hier afhankelijk gesteld van de omstandigheden die in desbetreffend geval een rol spelen. *Fraus legis* is ook daarmee een bijzonder rechtsmiddel²⁷⁶ aangezien het zich zo onderscheidt van andere wijzen

²⁶⁷ L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht*, Deventer 2013: Kluwer, p. 73.

²⁶⁸ Ook wel aangeduid als het motiefvereiste.

²⁶⁹ Ook wel aangeduid als het normvereiste.

²⁷⁰ R.E.C.M. Niessen, *Fraus legis* in de 21^{ste} eeuw, NTFR-B 2011/6.

²⁷¹ Indien hierover een geschil bestaat, kan dat uitgevochten worden tot bij de Hoge Raad.

²⁷² Dit is af te leiden uit een aantal arresten van de Hoge Raad. Zie Hoge Raad, 6 oktober 1999, nr. 33 971, BNB 2000/19 en Hoge Raad, 17 oktober 2008, nr. 42954, BNB 2009/29.

²⁷³ Bij de feitenrechter via twee instanties, te weten: de rechtbank en het gerechtshof.

²⁷⁴ Van een niet-fiscaal motief kan sprake zijn ingeval reële risico's worden herverzekerd. Zie het arrest van de Hoge Raad, 21 oktober 2005, nr. 40539, BNB 2006/114. In deze casus betreft het een Nederlandse moedervereniging en een Antilliaanse dochtervereniging.

²⁷⁵ Een verplaatsing van de feitelijke leiding naar Aruba is door de Hoge Raad als een meer dan bijkomstig niet-fiscaal motief te zien, indien de verplaatsing ook had plaatsgevonden indien niet-fiscale motief afwezig is. Zie het arrest van de Hoge Raad, 11 oktober 2000, nr. 34805, BNB 2001/121.

²⁷⁶ Het rechtsmiddel van *fraus legis* komt immers pas aan de orde indien sprake is van een (oneigenlijk) belastingvoordeel. Buiten de andere rechtsmiddelen is *fraus legis* de laatste mogelijkheid om strijdigheid met

waarop het recht wordt uitgelegd. Door de toevoeging van een subjectief criterium neemt de rechter meer het heft in eigen hand om in te vullen wanneer dat het geval is.

De wijze waarop de belastingheffing door de belastingplichtige wordt verijdelend dient ertoe te leiden dat in strijd met doel en strekking van de wet wordt gehandeld. Dit vormt de essentie van het leerstuk van *fraus legis*, wat is af te leiden uit de Latijnse term ‘*fraus*’ wat duidt op misbruik. Er is geen sprake van wetsontduiking wanneer de belastingplichtige²⁷⁷ ervoor kiest om de meest voordelige weg van meerdere wegen naar een zakelijk einddoel binnen de grenzen van het wetssysteem.²⁷⁸ De kern ligt in het feit dat bestreden wordt dat een belastingplichtige een door de wetgever onbedoeld voordeel verkrijgt.²⁷⁹ Voorbeelden²⁸⁰ hiervan zijn te vinden in jurisprudentie zoals waarbij sprake is van vermogensbestanddelen waarmee onbelaste²⁸¹ vermogenswinsten gegenereerd worden en die tevens met vreemd vermogen zijn gefinancierd om zo ook rente in aftrek te kunnen brengen.

Bij het leerstuk van *fraus legis* wringt het tussen de taalkundige²⁸² en teleologische interpretatie van wetsbepalingen. De taalkundige interpretatie leidt tot het naar de letter uitleggen van de wet.²⁸³ Daarmee wordt wel recht gedaan aan het bieden van rechtszekerheid. Immers dienen belastingplichtigen erop te kunnen vertrouwen dat de doelstelling van een wetsbepaling met de woordkeuze in de wet tot uitdrukking komt.²⁸⁴ De teleologische interpretatie ziet op het achterhalen van de achterliggende doelstelling(en) van een wetsbepaling. Deze vorm van interpreteren kan aan bod komen indien de taalkundige interpretatie geen uitkomst biedt.²⁸⁵ Zo kan vooralsnog een rechtvaardige heffing tot stand komen. Welke vorm van interpretatie

doel en strekking van de wet tegen te gaan. Zie ook het arrest van de Hoge Raad, 25 oktober 2000, nr. 35 957, BNB 2001/123. De rechtshandeling dient ook daadwerkelijk te hebben plaatsgevonden. Zie daarvoor de uitspraak van het Hof Arnhem, 22 december 2009, nr. 08/00278, NTFR 2010/196.

²⁷⁷ Van derdenwerking kan mogelijk ook sprake zijn. Zie het arrest voor de Hoge Raad, 11 mei 1988, nr. 25006, BNB 1988/290.

²⁷⁸ Dit wordt begrensd door wetsontduiking, wat inhoudt dat belastingverijdeling de doorslaggevende reden voor een omslachtige constructie is. Zie ook het arrest van de Hoge Raad, 19 januari 1994, nr. 28646, BNB 1994/87.

²⁷⁹ Wanneer door toepassing van de wetssystematiek van een daar inbegrepen ontgaansmogelijkheid gebruik wordt gemaakt, is van *fraus legis* geen sprake. Dit is mogelijk, tenzij de ontgaansmogelijkheid is ontstaan na invoering van de wet. Zie het arrest van de Hoge Raad, 10 juli 2009, nr. 43363, BNB 2009/237.

²⁸⁰ De Wet VPB bevat in art. 10a ook een voorbeeld te vinden waar ingeval van een compenserende heffing geen sprake is van misbruik ofwel wetsontduiking. Dit als een vorm van codificatie van het leerstuk van *fraus legis*, anders dan toepassing van art. 31 (tot en met art. 36) AWR.

²⁸¹ Indien tegenover het belastingvoordeel van een renteaftrek wel een (volledig) belaste bate staat, is sprake van een compenserende heffing’ waardoor strijdigheid met doel en strekking van de wet uitblijft. Van *fraus legis* is in dat geval geen sprake. Zie onder meer het arrest van de Hoge Raad, 10 maart 1993, nr. 28139, BNB 1993/196.

²⁸² Ook wel grammaticale interpretatie genoemd.

²⁸³ Vakstudie Algemeen Deel, art. 31 AWR, aantekening 1.9.3.

²⁸⁴ In sommige gevallen wordt door het hanteren van brede begrippen ruimte gelaten voor nadere interpretatiemethoden. Zie ook M.M. de Werd, *Cursus Belastingrecht FBR.7.1.3 Grammaticale interpretatie*.

²⁸⁵ De teleologische interpretatie heeft daarmee een sterk verband met de wetshistorische interpretatie. Zie ook M.M. de Werd, *Cursus Belastingrecht FBR.7.1.6 Teleologische benadering*.

doorslaggevend is, is vooralsnog niet door een rechterlijke macht uitgesproken.²⁸⁶ Mijns inziens dient minimaal op de achterliggende doelstelling welke blijkt uit de parlementaire behandeling bij de wetsbepaling te worden gelet voor de uitleg van desbetreffende wetsbepaling. Afhankelijk van de rechter die desbetreffende casus beoordeelt kan een bepaalde interpretatie worden gekozen. Indien gekozen is voor de taalkundige interpretatie, kan vervolgens nog wel sprake zijn van *fraus legis* doordat de uitkomst in strijd is met doel en strekking van de wet. Het leerstuk van *fraus legis* kan er zo voor zorgen dat een onbedoeld belastingvoordeel dat door de belastingplichtige wordt verkregen via de taalkundige interpretatie, toch niet wordt verkregen doordat strijdigheid met doel en strekking van de wet bestaat. De constructie dient als gevolg te worden weggedacht om op de daarna ontstane situatie de wet toe te passen.²⁸⁷ Indien de Hoge Raad tot de beslissing is gekomen dat bepaalde constructies onder het leerstuk van *fraus legis* vallen²⁸⁸, hoeft dat niet te leiden tot aanpassing van de wet zodanig dat deze constructies niet meer mogelijk zijn. Dat hoeft echter niet in te houden dat de wetgever de constructies aanvaardt.²⁸⁹

Zoals in eerdere hoofdstukken naar voren is gekomen, bestaat binnen het Europese recht ook een in de jurisprudentie ontwikkeld leerstuk ten aanzien van misbruik van (belasting)recht. De implementatie van de gewijzigde moeder-dochterrichtlijn draagt bij aan het bestrijden van misbruik binnen de EU-lidstaten. Hoe het Europese recht zich verhoudt ten aanzien van het nationale leerstuk van *fraus legis* zal in de volgende paragrafen nader worden uitgezocht.

4.3 Implementatie antimisbruikbepaling moeder-dochterrichtlijn en *fraus legis*

*4.3.1 Verhouding misbruik vereisten EU-recht en leerstuk van *fraus legis**

De kwalificatie van misbruik voor toepassing van de antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn is afhankelijk van de gehanteerde terminologie in de richtlijn zelf en hoe deze terminologie in de nationale wetgeving is geïmplementeerd. De gebruikte terminologie in de richtlijn zelf en bij implementatie binnen de nationale wetgeving kent (geringe) verschillen. De termen zijn in veel gevallen nader uitgewerkt in de – Europese en nationale – jurisprudentie.²⁹⁰ De vraag of het leerstuk van *fraus legis* van toepassing kan zijn zit eigenlijk een stap voor het kunnen verlenen van voordelen op grond van de Europese verdragen. Of daarmee toegang tot

²⁸⁶ W. Bruins Slot, Regels zijn regels, NTFR 2010/1097.

²⁸⁷ Zie ook het arrest van de Hoge Raad, 6 december 2002, nr. 37072, V-N 2002/36.19.

²⁸⁸ Indien het *fraus legis* leerstuk van toepassing is, kan mogelijk beboeting of strafvervolgung plaatsvinden wanneer aangetoond wordt dat sprake is van opzet of grove schuld.

²⁸⁹ Zie het arrest van de Hoge Raad, 10 juli 2009, nr. 43363, BNB 2009/237.

²⁹⁰ Zie voor de analyse tussen de terminologie gebruikt in de richtlijn zelf en de terminologie die gebruikt is bij implementatie in de nationale wetgeving Hoofdstuk 3.

de Europese verdragen geweigerd kan worden is nog niet geheel duidelijk.²⁹¹ Toetsing zal dan plaats dienen te vinden aan de hand van *fraus tractatis*. De Hoge Raad zou mijns inziens mogelijk tot de conclusie van *fraus legis* komen indien het een zware vorm van belastingontwijking betreft. De toetsing aan de hand van de *beslisboom* die door het Hof van Justitie wordt gehanteerd zal in dat geval niet plaatsvinden ingeval het geen mogelijke strijdigheid met de verdragsvrijheden betreft.

Het leerstuk van *fraus legis* kent grote overeenkomsten met de gehanteerde toetsing van het Hof van Justitie ten aanzien van misbruik van recht.²⁹² *Fraus legis* betreft immers ook een algemeen geformuleerd leerstuk ter bestrijding van misbruik.²⁹³ Om in overeenstemming met jurisprudentie gewezen door het Hof van Justitie te handelen, dient het leerstuk van *fraus legis* evenredig te zijn in de uitwerking.²⁹⁴ Dit houdt in dat de correctie die toepassing van *fraus legis* tot gevolg heeft leidt tot een evenredige uitwerking. Op grond van Europese jurisprudentie dient daarom een kunstmatige constructie puur gecorrigeerd te worden op het belastingvoordeel.²⁹⁵ Wanneer het bijvoorbeeld een renteaftrek betreft welke niet wordt toegestaan als gevolg van een correctie, dient dat verder geen invloed te hebben op de eventuele heffing²⁹⁶ over de rentebaten die daar tegenover staan in een andere lidstaat.²⁹⁷

4.3.2 *Verhouding vereisten antimisbruikbepaling*

De antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn als onderdeel van het EU-recht om misbruik te bestrijden kent ook een algemeen karakter. Het betreft misbruik via kunstmatige constructies ten aanzien van dividenduitkeringen in moeder-dochterverhoudingen.²⁹⁸

Bij de (eerste) implementatie van de richtlijn is door Nederland geen voorbehoud gemaakt ten aanzien van nationale voorschriften zoals *fraus legis*, waardoor *fraus legis* mogelijk niet van

²⁹¹ R. Hiemstra, Verslag van de 6e NOB Rondetafelbijeenkomst 'Misbruik onder nationaal en Europees recht', WFR 2014/133.

²⁹² E.C.C.M. van Kemmeren, Dividendbelasting en *fraus legis*: huidige stand van zaken, WFR 2003/133.

²⁹³ Bepaalde maatregelen kunnen zo algemeen geformuleerd zijn dat daar ook reële constructies onder vallen. Ingeval van *fraus legis* is daar geen sprake van doordat het alleen toegepast wordt wanneer het daadwerkelijk constructies betreft waarmee misbruik van de (belasting)wet wordt gemaakt.

²⁹⁴ Bij toepassing van *fraus legis* kan niet meer met succes een beroep worden gedaan op voordelen via keurvrijheden binnen het EU-recht. Zie Hof van Justitie, 1 juni 2012, nr. 11/00009, BNB 2012/213.

²⁹⁵ Zie bijvoorbeeld de zaak van het Hof van Justitie, 21 februari 2006, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121.

²⁹⁶ Ofwel een compenserende heffing vanuit Nederlands perspectief. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie is echter af te leiden dat elke heffing van belasting over desbetreffend winstbestanddeel al voldoende is. Zie ook het arrest van de Hoge Raad, 23 januari 2004, nr. 38258, BNB 2004/142. Dit is enigszins tegenstrijdig met de zaak aangehaald in voorgaande voetnoot, waarin geen rekening gehouden zou moeten worden met een heffing in een andere lidstaat.

²⁹⁷ Zie onder meer de zaak van het Hof van Justitie, 13 maart 2007, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161. Ook is A-G Niessen bij het arrest voor de Hoge Raad van 22 december 2011, nr. 11/00675, LJN: BV1426, tot eenzelfde conclusie gekomen. De Hoge Raad heeft dat in zijn beslissing overgenomen.

²⁹⁸ Zie hoofdstuk 3.

toepassing kan zijn.²⁹⁹ In art. 1 lid 2 (oud)³⁰⁰ van de moeder-dochterrichtlijn werd immers de term voorschriften gebruikt. Er is geen nadere toelichting gegeven op de term.³⁰¹ Mijns inziens kan daarom ook niet de conclusie getrokken worden dat slechts expliciet benoemde (nationale) antimisbruikbepalingen³⁰² nog van kracht kunnen zijn. Daarbij wordt ook het vereiste niet gesteld dat het moet gaan om gecodificeerde regelgeving. Nadere toelichting op de term voorschriften is daarom vereist voor een verduidelijking van de term. Er is mede daarom gekozen om een andere weg in te slaan om onduidelijkheden omtrent de antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn te doen vervallen. De algemene antimisbruikbepaling is opgenomen in de moeder-dochterrichtlijn als onderdeel van het Europese leerstuk betreffende misbruik van recht. Het leerstuk van *fraus legis* kan op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad toegepast worden ingeval misbruik wordt gemaakt van recht.³⁰³ Gesteld kan worden dat *fraus legis* ook in de plaats kan treden van de geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn, indien hetzelfde doel wordt gediend als de richtlijn.³⁰⁴ Ten aanzien van de fusierichtlijn is immers ook geoordeeld dat een nationaal leerstuk tegen misbruik, wat overeenstemt met desbetreffende antimisbruikbepaling, mag worden toegepast.³⁰⁵

Een belastingplichtige mag wel de meest gunstige fiscale weg kiezen om een zakelijk doel te bereiken. Dit wordt echter niet toegestaan indien het oogmerk van belastingverijdeling bestaat via een kunstmatige weg, waardoor in strijd met doel en strekking van de wet wordt gehandeld.³⁰⁶

Het leerstuk van *fraus legis* kan van toepassing zijn als voldaan is aan het daartoe behorende subjectieve en objectieve vereiste.³⁰⁷ Die vereisten lijken overeen te stemmen met de elementen van binnen de algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn.³⁰⁸ Voor de toepassing van *fraus legis* is het noodzakelijk dat belastingverijdeling dé doorslaggevende reden is geweest voor de gedane rechtshandeling(en). Aan de algemene antimisbruikbepaling in de

²⁹⁹ J.A.G. van der Geld, Het wetsvoorstel tot implementatie van de EG-moeder-dochterrichtlijn, WFR 1991/1633.

³⁰⁰ Nu art. 1 lid 4 van de moeder-dochterrichtlijn na invoering van de algemene antimisbruikbepaling welke is geïmplementeerd met ingang van 1 januari 2016.

³⁰¹ Zie daarvoor ook hoofdstuk 3.

³⁰² Het leerstuk van *fraus legis* is ontstaan als een methode van rechtsvinding. Daarmee zijn nieuwe rechtsregels tot stand gekomen in de rechtspraak, ingeval een wetsbepaling daar mogelijk in tekort schiet.

³⁰³ Zie paragraaf 4.2.

³⁰⁴ R.P.C.W.M. Brandsma, Cursus Belastingrecht Archief 2014/EBR.7.1.4.B, Antimisbruikbepaling.

³⁰⁵ Zie Hof van Justitie, 5 juli 2007, C-321/05, V-N 2007/34.

³⁰⁶ Zie onder meer de arresten voor de Hoge Raad, 21 november 1984, nr. 22092, BNB 1985/32 en Hoge Raad, 13 maart 2009, nr. 43946, BNB 2009/123.

³⁰⁷ Zie paragraaf 4.2.3.

³⁰⁸ O.C.R. Marres en I.M. de Groot, De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 2), WFR 2015/910.

moeder-dochterrichtlijn kan in dat geval sneller voldaan worden. De bepaling is immers al van toepassing indien één van de hoofddoelen van de belastingplichtige belastingontwijking betreft. Daarentegen heeft de belastingplichtige wel de mogelijkheid om zakelijke motieven aan te dragen als hoofddoel waardoor van toepassing van de antimisbruikbepaling kan worden afgezien. Het objectieve vereiste komt wel geheel overeen indien de vergelijking wordt gemaakt tussen het leerstuk van *fraus legis* en de algemene antimisbruikbepaling moeder-dochterrichtlijn. Voor het leerstuk van *fraus legis* geldt dat er een strijdigheid met doel en strekking van de wet moet bestaan. Voor toepassing van de algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn wordt gelet op strijdigheid met doel en strekking van de richtlijn.³⁰⁹ Wanneer het misbruik van recht betreft zal gezocht worden naar de grens die ligt tussen aanvaardbaar en onaanvaardbaar handelen. In verschillende gevallen wordt gezocht naar een doorslaggevende factor welke gevonden kan worden in het rechtszekerheidsbeginsel of in rechtvaardigheid. De keuze daartussen is wellicht willekeurig. Het hangt af van de feiten en omstandigheden in een specifiek geval. Daarbij wordt bewust gekozen voor ruime termen als ‘kunstmatige constructie(s)’, waardoor een groter aantal situaties daaronder kan vallen.³¹⁰ Indien het misbruik betreft is dat naar mijn mening terecht. Belastingplichtigen die onterecht onder de antimisbruikbepaling vallen dienen mijns inziens wel de mogelijkheid te hebben om het tegendeel via zakelijke hoofddoelen aannemelijk te maken.

4.4 Kwalificerende misbruiksituaties in de rechtspraak

*4.3.1 Misbruik kwalificatie onder het leerstuk van *fraus legis**³¹¹

Met het gewezen arrest door de Hoge Raad in BNB 1989/217³¹² is het vraagstuk omtrent de richtige heffing van start gegaan.³¹³ In het arrest betreft het een casus waarin sprake is van een interne verhangning. Door een natuurlijk persoon werden alle aandelen gehouden in een NV gevestigd op de Nederlandse Antillen. Deze NV hield alle aandelen in een werkmaatschappij gevestigd in Nederland en richtte een nieuwe dochtermaatschappij op naast de werkmaatschappij. De dochtermaatschappij verkreeg alle aandelen van de NV in de

³⁰⁹ De Hoge Raad zou bij de toepassing van het objectieve criterium wel voor een andere uitleg kunnen kiezen dan met de richtlijn bedoeld is. Nadere jurisprudentie (ten aanzien van onder meer het tussenschuiven van vennootschappen) zal daar uitsluitel over moeten geven.

³¹⁰ O.C.R. Marres en I.M. de Groot, De algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn (deel 2), WFR 2015/910. Dit is ook afhankelijk van een ‘rules-based’ of een ‘principle-based’ benadering aangezien een ‘principle-based’ benadering meer speling geeft met betrekking tot de invulling.

³¹¹ In de hierna te behandelen jurisprudentie wordt van zowel *fraus legis* als van de richtige heffing gesproken.

³¹² Hoge Raad, 26 april 1989, nr. 24446, BNB 1989/217.

³¹³ J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2014, p. 117. Voor arresten welke daarna zijn geweest omtrent dit vraagstuk verwijs ik naar paragraaf 6.3.1.1 van dit boek.

werkmaatschappij en ging daarmee een schuld aan bij de NV. De dochtermaatschappij is zo geschoven tussen de NV en de werkmaatschappij waardoor zij de functie van een tussenhoudster vervult. De tussenhoudster en de werkmaatschappij zijn een fiscale eenheid aangegaan om op deze wijze de verschuldigde rente op de lening aan de NV in aftrek te brengen op de winsten van de werkmaatschappij. In feite is er binnen de structuur materieel niets veranderd, afgezien van het feit dat nu geen direct belang meer in de werkmaatschappij wordt gehouden maar een indirect belang. Door het tussenschuiven van de dochtervennootschap is echter wel een situatie ontstaan waarin destijds in Nederland een renteaftrek werd genoten tegen een belastingpercentage van 35%. Daar tegenover stond een heffing met een hoogte van 3,5% naar het geldende tarief op de Nederlandse Antillen. Met een beroep op de richtige heffing van art. 31 AWR heeft de Hoge Raad, mijns inziens ook terecht, beslist dat de renteaftrek binnen de fiscale eenheid niet werd toegestaan. Immers zou het toestaan van de rente in strijd zijn met doel en strekking van de Wet VPB. Daarbij komt dat het doorslaggevende motief voor de rechtshandelingen betreffende de interne verhangings zag op de renteaftrek, ofwel een kostenbeperking. Door een interne verhangings als in onderhavige casus toe te staan *zou de Wet VPB uitgehold worden* indien soortgelijke structuren herhaaldelijk plaatsvinden.³¹⁴ Eenzelfde soort casus als zojuist omschreven is aan de orde geweest in BNB 1993/195.³¹⁵ Het betrof een interne verhangings waarbij materieel gezien niets veranderde. Het effect was wel een renteaftrek in Nederland en een renteontvangst in een belastingparadijs. De Hoge Raad weigerde met toepassing van de richtige heffing wederom de renteaftrek.³¹⁶ Om te kunnen spreken van strijdigheid met doel en strekking van de wet wordt getoetst of er sprake is van een *zogenoemde compenserende heffings*.³¹⁷ Wanneer de schuldeiser in Nederland belast wordt binnen de Wet VPB voor de renteontvangsten, zal het verlenen van een renteaftrek bij de schuldenaar niet in strijd met doel en strekking van de Wet VPB worden geacht.³¹⁸

³¹⁴ Zie het arrest van de Hoge Raad, 26 april 1989, nr. 24446, BNB 1989/217. Het argument van belastingplichtige was dat bij het verzoek voor de fiscale eenheid geen vereiste werd gesteld waardoor de renteaftrek niet mogelijk zou zijn.

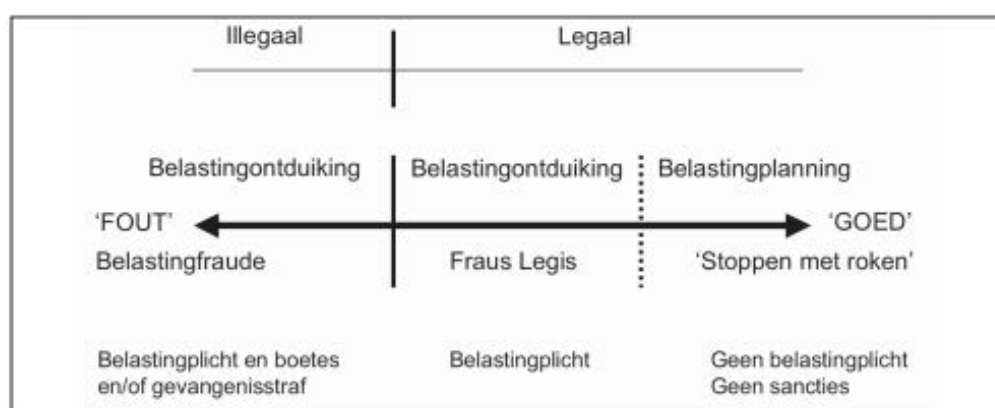
³¹⁵ Hoge Raad, 10 maart 1993, nr. 27992, BNB 1993/195. Zie nog een soortgelijke casus in het arrest van de Hoge Raad, 7 juni 1990, nr. 24239, BNB 1990/72.

³¹⁶ In deze casus was de moedervennootschap gevestigd in een belastingparadijs. Deze vennootschap hield 100% belang in twee zustervennootschappen. De zustervennootschappen kunnen – op deze wijze – geen fiscale eenheid vormen. Er werd een dochtervennootschap tussen de moedervennootschap en de zustervennootschappen geschoven. Deze dochtervennootschap en de twee zustervennootschappen konden zo wel een fiscale eenheid aangaan.

³¹⁷ In het Plc-arrest (BNB 1996/5) werd door de Hoge Raad gesteld dat ook sprake kan zijn van een compenserende heffing in het buitenland naar redelijke Nederlandse maatstaven.

³¹⁸ Zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad, 10 maart 1993, nr. 27295, BNB 1993/194. Zo wordt voor de toepassing van *fraus legis* in het arrest van de Hoge Raad, 13 juli 2001, nr. 35 595, BNB 2001/398 geen toepassing verleend doordat van onvoldoende samenhang sprake was tussen gedane dividenduitkeringen en een

Het gevolg van de toepassing van *fraus legis* zal vervolgens zijn eliminatie zodat de rechtshandeling(en) – fictief – niet heeft plaatsgevonden, dan wel substitutie van de rechtshandeling(en) waardoor de dichtstbijzijnde situatie wordt gehanteerd waarin geen belastingverijdeling en strijdigheid met doel en strekking van de wet plaatsvindt.³¹⁹ Voor de toepassing van *fraus legis*³²⁰ vindt per jaar een toetsing plaats.³²¹ Toetsing van *fraus legis* vindt plaats binnen het legale circuit.³²² Het kan belastingontwijking of belastingplanning betreffen wanneer toetsing plaatsvindt van een bepaalde rechtshandeling. Wanneer het gaat om belastingontduiking betreft het in wezen fraude met strafrechtelijke sancties. Onderstaande figuren geven het verschil tussen de mogelijkheid tot toepassing van *fraus legis* of strafrechtelijke gevolgen weer ten aanzien van een gekozen rechtshandeling.³²³



324

In de volgende paragraaf zal worden ingegaan op mogelijke misbruiksituaties waar de (geïmplementeerde) algemene antimisbruikbepaling van de moeder-dochterrichtlijn op ziet.

4.3.2 Misbruik kwalificatie onder de moeder-dochterrichtlijn

De algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn is met ingang van 1 januari 2016 in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd. Deze antimisbruikbepaling dient richtlijnconform te worden uitgelegd. Met betrekking tot de antimisbruikbepaling is geen

lening. Het betreft arresten met bijdrage aan wetwijzigingen voornamelijk betrekking hebbend op renteaftrekbepalingen binnen de Wet VPB.

³¹⁹ Cursus Belastingrecht FBR.7.5.5.A, Eliminatie dan wel substitutie.

³²⁰ Als wetsontduiking bestempelde constructies zijn ook te vinden in kasgeld- en holdingconstructies, bij lijfrentes en levensverzekeringen en constructies met een herinvesteringsreserve. Zie Cursus Belastingrecht FBR.7.5.8 – A t/m F. In dit onderzoek ligt de focus op de Wet VPB waardoor besproken jurisprudentie ziet op voornamelijk winstdrainage binnen de Wet VPB. Constructies in de (indirecte) omzetbelasting komen in paragraaf 4.4 wel aan bod aangezien daar ook Europese rechtspraak over is gewezen met betrekking tot *fraus legis*.

³²¹ Cursus Belastingrecht FBR.7.5.5.B, Toepassing per jaar.

³²² Uitgebreid wordt aandacht besteed aan de gevolgen van *fraus legis* en het kunnen opleggen van een boete in de gehele Conclusie van A-G Wattel inzake V-N 2016/53.11.

³²³ P.F.E.M. Merks, Belastingontduiking, -ontwijking en -planning, MBB 2006/9.

³²⁴ Opgenomen uit P.F.E.M. Merks, Belastingontduiking, -ontwijking en -planning, MBB 2006/9.

nadere toelichting gegeven ten aanzien van welke vormen van misbruik de bepaling dient te bestrijden. Mogelijke gevallen van misbruik die daaronder vallen komen in de literatuur naar voren. Allereerst kan bedoeld worden op een situatie waarin in de ene lidstaat op grond van de moeder-dochterrichtlijn geen dividendbelasting wordt ingehouden op een dividenuitkering aan een vennootschap gevestigd in een andere lidstaat. In deze andere lidstaat wordt wellicht vrijwel geen belasting geheven over het ontvangen dividend. Het leerstuk van *fraus legis* zou daar mijn inziens van toepassing kunnen zijn, indien ook geen sprake is van een (buitenlandse) compenserende heffing. Dit tenzij de wetgever in desbetreffende andere staat de doelstelling heeft dat vrijwel geen heffing plaatsvindt, aangezien dan geen strijdigheid met doel en strekking van de wet plaatsvindt. Het te bestrijden misbruik zou ook kunnen zien op het vervolgens weer uitkeren van het dividend aan een derde betrokken land of lidstaat de uitkerende lidstaat geen dividendbelasting inhoudt of hoeft in te houden op grond van het nationale recht in die lidstaat of op grond van een gesloten verdrag. De vraag die in dat geval gesteld kan worden is of het probleem dan niet ligt in het nationale recht van desbetreffende lidstaat of in de afspraken die zijn gemaakt en vastgelegd in dat mogelijk gesloten verdrag.³²⁵

Naar mijn mening is het lastig misbruik te bestrijden met de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn indien daar geen directe aanleiding toe is gegeven waar het dan op kan zien. Dat is echter wel begrijpelijk gezien het algemene karakter van de antimisbruikbepaling. Daarmee wordt wel rechtsonzekerheid gecreëerd. Uitsluitel over welke gevallen onder de bepaling vallen zal daarom mogelijk nog op zich laten wachten als er al uitspraken over gedaan gaan worden. Denkbaar is ook dat het belang daarbij afneemt als bepaalde constructies niet meer zullen worden opgezet, wat ook de bedoeling zal zijn.

De implementatie van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn heeft plaatsgevonden in de Wet DB en de Wet VPB.³²⁶ Desbetreffende artikelen die enigszins zijn gewijzigd hebben betrekking hadden al betrekking op misbruik. Daaruit is mijns inziens af te leiden dat voor de toepassing van *fraus legis* strijdigheid dient te bestaan met doel en strekking van de artikelen 1 lid 7 Wet DB en/of 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB. Voor de uitleg van deze wetsartikelen dient ook gelet worden op de implementatie en toelichting van de moeder-dochterrichtlijn aangezien deze daaruit voortvloeien. De vrijheid van de lidstaten bij de implementatie kan terug te vinden zijn in de parlementaire toelichting bij de wetsartikelen.

Voor de Nederlandse overheid kan het naar mijn mening net zo gunstig zijn het leerstuk van *fraus legis* toe te passen wanneer het een ruimer toepassingsbereik kent. Echter blijft het vereist

³²⁵ G.F. Boulogne, *Lessen uit de EU-Fusierichtlijn*, NTFR-B 2016/11.

³²⁶ Art. 1 lid 7 Wet DB en art. 17 lid 3 sub b Wet VPB.

dat de uitwerking in lijn is met het EU-recht. Fraus legis kon ook al toegepast worden op situaties buiten de EU. De uitkomst dat sprake is van misbruik blijft arbitrair, maar de regelgeving omtrent de aanpak van misbruik is toegenomen. Bepaalde bestaande constructies leveren daarom naar mijn mening alleen een tijdsvoordeel op. Naast het hanteren van een leerstuk van misbruik van recht is het mogelijk dat met de invoering van C(C)CTB richtlijn(en)³²⁷ binnen de EU van misbruik op het gebied van de vennootschapsbelasting niet meer mogelijk is door het wegvallen van dispariteiten tussen de lidstaten. Buiten de EU kan misbruik ten aanzien van de vennootschapsbelasting zich nog wel voortzetten.

4.5 Deelconclusie

Het leerstuk van fraus legis komt voor het eerst nadrukkelijk naar voren in 1926 naar aanleiding van het zogenoemde ‘driedagenarrest’. Wanneer er gesproken kan worden van fraus legis is in dat arrest tot stand gekomen. Sindsdien is het leerstuk van fraus legis verder ontwikkeld als een niet gecodificeerd leerstuk om belastingontwijking tegen te gaan. Daarnaast is binnen de nationale wetgeving in de AWR een aantal bepalingen opgenomen betreffende de richtige heffing. Deze bepalingen hebben als doel om belastingverijdeling tegen te gaan. Vóór 1942 bestond nog geen Wet VPB zoals binnen de huidige wetgeving, waardoor belastingontwijking op vrij eenvoudige wijze kon plaatsvinden. De richtige heffingsbepalingen werden nog vaak toegepast totdat midden jaren tachtig in gewezen jurisprudentie nadrukkelijke de eisen voor toepassing van het leerstuk van fraus legis zijn opgesteld.³²⁸ Het gaat om een subjectief vereiste en een objectief vereiste. Het subjectieve vereiste ziet op het beogen van een belastingbesparing waarmee belastingverijdeling wordt bewerkstelligd. Het objectieve vereiste ziet op het handelen in strijd met doel en strekking van de wet. Desbetreffende vereisten zijn ook op soortgelijke wijze terug te vinden in het Europese leerstuk van misbruik van recht. Beide leerstukken kennen een algemeen karakter. Dat geldt bovendien ook voor de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn welke in de nationale wetgeving is geïmplementeerd. Volgens de staatssecretaris zou het leerstuk van fraus legis naast de geïmplementeerde algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn nog van toepassing kunnen zijn. Dat is ook uit gewezen jurisprudentie gebleken. De toelichting bij de moeder-dochterrichtlijn ziet daar niet op en ook niet op nadere uitleg ten aanzien van welke misbruiksituaties de algemene antimisbruikbepaling dient te bestrijden. Dat hangt wellicht samen met het algemene karakter van de antimisbruikbepaling. In de rechtspraak zijn wel

³²⁷ Een tweetal nieuwe voorstellen is gepubliceerd op 25 oktober 2016. Zie COM(2016) 683 def.

³²⁸ Voor een overzicht van de vergelijking tussen de verschillende methoden voor aanpak van misbruik zie paragraaf 4.5.1.

verschillende situaties aan bod gekomen waarin het leerstuk van *fraus legis* heeft geleid tot het oordeel dat sprake is van misbruik van recht. Het vrijdelen van belastingheffing en het kunnen uithollen van de Wet VPB waren daartoe doorslaggevend. Het leerstuk van *fraus legis* hoeft niet van toepassing te zijn indien sprake is van een compenserende heffing. Voor de toepassing van het Europese leerstuk van misbruik van recht dient daartoe te worden aangesloten bij nationale bepalingen om misbruik te bestrijden. Voor Nederland zou dat het leerstuk van *fraus legis* betreffen. Voor bepalingen binnen de nationale wetgeving die van toepassing zijn op grond van het EU-recht dient de uitwerking van het leerstuk van *fraus legis* daartoe in lijn te zijn met het Europese leerstuk van misbruik van recht.

Concluderend is het leerstuk van *fraus legis* ontwikkeld binnen de nationale rechtspraak. Het leerstuk is daarmee van toepassing op wetsbepalingen binnen de nationale wetgeving. Het EU-recht kan lidstaten de verplichting opleggen om een Europese richtlijn binnen de nationale wet te implementeren. Daartoe hebben de lidstaten bij de implementatie van de richtlijn enige vrijheid. *Fraus legis* kan toepassing vinden indien aan de daartoe behorende (cumulatieve) voorwaarden is voldaan. Nationale wetsbepalingen kunnen voortvloeien uit het Europees recht. In dat geval gaat het om het richtlijnrecht. Dat geldt tevens voor de moeder-dochterrichtlijn en de daartoe behorende algemene antimisbruikbepaling. Wanneer voor de toepassing van *fraus legis* naar strijdigheid met doel en strekking van een bepaling wordt gezocht, dient gelet te worden op de grenzen van zowel de nationale als de Europese uitleg van de (geïmplementeerde) wetsbepaling.

4.5.1 Tabel: overzicht vergelijking *fraus legis*, misbruik van EU-recht, moeder-dochterrichtlijn

Vereisten	Fraus legis	Misbruik van EU-recht	Moeder-dochterrichtlijn
<i>Subjectief/motief</i>	Vrijdeling van belastingheffing als doorslaggevende reden	Beoogde doel is een belastingvoordeel behalen	Eén der hoofddoelen is belastingontwijking
<i>Objectief/norm</i>	Strijdig met doel en strekking van de wet	Strijdig met doel en strekking van het EU-recht	Strijdig met doel en strekking van de richtlijn
<i>Valt NIET onder rechtsmisbruik</i>	Meest gunstige weg kiezen	Meest gunstige weg kiezen	Meest gunstige weg kiezen

Hoofdstuk 5 – Analyse effectiviteit algemene antimisbruikbepaling

5.1 Inleiding

In voorgaande hoofdstukken is onderzocht hoe zowel op Europees als op nationaal niveau vormen van misbruik bestreden kunnen worden. De (geïmplementeerde) algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn is daar onderdeel van. Daarnaast zijn op grond van het Europese recht de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn waartoe ook antimisbruikbepalingen behoren, in de nationale wetgeving opgenomen. De nationale rechtspraak kent het leerstuk van *fraus legis*. In dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de effectiviteit van de geïmplementeerde algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn. De effectiviteit wordt getoetst aan de volgende criteria: neutraliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid.³²⁹ Kanttekening daarbij kan zijn dat wanneer een bepaling effectief is in het bereiken van een gesteld doel, daarbij de uitvoerbaarheid van de bepaling af kan nemen en vice versa. Van belang is te letten op welke gevallen de algemene antimisbruikbepaling dient te bestrijden. Cruciaal is daarin de keuze voor een algemene of een specifieke antimisbruikbepaling. Punt van aandacht is daarnaast ook dat de geïmplementeerde algemene antimisbruikbepaling geen bewijsvermoeden kent en geen tegenbewijsmogelijkheid, evenals in de richtlijn. Verder zal onderzocht worden of het bestrijden van misbruik niet doorslaat in dubbele wél-heffing aangezien dit momenteel niet als een prioriteit is beschouwd. Daartoe speelt de internationale informatie-uitwisseling een rol. Bovendien kan de bestrijding van misbruik op Europees niveau aangepakt worden, op een manier die niet overeenstemt met de aanpak van misbruik op internationaal niveau. Een brief van de Staatssecretaris op Prinsjesdag 2016 bevat een wetsvoorstel tot dividendbelastingplicht voor houdstercoöperaties. Het streven is een wet met ingangsdatum 1 januari 2018³³⁰. Stilgestaan wordt bij verschillende ontwikkeling(en) die invloed kunnen hebben op de effectiviteit van de geïmplementeerde algemene antimisbruikbepaling.³³¹ Voor gevonden knelpunten worden aanbevelingen gedaan. De volgende deelvraag staat centraal:

³²⁹ Zie voor nadere toelichting van deze criteria het toetsingskader in paragraaf 1.3. Daarnaast wordt gebruik gemaakt van de bevindingen uit hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4 van de vergelijkingen met de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn zowel als met het leerstuk van *fraus legis*.

³³⁰ Ministerie van Financiën, Brief over coöperaties en dividendbelasting, 20 september 2016.

³³¹ Zie ook Europese Commissie, Corporate tax reform package, 25 oktober 2016.

https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/corporate-tax-reform-package_en_en

➔ *Is de gekozen implementatie binnen de nationale wet effectief in het bijdragen aan het behalen van het doel van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn?*

5.2 Neutraliteit

Om de effectiviteit van de geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn te toetsen wordt allereerst gelet op de *neutraliteit*. Daarvoor is van belang dat de bepaling niet dusdanig ruim wordt geformuleerd dat er ook situaties onder vallen waarin geen sprake is van misbruik. Dat heeft mogelijk overkill of strijdigheid met EU-recht tot gevolg. Nu zal een beoordeling plaatsvinden aan de hand van de wijzigingen in de nationale wetgeving en het bereik daarvan. Het is immers ook niet de bedoeling dat “richtlijnshopping”³³² gaat plaatsvinden tussen de verschillende lidstaten, indien het voor een belastingplichtige – of via een tussenhoudster – dermate gunstiger is onder toepassing van de richtlijn in een andere lidstaat te vallen.

5.2.1 Te bestrijden misbruikssituaties

In hoofdstuk 4 is onderzocht in welke situaties de geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn misbruik dient te bestrijden. Daaruit is af te leiden dat op grond van de richtlijn geen specifieke toelichting is gegeven op de situaties die bestreden dienen te worden.³³³ Indien wordt gelet op de artikelsgewijze toelichting bij de implementatie van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn in de nationale wetgeving, dan is wel benoemd in welke situaties de geïmplementeerde antimisbruikbepaling niét van toepassing is.³³⁴

Wat allereerst opgemerkt kan worden is dat het onderscheid tussen een aanmerkelijk belang voor art. 17 lid 3 sub b Wet VPB dat wel of niet tot het ondernemingsvermogen behoort komt te vervallen. In de moeder-dochterrichtlijn wordt daartoe immers ook geen onderscheid gemaakt. Kanttekening daarbij is mijns inziens dat alle gevallen onder de antimisbruikbepaling kunnen vallen, wat tot overkill kan leiden. Toch is goedgekeurd dat een aanmerkelijk belang dat tot het ondernemingsvermogen behoort, een aanwijzing is voor het aanwezig zijn van een niet kunstmatige constructie.³³⁵ Constructies die niet onder het toepassingsbereik van de antimisbruikbepaling dienen te vallen, behoren gebaseerd te zijn op zakelijke grondslagen. Een

³³² Voorstel Europese Commissie, COM(2013) 814 def., Brussel 25 november 2013.

³³³ Wel is een aantal mogelijkheden uitgedacht in de literatuur zoals aangehaald in hoofdstuk 4. Zie daarvoor G.F. Boulogne, *Lessen uit de EU-Fusierichtlijn*, NTFR 2016/11.

³³⁴ Beschreven in de Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015. Zie ook Kamerstukken II, 2015/16, 34 306, nr. 3.

³³⁵ Zie de Nota naar aanleiding van het verslag. Kamerstukken II, 2015/16, 34 306, nr. 6, p. 6.

aanmerkelijk belang dat tot het ondernemingsvermogen wordt gerekend valt daaronder. Daarnaast kan het houden van het aanmerkelijk belang een geldige zakelijke reden zijn indien een tophouder een werkelijke functie heeft. Dat kan het geval zijn wanneer de tophouder activiteiten verricht op bestuurlijk, beleidsvormend of financieel terrein als onderdeel van de bedrijfsuitoefening. Ook wanneer er een tussenhoudster bestaat kan sprake zijn van zakelijke redenen, indien deze een schakelfunctie vervult. Een schakelfunctie houdt in dat een tussenhoudster zorgt voor een link tussen de bedrijfsmatige activiteiten van de moedervennootschap en de activiteiten van de kleindochtervennootschap(pen).³³⁶ Daarbij dient ten aanzien van de tussenhoudster wel voldoende substance aanwezig te zijn. Wanneer sprake is van onvoldoende substance kan de algemene antimisbruikbepaling toepassing vinden. Vóór de implementatie van de antimisbruikbepaling was substance geen vereiste voor de tussenhoudster met een schakelfunctie, wat mijn inziens de aanscherping van art. 17 lid 3 sub b Wet VPB omvat. Om te bepalen of er voldoende substance aanwezig is wordt getoetst of indien de houdstervennootschap in Nederland zou zijn gevestigd, is voldaan aan de substancevoorwaarden die gelden voor een ATR-verzoek ten aanzien van de activiteiten van desbetreffende vennootschap.³³⁷ Deze toets vindt plaats op het niveau van de directe tussenhoudster.³³⁸

De implementatie van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn heeft ook deels plaatsgevonden in art. 1 lid 7 Wet DB. Het zevende lid van art. 1 Wet DB is sinds 2012 te zien als een antimisbruikbepaling, waarmee voorkomen dient te worden dat coöperaties worden gebruikt om dividendbelasting te ontgaan. Dit heeft plaatsgevonden in samenhang met wijzigingen in art. 17 lid 3 sub b Wet VPB.³³⁹ Een coöperatie kan door art. 1 lid 7 Wet DB inhoudingsplichtig worden voor de dividendbelasting. Evenals voor art. 17 lid 3 sub b Wet VPB geldt dat het onderscheid vervalt voor het wel of niet behoren tot het ondernemingsvermogen van, in het geval van een coöperatie, de lidmaatschapsrechten. Om niet onder de toepassing van art. 1 lid 7 Wet DB te vallen dient sprake te zijn van zakelijke redenen. Daartoe dient de coöperatie reële economische betekenis te hebben. Het drijven van een onderneming is daarvoor van belang. Gespecificeerd wordt dit door te letten op de definitie van een onderneming. Het gaat om een materiële onderneming, ofwel een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal met een winstogmerk en deelname aan het economische verkeer.

³³⁶ Zie voor een uitleg van de schakelfunctie ook Kamerstukken II, 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 59.

³³⁷ Besluit van 12 juni 2014, nr. DGB 2014/3099.

³³⁸ Hier wordt nader op ingegaan in paragraaf 5.4.3.

³³⁹ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 17.

Voorbeelden die daaraan bijdragen zijn: het bestaan van werknemers in loondienst en het hebben van een kantoorruimte om zodanig een onderneming te kunnen drijven. Overeenkomstig met art. 17 lid 3 sub b Wet VPB, geldt dat wanneer een lidmaatschap dat tot het ondernemingsvermogen behoort van zakelijke redenen sprake zal zijn. Hetzelfde geldt voor een coöperatie met een schakelfunctie indien deze voldoende substance in Nederland heeft.³⁴⁰ Het voldoen aan de substancevoorwaarden is een belangrijk punt. Het is volgens de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) onredelijk dat ingeval boven de tussenhoudster bij een aandeelhouder in hetzelfde land wel voldoende substance bestaat, maar voorsnog de antimisbruikbepaling van toepassing kan zijn. In dat geval dus niet op het niveau van de directe tussenhoudster die het aanmerkelijk belang houdt. Wanneer op grond van onvoldoende substance voordelen op grond van de moeder-dochterrichtlijn worden geweigerd, is dat enigszins een ongewenste uitwerking van de richtlijn. Het puur kijken naar de directe tussenhoudster betekent dat een structuur waarboven wel degelijk sprake is van economische activiteiten, onterecht geen gebruik kan maken van de moeder-dochterrichtlijn. Op grond van de richtlijn zouden winstuitkeringen immers onbelast behoren te blijven. Op landniveau de substancevoorwaarden toepassen kan dat mogelijk maken.

Verder kan tussen de lidstaten ook verschil bestaan in de wijze van implementatie van de richtlijn. Het is niet de bedoeling dat daarmee een mogelijkheid tot belastingontwijking ontstaat doordat een andere lidstaat de richtlijn minder streng uitlegt met de implementatie.³⁴¹ Dit is door de Europese Commissie aangeduid als “richtlijnshopping”. Daartoe is gesteld dat de richtlijn op gelijke wijze dient te worden geïmplementeerd in alle lidstaten. De lidstaten hebben daardoor allen eenzelfde antimisbruikbepaling binnen de nationale wetgeving. Mogelijk bestond daarvoor immers geen antimisbruikbepaling in binnen de nationale wetgeving of een minder strenge bepaling ter bestrijding van misbruik. Mijns inziens draagt dat in beginsel ook bij aan neutraliteit tussen de lidstaten als geheel, aangezien de antimisbruikbepaling in elke lidstaat van toepassing is op gelijke situaties. Daarentegen kunnen er naar mijn mening voorsnog verschillen ontstaan in de toepassing en uitwerking van de antimisbruikbepaling door een iets andere invulling van de antimisbruikbepaling bij de implementatie en als desbetreffende situaties niet geheel duidelijk zijn. De lidstaten hebben daartoe ook nog enige vrijheid. Overkill, maar ook underkill, ten aanzien van een andere lidstaat kan daar het gevolg van zijn.

³⁴⁰ Zie de Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015, p. 11.

³⁴¹ Voorstel Europese Commissie, COM(2013) 814 def., Brussel 25 november 2013.

5.2.2 Specifieke of algemene antimisbruikbepaling

Binnen de moeder-dochterrichtlijn is gekozen voor een algemene antimisbruikbepaling. Het is een minimumbepaling. Doel is te zorgen voor meer consistentie in de toepassing van antimisbruikbepalingen in de lidstaten.³⁴² Verder is de keuze voor een algemene antimisbruikbepaling niet nader toegelicht.³⁴³

Een andere mogelijkheid is immers de keuze voor een specifieke antimisbruikbepaling. Daarmee kan een specifiek geval van misbruik bestreden worden. Daartoe dienen vaak objectieve criteria die nauwkeurig zijn opgesteld om desbetreffende gevallen van misbruik tegen te gaan. Door de duidelijk gestelde eisen van de specifieke antimisbruikbepaling wordt belastingplichtigen rechtszekerheid geboden. Echter kan daardoor juist van die rechtszekerheid gebruik gemaakt worden om constructies op te zetten die net niet onder het toepassingsbereik van de specifieke antimisbruikbepaling vallen. Ondanks dat de bepaling gedetailleerd wordt opgesteld, zullen er mogelijkheden bestaan van belastingontwijking die daar buiten vallen terwijl economisch gezien de antimisbruikbepaling van toepassing zou moeten zijn. Immers kunnen niet alle gevallen in de specifieke antimisbruikbepaling worden opgenomen. Daardoor kan de keuze voor een specifieke antimisbruikbepaling niet zo effectief uitwerken. Wanneer de bepaling niet cumulatieve criteria bevat kan de effectiviteit enigszins toenemen. Daarbij dient bij de specifieke antimisbruikbepaling wel opgelet te worden dat de bepaling niet te nauwkeurig wordt, zodat deze erg complex wordt in de toepassing van de wetgeving in de praktijk. Bepaalde situaties kunnen buiten de specifieke antimisbruikbepaling vallen, wat als gevolg kan hebben dat sprake is van underkill. Een voorbeeld van een specifieke antimisbruikbepaling is art. 10a Wet VPB als zijnde een renteaftrekbepaling. Dit artikel wordt gezien als een gedeeltelijke codificatie van het leerstuk van *fraus legis*. Het is een gedetailleerde bepaling, wat ook geldt voor andere renteaftrekbepalende bepalingen binnen de nationale wetgeving.³⁴⁴

De algemene antimisbruikbepaling kenmerkt zich door het niet strikt vormgeven van gevallen die wel of niet onder het toepassingsbereik van de bepaling vallen. De wetgeving zal daarom in dit geval niet complex hoeven zijn. Toch is het toepassingsbereik van een algemene antimisbruikbepaling groot en kunnen veel constructies eronder geschaard worden. Subjectiviteit speelt bij een algemene antimisbruikbepaling een grote(re) rol. Dat leidt voor

³⁴² Kamerstukken II, 2015/16, 34 306, nr. 3.

³⁴³ Zie onder meer de preambule bij de RICHTLIJN (EU) 2015/121 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.

³⁴⁴ Met ingang van 1 januari 2016 is in art. 13 lid 17 Wet VPB, ook door een wijziging in de moeder-dochterrichtlijn om dubbele niet-heffing te voorkomen, opgenomen dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is indien er ook sprake is van onder meer een renteaftrek.

belastingplichtigen daarentegen wel in aanzienlijke mate tot rechtsonzekerheid.³⁴⁵ Toch bestaat in de strijd om belastingontwijking tegen gaan met de algemene antimisbruikbepalingen meer mogelijkheden om bepaalde situaties onder het toepassingsbereik van de bepaling te doen vallen. Daarentegen is het niet de bedoeling dat er overkill ontstaat. Bepaalde situaties kunnen mogelijk onder de bepaling vallen terwijl dat onterecht is.³⁴⁶

In wezen hebben de specifieke- en algemene antimisbruikbepaling tegengestelde voor- en nadelen. De algemene antimisbruikbepaling, als in de moeder-dochterrichtlijn, is mijns inziens een betere mogelijkheid ter bestrijding van meer gevallen van belastingontwijking. Daartoe dient wel rekening gehouden te worden met het bieden van enige mate van rechtszekerheid voor belastingplichtigen, wat in de volgende paragraaf aan bod komt.

5.2.3 Vermoeden en tegenbewijsmogelijkheid

De algemene antimisbruikbepaling dient gevallen van belastingontwijking te bestrijden. In de vaststelling van desbetreffende gevallen is niet gekozen voor het opnemen van een vermoeden en tegenbewijsmogelijkheid. Dat is bijvoorbeeld in art. 10a Wet VPB wel gebeurd, waarmee rente in aftrek niet beperkt hoeft te worden. Het ontbreken van het aannemelijk maken van een dergelijk vermoeden en bovenal de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs kan leiden tot gevallen waarin sprake is van overkill.

Als het gaat om de bewijslast binnen het fiscale procesrecht, dan wordt de vrije bewijsleer als uitgangspunt genomen. Kort omschreven houdt dit in dat de keuze aan de rechter vrij is voor wat betreft de bewijsmiddelen, de waardering daarvan en de daaruit voortvloeiende bewijsgronden.³⁴⁷ In de AWR en in de Awb is daar in beperkte mate iets over vastgelegd.³⁴⁸ Wanneer het bijvoorbeeld gaat om de toepassing van het leerstuk van *fraus legis* bij het ingenomen standpunt van de inspecteur³⁴⁹, is het aan de inspecteur om aannemelijk te maken dat de belastingplichtige voldoet aan het subjectieve vereiste.³⁵⁰ Vervolgens kan de belastingplichtige aantonen dat sprake is van een ander doorslaggevend niet-fiscaal motief. Het

³⁴⁵ Dat komt het nationale belastingstelsel niet ten goede. Bovendien kan rechtsonzekerheid ook leiden tot onzekere inkomsten voor de overheid. Zie ook G.J.M. Corstens, 'Rechtszekerheid en rechtsbescherming', WFR 2016/141.

³⁴⁶ Er bestaan wellicht wel mogelijkheden om een constructie op zetten buiten het toepassingsbereik van de antimisbruikbepaling om.

³⁴⁷ F.J.P.M. Haas en D.N.N. Jansen, *Bewijs in belastingzaken*, TFB 2009/02.

³⁴⁸ G.J.M.E. de Bont, *Hoor en wederhoor en de (officiële) tussenuitspraak bij bewijsvermoedens*, WFR 2003/880.

³⁴⁹ Omkering van bewijslast kan ook plaatsvinden in bepaalde gevallen. Dit kan als sanctie werken indien een belastingplichtige in eerste instantie niet meewerkt of voldoet aan gestelde verplichtingen ten aanzien van bijvoorbeeld de belastingaangifte en het verstrekken van informatie daartoe. Zie onder meer E.B. Pechler, *Omkering van de bewijslast*, NTFR 2008/26.

³⁵⁰ Zie onder meer Hoge Raad, 7 december 1983, nr. 22 134, BNB 1984/12.

leerstuk van fraud legis is een algemeen leerstuk. Toch wordt door de voorwaarde voor toepassing van het leerstuk op grond van specifieke situaties getoetst, door het subjectieve vereiste. Dat geldt niet voor alle misbruikvermoedens in de Wet VPB.³⁵¹ Zo dus ook voor geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn, welke deels in de Wet VPB is opgenomen. Alhoewel op grond van de nationale wetgeving en gewezen rechtspraak wellicht geen verplichting geldt om in alle gevallen de mogelijkheid van het aannemelijk maken van een vermoeden en daartoe een tegenbewijsmogelijkheid te bieden, dient dat niet te leiden tot strijdigheid met het EU-recht. Indien binnen de nationale wetgeving een gebrek is aan een voorgeschreven vorm voor een antimisbruikbepaling, dan wordt per geval getoetst of in dat geval mogelijk strijdigheid met het EU-recht bestaat. Voor het Hof van Justitie is het van belang dat het gaat om een bepaling die specifiek of algemeen is opgesteld, maar de toetsing in dat geval wel plaatsvindt op grond van specifieke situaties.³⁵² Wanneer het algemene vermoeden betreft bestaat mogelijk strijdigheid met het EU-recht. Daartoe bestaat een uitzondering wanneer de belastingplichtige de mogelijkheid heeft tegenbewijs te leveren door niet-fiscale motieven aan te mogen dragen.³⁵³

Bovenstaande is van toepassing op nationale antimisbruikbepalingen. De algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn is geïmplementeerd in de nationale wetgeving bestaande antimisbruikbepalingen ten aanzien van de buitenlandse belastingplicht voor de Wet VPB en de mogelijke belastingplicht voor de coöperatie op grond van de Wet DB. Mijns inziens is het ongewenst dat bij de implementatie van de antimisbruikbepaling geen bewijsvermoeden en tegenbewijsmogelijkheid is opgenomen. Het betreft hier een algemene antimisbruikbepaling. Door de algemene formulering kunnen veel situaties onder de bepaling vallen, waar het ook kan gaan om niet-misbruiksituaties. Het is dan naar mijn mening de vraag of het Hof van Justitie het ontbreken daarvan gerechtvaardigd vindt. Op grond van wat hieraan voorafgaand is toegelicht is af te leiden dat het niet het geval hoeft te zijn.

Gelet op het toetsingscriterium van neutraliteit is van belang dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden en ongelijke gevallen ongelijk. Een onderscheid kunnen maken tussen wel en niet onder misbruik vallende situaties is daarvoor nodig. Een bewijsvermoeden en een tegenbewijsmogelijkheid is ook daarom gewenst. Naar aanleiding van de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015, is daar door het Register Belastingadviseurs ook commentaar op geleverd. Aanbevolen is een

³⁵¹ J.J.A.M. Korving L.L.M., Misbruik en primair EU-recht, TFO 2013/125.3.

³⁵² D.M. Weber, Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, WFR 2004/1251.

³⁵³ J.J.A.M. Korving L.L.M., Misbruik en primair EU-recht, TFO 2013/125.3.

nadere toelichting en voorbeelden. Zoals in hoofdstuk 3 is gebleken, is het daartoe niet gekomen. Gesteld is dat problemen verwacht kunnen worden ten aanzien van de verweermogelijkheden van de belastingplichtige met een wetsingang. Dat kan het geval zijn wanneer de inspecteur het standpunt zal innemen dat geen sprake is van zakelijke overwegingen.³⁵⁴

5.3 Doeltreffendheid

Om de effectiviteit van de geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn te toetsen wordt als tweede criterium gelet op de *doeltreffendheid*. De invoering van de algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn heeft tot doel een brede en gecoördineerde aanpak van belastingontwijking te bewerkstelligen. Dat gebeurt naast de aanpak van gevallen van hybride leningen met als gevolg dubbele (niet-)heffing. Hiervoor wordt mede gelet op de automatische informatie-uitwisseling³⁵⁵ tussen de lidstaten. Om internationale handelingen die gevolgen hebben voor de belastingheffing te volgen is dat van belang. Daarmee kan zowel mogelijke dubbele niet- als wel-heffing zichtbaar worden. Daarnaast kan door transparantie een bijdrage geleverd worden aan de brede aanpak van internationale belastingontwijking via de algemene antimisbruikbepaling. Tegenover de doeltreffendheid van de antimisbruikbepaling staat desalniettemin dat de bepaling in uitvoerbaarheid kan afnemen.³⁵⁶

5.3.1 Internationale informatie-uitwisseling

Teneinde te komen tot een brede en gecoördineerde aanpak van belastingontwijking kan internationale informatie-uitwisseling een bijdrage leveren. De transparantie ten aanzien van fiscale transacties tussen landen kan belastingontwijking zichtbaar maken. Daartoe zijn verschillende maatregelen getroffen in Europees en internationaal verband. Daarbij speelt de uitvoerbaarheid van het gebruik van alle uitgewisselde informatie een rol en of daar de capaciteit voor is. De verkeersvrijheden binnen Europa en de globalisering met betrekking tot landen buiten Europa zorgen er immers voor dat geldstromen daarbinnen eenvoudig verplaatsen.³⁵⁷ Op Europees vlak is de Bijstandsrichtlijn³⁵⁸ van toepassing. Deze richtlijn heeft

³⁵⁴ Register Belastingadviseurs, Reactie RB op het pakket Belastingplan 2016, p. 19.

³⁵⁵ L.J.A. Pieterse, Internationale uitwisseling van informatie, WFR 2015/979.

³⁵⁶ Gedetailleerdere wetgeving en verhoogde administratieve lasten dragen immers bij aan de doeltreffendheid van een bepaling, maar verlagen de uitvoerbaarheid van de bepaling.

³⁵⁷ OECD, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information, 2014.

³⁵⁸ Richtlijn 2011/16/EU van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG. Richtlijn 77/799/EEG Richtlijn van 19 december 1977 betreft bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen en heffingen op verzekeringspremies.

als doel om belastingontwijking en belastingfraude tegen te gaan. Dit door middel van wederzijdse bijstand bij de belastingheffing. Zo kan de belastinggrondslag op een juiste wijze worden bepaald, waardoor de belastingstelsels van de verschillende landen goed werken en dubbele heffing voorkomen kan worden. De informatie-uitwisseling kan plaatsvinden op verzoek, automatisch of spontaan.³⁵⁹ Met ingang van 1 januari 2015 is de gewijzigde Bijstandsrichtlijn in de nationale wetgeving geïmplementeerd. Deze is gericht op de verplichte overgang naar automatische informatie-uitwisseling.³⁶⁰ Op internationaal gebied is door de OESO ook aandacht besteed aan informatie-uitwisseling. Zo bevat het OESO-modelverdrag in art. 26 een bepaling betreffende informatie-uitwisseling. Verder is het BEPS actieplan in actiepunt 13 het startpunt van de country-by-country reporting (hierna: CbCr) systematiek. In juni 2015 is door de OESO het implementatiepakket gepubliceerd voor de CbCr wetgeving. Binnen de nationale wetgeving is de CbCr terug te vinden in art. 29b tot en met art. 29h Wet VPB als zijnde het verstrekken van een landenrapport. Daartoe dienen belastingplichtigen als groepsentiteit in Nederland ook een groepsdossier en lokaal dossier in de administratie op te nemen. Deze rapporten kunnen tussen landen worden uitgewisseld waarmee informatie over de fiscale positie van entiteiten zichtbaar wordt. De Europese Commissie heeft op 28 januari 2016 het Anti Tax Avoidance Package (hierna: ATAP) gepubliceerd. Daartoe is een voorstel opgenomen dat ziet op de verplichte automatische informatie-uitwisseling.³⁶¹ Het voorstel is op 25 mei 2016 aangenomen en van kracht met ingang van 1 januari 2017. Op deze manier kan op uniforme wijze informatie-uitwisseling tot stand komen.³⁶² Dat draagt bij aan de doeltreffendheid van de antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn door de transparantie die daaruit voortkomt.³⁶³ Toch blijft de vraag of de stroom aan inlichtingen door de belastingdiensten verwerkt kan worden.³⁶⁴ De uitvoerbaarheid speelt daarbij mijns inziens een belangrijke rol. In discussies tussen de belastingdienst en belastingplichtige zal de onderling

³⁵⁹ Automatische informatie-uitwisseling vindt met ingang van 1 januari 2014 al plaats in de Verenigde Staten voor financiële informatie op grond van de daar geldende FACTA wetgeving. Informatie uitwisseling op verzoek vindt bijvoorbeeld plaats tussen landen waarmee Nederland een Tax Information Exchange Agreement, ofwel TIEA, heeft gesloten. Zie ook C. van Raad en M.F. de Wilde, *Cursus Belastingrecht* IBR.3.5.3.c Internationale samenwerking tussen belastingadministraties laatste jaren verder versterkt.

³⁶⁰ Idem. Deze richtlijn is in 2014 aangepast: Richtlijn 2014/107/EU van 9 december 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied.

³⁶¹ Europese Commissie, Voorstel voor een RICHTLIJN VAN DE RAAD tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied, 28 januari 2016, COM(2016) 25 final.

³⁶² A.H. Kolner RA, Art. 29b Wet VPB 1969 Definities country-by-country reporting, NDFR Commentaar.

³⁶³ M.L. Schippers, FACTA en automatische uitwisseling van informatie, WFR 2014/102.

³⁶⁴ R.E.C.M. Niessen, Internationale fiscale informatie-uitwisseling in een stroomversnelling, FTV 2016/02.

verstrekke informatie³⁶⁵ in mijn optiek van belang zijn om een vermoeden³⁶⁶ van belastingontwijking te kunnen aantonen of te ontkrachten.³⁶⁷

5.3.2 Dubbele wel-heffing

Op 25 oktober 2016 is een pakket aan maatregelen gepubliceerd om de vennootschapsbelasting vanaf EU niveau te hervormen.³⁶⁸ Daarin is door de Europese Commissie ook een voorstel tot een richtlijn opgenomen om tot een oordeel te komen ingeval van geschillen omtrent dubbele belastingheffing. Naar mijn mening wordt met de internationale druk om belastingontwijking tegen te gaan een zwaarder gewicht toegekend aan het voorkomen van gevallen van bijvoorbeeld dubbele niet-heffing. Daartoe dient mijns inziens niet vergeten te worden dat maatregelen ook kunnen leiden tot dubbele wél-heffing. De Europese Commissie onderkent dat met dit voorstel.

Dubbele belastingheffing kan ook het geval zijn ten aanzien van de geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn. Indien sprake is van misbruik kan economische dubbele belasting voorkomen worden door een step up te verlenen ten aanzien van de aanmerkelijk belang aandelen. De waardeaanwinst van de aandelen vóórdat de buitenlandse belastingplicht aanving voor de (nieuwe) aanmerkelijk belanghouder voor art. 17 lid 3 sub b Wet VPB wordt zo niet nogmaals door Nederland in de heffing betrokken. De NOB raadt dit aan voor belastingplichtigen die eerder niet onder deze bepaling vielen. Het kabinet heeft daar gehoor aan gegeven. De verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang in desbetreffende situaties kan daarom op de waarde in het economisch verkeer worden gesteld.

5.3.3 Situaties buiten de EU

Op 28 januari 2016 is een voorstel gedaan tot een Europese antimisbruikbepaling, de ‘anti tax avoidance directive’ (hierna: ATAD (I)). In mei 2016 is dat voorstel aangenomen. De implementatie van de antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn heeft plaatsgevonden binnen de buitenlandse belastingplicht, waartoe impliciet de reikwijdte wordt uitgebreid naar vennootschappen buiten de EU. Een algemene aanpak ter bestrijding van belastingontwijking kan mogelijk tot meer resultaat leiden. De aangenomen ATAD (I) kan daar wellicht voor zorgen. De ATAD (I) kent in artikel 6 een algemene antimisbruikbepaling. Deze

³⁶⁵ Deze informatie is op te vragen op grond van art. 47 AWR en verder.

³⁶⁶ Het is daarom ook van belang dat belastingplichtigen deze mogelijkheid krijgen.

³⁶⁷ Op 6 oktober 2015 is immers ook een akkoord bereikt ten aanzien van het automatisch uitwisselen van informatie met betrekking tot grensoverschrijdende rulings. Het betreft zogenoemde Advance Pricing Agreements (APA's) en Advance Tax Rulings (ATR's). Daartoe is de Bijstandsrichtlijn (Richtlijn 2011/16/EU) uitgebreid.

³⁶⁸ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3471_nl.htm

kan mogelijk als algemene basis dienen voor de vennootschapsbelasting, maar wel binnen de EU. De antimisbruikbepaling lijkt op de antimisbruikbepaling zoals deze in de moeder-dochterrichtlijn en andere richtlijnen is opgenomen. De uiterste implementatiedatum is 31 december 2018.³⁶⁹

5.4 Doelmatigheid

Om de effectiviteit van de geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn te onderzoeken is het derde criterium waaraan getoetst wordt de *doelmatigheid*. De doelmatigheid wordt getoetst door na te gaan of de algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn de kortste route is om ervoor te zorgen dat het doel om belastingontwijking te bestrijden met de wijze van implementatie gehaald wordt.³⁷⁰ Hiervoor wordt mede gelet op de wijze van implementatie in de nationale wetgeving vanuit de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn. Daaruit is een aantal lessen te trekken. Verder bestaat de mogelijkheid tot de toepassing van het leerstuk van *fraus legis*. Tot slot wordt in hoofdlijnen een recente ontwikkeling besproken, te weten: de mogelijke inhoudingsplicht voor coöperaties ten aanzien van de dividendbelasting.

5.4.1 *Fraus legis*

Beperkingen binnen de nationale wetgeving die zien op elke situatie, zonder daartoe rekening te houden met de intentie van de belastingplichtige, worden door het Hof van Justitie als te algemeen ondervonden. In desbetreffende gevallen wordt namelijk geen rekening gehouden met specifieke gevallen waarin sprake kan zijn van belastingontwijking. Deze bepalingen kunnen daarom niet gerechtvaardigd worden met het oog op bestrijding van misbruik.³⁷¹ Wanneer het antimisbruikbepalingen betreft welke specifiek van toepassing zijn indien het belastingontwijking betreft, zullen wel worden toegestaan op grond van het EU-recht. Het moet wel gaan om antimisbruikbepalingen die aansluiten bij specifieke voorwaarden van te bestrijden misbruik.³⁷² Een nationale antimisbruikbepaling dient daarom niet onevenredig te zijn. Het bepalen of sprake is van evenredigheid is overgelaten aan de nationale rechter. Daaronder kan ook het nationale leerstuk van *fraus legis* geschaard worden. Naar aanleiding

³⁶⁹ RICHTLIJN (EU) 2016/1164 VAN DE RAAD van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

³⁷⁰ Vakstudie Nieuws, Antimisbruikbepaling in EU moeder/dochterrichtlijn, V-N 2014/64.12.

³⁷¹ Zie bijvoorbeeld de zaak Lankhorst-Hohorst, waar het een Duitse renteaftrekbeperking betreft. Hof van Justitie, 12 december 2002, C-324/00, ECLI:EU:C:2002:749.

³⁷² Zie bijvoorbeeld de zaak Glaxo Wellcome. Hof van Justitie, 17 september 2009, C-182/08, V-N 2009/47.20.

van de zaak Cadbury Schweppes³⁷³ is het ook mogelijk om een algemene antimisbruikbepaling te hanteren.

Wanneer het specifieke antimisbruikbepaling in de wet betreft, kan het leerstuk van *fraus legis* daarna niet meer van toepassing zijn.³⁷⁴ Wat niet onder de specifieke antimisbruikbepaling wordt geschaard is kennelijk wel toegestaan. Een algemene antimisbruikbepaling in de wet of het leerstuk van *fraus legis* kan dan wel mogelijke gaten binnen een specifieke antimisbruikbepaling dichten.³⁷⁵

Bovenal biedt art. 1 lid 2 (oud) welke nu is opgenomen in lid 4 van art. 1 van de moeder-dochterrichtlijn³⁷⁶ mijns inziens nog de mogelijkheid voor lidstaten om nationale of verdragsrechtelijke voorschriften van toepassing te laten zijn in de strijd tegen misbruik. De richtlijn vormt daartoe geen belemmering. De geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn kan gezien worden als nog een mogelijkheid om belastingontwijking tegen te gaan.³⁷⁷ Art. 1 lid 4 (nieuw) van de moeder-dochterrichtlijn biedt lidstaten vooralsnog de mogelijkheid om nationale of verdragsrechtelijke antimisbruikvoorschriften te hanteren. In nationaal verband kan het leerstuk van *fraus legis* daartoe gerekend worden. De vrije keuze is dan aan de lidstaten om niet via de geïmplementeerde antimisbruikbepaling het misbruik aan te pakken. Dat geldt ook voor het Europese leerstuk van misbruik van recht. Daar kan altijd nog een beroep op worden gedaan waardoor een aparte antimisbruikbepaling in een richtlijn niet noodzakelijk is.³⁷⁸

De algemene antimisbruikbepaling leidt er bij toepassing toe dat bronbelasting over uitgekeerd dividend niet afwezig blijft of ontvangen dividend niet vrijgesteld is. Dat dient het belastingvoordeel door toepassing van de moeder-dochterrichtlijn te weerspiegelen. In grensoverschrijdende situaties leidt de moeder-dochterrichtlijn eigenlijk direct tot een belastingvoordeel wat dan ook de bedoeling is en ook al het geval kan zijn op grond van een gesloten belastingverdrag. Of het belastingvoordeel het motief is van de belastingplichtige moet worden vastgesteld. Daarnaast dient dan nog getoetst te worden of sprake is van strijdigheid met doel en strekking van de moeder-dochterrichtlijn. Verder dient sprake te zijn van strijdigheid met doel en strekking van de moeder-dochterrichtlijn. Hoe deze toetsing plaats kan

³⁷³ Hof van Justitie, 12 september 2006, C-196/04, V-N 2006/49.15.

³⁷⁴ Hoge Raad, 16 september 1992, nr. 27 162, BNB 1993/223.

³⁷⁵ Zie bijvoorbeeld Hoge Raad, 23 mei 2014, nr. 12/05645, BNB 2014/171(-178).

³⁷⁶ Richtlijn 2015/121/EU.

³⁷⁷ R.P.C.W.M. Brandsma, Cursus Belastingrecht EBR.7.1.4.B.a, Algemeen.

³⁷⁸ R.P.C.W.M. Brandsma, Cursus Belastingrecht EBR.7.1.4.B.c, Nationaal- of verdragsrechtelijke antimisbruikbepaling.

vinden is nog niet duidelijk. Dat geldt eveneens voor de toets van een kunstmatige constructie.³⁷⁹

5.4.2 Kritiek fusierichtlijn en interest- en royaltyrichtlijn

Hoofdstuk 3 van dit onderzoek staat geheel in het teken van de vergelijking tussen de implementatie van antimisbruikbepalingen vanuit de interest- en royaltyrichtlijn, de fusierichtlijn en de moeder-dochterrichtlijn. Aangezien is gebleken dat de implementatie van de antimisbruikbepaling uit de interest- en royaltyrichtlijn niet geïmplementeerd is binnen de nationale wetgeving, zal nu een toetsing voor doelmatigheid plaatsvinden aan de hand van de geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn. Deze sluit immers grotendeels aan bij de antimisbruikbepaling implementatie vanuit de moeder-dochterrichtlijn.³⁸⁰

Voor bepaalde afwijkingen in de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn en in de moeder-dochterrichtlijn zie ik geen reden. De geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn bevat geen mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs. In paragraaf 5.2.3 is dat ook aan bod gekomen. Het is naar mijn mening niet redelijk dat de moeder-dochterrichtlijn de mogelijkheid niet bevat. Het is een essentieel punt binnen antimisbruikwetgeving om te komen tot een rechtvaardige uitwerking. Daarom is het opnemen van een mogelijkheid om tegenbewijs te leveren in mijn optiek terecht. Aan de andere kant kan verschil in termen volgens mij verklaard worden doordat de antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn jaren eerder is opgenomen. Daarna is in Europese rechtspraak het leerstuk van misbruik van recht verder uitgewerkt. De antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn sluit daar (meer) op aan.

Doelmatiger was het mijns inziens geweest om aan te sluiten bij duidelijkheden ten aanzien van de implementatie van de antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn en onduidelijkheden te verduidelijken. Zo was naar mijn mening een les te leren uit de kritiek³⁸¹ op de geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn. In het door Boulogne³⁸² geschreven artikel betreffende lessen die getrokken kunnen worden uit de fusierichtlijn, zoals eerder aangehaald, wordt een aantal punten genoemd welke ook van belang kunnen zijn voor de geïmplementeerde algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn. Toch is evenals bij de fusierichtlijn geen sprake van een scherp geformuleerd doel. Doordat de antimisbruikbepaling een minimum bepaling is kan het harmoniserende effect tussen de

³⁷⁹ R.P.C.W.M. Brandsma, Cursus Belastingrecht EBR.7.1.4.B.b, Algemene anti-misbruikbepaling. Immers is het begrip kunstmatige constructie ruimer dan de gehanteerde term van een volstrekt kunstmatige constructie, zoals wordt aangehaald in de zaak Cadbury Schweppes (C-196/04)

³⁸⁰ Zie het overzicht bij de conclusie van hoofdstuk 3 in tabel 3.6.3.

³⁸¹ G.F. Boulogne, Lessen uit de EU-Fusierichtlijn, NTFR 2016/11.

³⁸² Idem.

lidstaten afwijken. De bepaling kan in bepaalde lidstaten strenger of minder streng uitgelegd worden. Om misbruik als geheel aan te pakken is speling rond de antimisbruikbepaling geen gewenste keuze. Het afbakenen van het toekennen van voordelen is mijns inziens juist wanneer daar duidelijke gronden voor zijn. Daarnaast is met de implementatie van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn het budgettaire effect geschat. In de Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015³⁸³ is beraamd dat het gericht kunnen bestrijden van misbruik, tot een budgettaire opbrengst zal leiden van €10 miljoen. Dat zal structureel gelden voor de komende jaren. Daartegenover is een bedrag aan uitvoeringskosten beoordeeld van €231.000 in 2016 en €158.000 voor de komende jaren. Ten aanzien van de onduidelijkheid omtrent de toepassing van de antimisbruikbepaling betwijfel ik of er daadwerkelijk gericht misbruik bestreden zal worden en de genoemde opbrengsten behaald worden.

5.4.3 Mogelijke dividendbelastingplicht voor coöperaties

De implementatie van antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn heeft plaatsgevonden in art. 17 lid 3 sub b Wet VPB en art. 1 lid 7 Wet DB. Op Prinsjesdag 2016 heeft de Staatssecretaris van Financiën een brief gestuurd aan de Tweede Kamer. Het betreft een meer gelijke behandeling van de BV en NV en de coöperatie voor de dividendbelasting.³⁸⁴ Uit de brief volgt mogelijk een dividendbelastingplicht voor (houdster-)coöperaties. Dit houdt in dat de coöperatie een inhoudingsplichtige wordt als het gaat om dividendbelasting. Het is tot op heden alleen nog een brief waarin door het kabinet wordt aangegeven hoe zij een mogelijk wetsvoorstel zien. Niet in alle gevallen zal inhoudingsplicht voor de dividendbelasting plaatsvinden voor de coöperatie. Art. 1 lid 7 DB zal mogelijk gewijzigd worden. Naar mijn mening kan een frictie ontstaan ten aanzien van het doel om de antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn te implementeren in art. 1 lid 7 Wet VPB en art. 17 lid 3 sub b Wet VPB aangezien deze in samenhang van toepassing zijn.³⁸⁵ Misbruik kan zo wel afnemen. Het is de bedoeling dat het wetsvoorstel eerst nog ter consultatie wordt aangeboden en mogelijk met ingang van 1 januari 2018 in werking treedt.

5.5 Knelpunten en aanbevelingen

Op grond van voorgaande analyse met betrekking tot de toetsingscriteria wordt nu een aantal knelpunten en aanbevelingen toegelicht. Het betreft de volgende punten:

³⁸³ Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015, p. 9.

³⁸⁴ Staatssecretaris van Financiën, Brief Coöperaties en dividendbelasting, 20 september 2016.

³⁸⁵ Zoals is aangegeven in de Memorie van Toelichting bij de Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015.

1. Onduidelijke formulering van het toepassingsbereik;
2. De verweermogelijkheden;
3. Fraus legis als uiterste redmiddel;

Het eerste knelpunt zit mijns inziens in de brede formulering van het doel van de antimisbruikbepaling ten aanzien van welke situaties bestreden dienen te worden. Daartoe is in mijn optiek wel een aantal handvatten gegeven in de memorie van toelichting bij de implementatie van de antimisbruikbepaling. In samenhang met het eerste knelpunt blijft het een tweede knelpunt, dat de inspecteur het standpunt in kan nemen dat bijvoorbeeld geen sprake is van zakelijke overwegingen, zonder dat belastingplichtige een tegenbewijsmogelijkheid heeft. Daartoe dient naar mijn mening wel een mogelijkheid te worden geboden in de geïmplementeerde artikelen zoals dat ook is gedaan bij de implementatie van de algemene antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn. Dat er een belastingvoordeel wordt beoogd is immers inherent aan de moeder-dochterrichtlijn waarmee op een dividenduitkering geen bronbelasting drukt en de ontvangst onbelast blijft. Strijdigheid met doel en strekking van de richtlijn kan dan mijns inziens namelijk wel een geschilpunt zijn. Gelet wordt op het feit of een kunstmatige constructie aan de orde is. Daartoe kan mijns inziens beter aangesloten worden bij de term ‘volstrekt kunstmatige constructie’ zoals door het Hof van Justitie is gehanteerd in de zaak Cadbury Schweppes.³⁸⁶ Bovendien kan de antimisbruikbepaling evenwichtiger uitwerken door substance op landniveau te toetsen.

Een derde knelpunt is wanneer toepassing van een nationaal leerstuk als het leerstuk van fraus legis in een bepaalde situatie mogelijk is. Het is een uiterste redmiddel. Aanpassing van de wetgeving om misbruik te kunnen bestrijden is naar mijn mening daarom een betere optie. Het startpunt van mogelijk misbruik ligt in mijn optiek namelijk in gaten binnen de wetgeving van verschillende landen, waar belastingplichtigen op handige wijze gebruik van proberen te maken. Waar de grens ligt tussen belastingtechnisch de meest gunstige weg kiezen of belastingontwijking is niet duidelijk. In de rechtspraak zal daartoe in specifieke gevallen tot een antwoord gekomen kunnen worden. Om belastingontwijking tegen te gaan is het naar mijn mening gewenst om dat via wetgeving te doen. Toepassing van het leerstuk van fraus legis kan als complement dienen als laatste mogelijkheid om belastingontwijking tegen te gaan. Uitgangspunt is het EU-recht met de geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn.

³⁸⁶ Hof van Justitie, 12 september 2006, C-196/04, V-N 2006/49.15, rechtsoverweging 51.

Bovenal is het naar mijn mening gewenst dat op grond van de ATAD (I) een algemene antimisbruikbepaling is opgenomen, welke als basis kan dienen in de bestrijding van misbruik. De vraag is wel hoe deze zich verhoudt met de antimisbruikbepalingen binnen andere richtlijnen. Deze dienen dan als meer ‘specifieke’ antimisbruikbepalingen daarbinnen.

5.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de effectiviteit van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn getoetst. Op grond van de neutraliteit kan afgeleid worden dat de antimisbruikbepaling een te brede formulering kent. Het toepassingsbereik dient te worden afgebakend om meer recht te doen aan de rechtszekerheid. Wel is aangegeven welke factoren ertoe kunnen leiden dat geen sprake is van misbruik. Verder is een afweging gemaakt tussen een specifieke en een algemene antimisbruikbepaling. De keuze voor een algemene antimisbruikbepaling is gezien de achterliggende gedachte van de bepaling in mijn optiek juist. Om te voorkomen dat daadwerkelijk sprake kan zijn van overkill is het onterecht dat niet gekozen is voor het opnemen van een bewijsvermoeden en de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs. Dit draagt daardoor mijns inziens minder bij aan de neutraliteit van de algemene antimisbruikbepaling.

De doelmatigheid is mede afgeleid uit de mogelijkheden tot informatie-uitwisseling tussen landen. Dat draagt bij aan het zichtbaar maken van mogelijke misbruiksituaties. Zowel dubbele wel als dubbele niet heffing kan daarmee bestreden worden. Bovendien bestaat er samenwerking op zowel Europees als internationaal niveau om misbruik tegen te gaan. Desbetreffende factoren dragen bij aan de doeltreffendheid van de antimisbruikbepaling. Daartoe dient wel gelet te worden op de uitvoerbaarheid en de limiet voor verwerking van alle uitgewisselde informatie bij de belastingdiensten van de verschillende landen.

Voor de doelmatigheid kon wellicht beter gelet worden op kritiek die geuit is naar aanleiding van de geïmplementeerde algemene antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn. Daarmee had voorkomen kunnen worden dat een te breed doel werd opgesteld voor de antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn. Verder bestaat de mogelijkheid wel om het leerstuk van *fraus legis* toe te passen, maar dient het meer als een uiterst redmiddel in het ongeschreven recht. In de rechtspraak en via art. 1 lid 4 van de moeder-dochterrichtlijn blijft daartoe immers een mogelijkheid bestaan. Misbruik bestrijden via wetgeving kan tot een beter resultaat leiden, doordat daar meer zekerheid aan kan worden ontleend.

Wanneer het naar aanleiding van de brief van de Staatssecretaris betreffende coöperaties en dividendbelasting, komt tot inhoudingsplicht voor de dividendbelasting bij coöperaties, kan het

leiden tot een frictie tussen de artikelen waarbinnen de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn is geïmplementeerd. Wanneer de coöperatie in beginsel altijd belastingplichtig is kan dat wel leiden tot een meer doelmatige toepassing van de geïmplementeerde antimisbruikbepaling in de strijd tegen misbruik.

Tenslotte kan de implementatie van de ATAD (I) in de wirwar van antimisbruikmaatregelen binnen de nationale wetgeving mogelijk als een algemene basis dienen, gezien de antimisbruikbepalingen in op meer specifieke onderwerpen betrekking hebbende Europese richtlijnen als de moeder-dochterrichtlijn.

5.6.1 Tabel: overzicht toetsingscriteria effectiviteit

De algemene antimisbruikbepaling	Pluspunten	Minpunten
<i>Neutraliteit</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Toepassingsbereik leidt tot aanpak van veel misbruiksituaties • Algemene aanpak 	<ul style="list-style-type: none"> • Geen bewijsvermoeden en tegenbewijsmogelijkheid
<i>Doeltreffendheid</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Informatie-uitwisseling • Voorkomen dubbele niet-heffing • Buiten de EU 	
<i>Doelmatigheid</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Belastingplicht coöperaties 	<ul style="list-style-type: none"> • Lessen trekken uit andere richtlijn(en) • Fraus legis alleen als uiterste redmiddel

Hoofdstuk 6 – Samenvatting & Hoofdconclusie

De basis voor dit onderzoek betreft waarom de moeder-dochterrichtlijn is ingevoerd en wat de reden is om in deze richtlijn een antimisbruikbepaling op te nemen. De moeder-dochterrichtlijn is voor het eerst in 1992 vormgegeven. De doelstelling van de moeder-dochterrichtlijn is het voorkomen van economische dubbele belasting. De richtlijn ziet op dividenduitkeringen binnen een moeder-dochter verhouding van ten minste 10%. Op het niveau van de moedervereniging dient een vrijstelling te gelden voor de dividendontvangsten. Op het niveau van de dochtervereniging of de vaste inrichting dient een heffing aan de bron uit te blijven. Op deze manier worden grensoverschrijdende dividendtransacties in moeder-dochter verhoudingen niet belemmerd. Binnen het secundaire EU-recht is een richtlijn een manier om regelgeving af te dwingen wanneer in beginsel de 28 lidstaten met een voorstel daartoe instemmen. Op deze manier kan de wetgeving binnen de EU geharmoniseerd worden doordat de lidstaten de richtlijnen, waaronder de moeder-dochterrichtlijn, in de nationale wetgeving dienen te implementeren. Ten aanzien van de moeder-dochterrichtlijn zijn met ingang van 1 januari 2016 twee wijzigingen doorgevoerd. Dit voornamelijk gezien de internationale ontwikkelingen die belastingontwijking betreffen. Zowel de OESO als de EC hebben gelet op onder meer de BEPS problematiek verschillende initiatieven genomen om belastingontwijking tegen te gaan. Om misbruik in geval van mismatches door hybride instrumenten te voorkomen is art. 13 lid 17 in de Wet VPB ingevoerd. Om tot een meer gecoördineerde aanpak van misbruik te komen is daarnaast een algemene antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn opgenomen welke een minimumbepaling vormt voor de implementatie in art. 17 lid 3 sub b van de Wet VPB en art. 1 lid 7 van de Wet DB. Richtlijnen dienen een doel en verlenen daarvoor bepaalde voordelen. Het is daarbij niet de bedoeling dat daar misbruik van gemaakt wordt. Strijdigheden met het EU-recht zijn daarom ook niet toegestaan. Het Hof van Justitie heeft daarin met verschillende zaken criteria tot stand gebracht waarmee getoetst kan worden of er sprake is van misbruik.

Om misbruik van recht binnen de EU vast te stellen dient voldaan te zijn aan een cumulatieve objectieve en subjectieve toets. Indien sprake is van misbruik zullen voordelen uit het EU-recht geweigerd worden. Misbruik kan effectief bestreden worden door een antimisbruikbepaling in een richtlijn op te nemen welke de lidstaten vervolgens zullen overnemen in hun nationale wetgeving. De interest- en royaltyrichtlijn, de fusierichtlijn en de moeder-dochterrichtlijn kennen nu de moeder-dochterrichtlijn met ingang van 1 januari 2016 is aangepast, elk een antimisbruikbepaling. Van misbruik is voor een antimisbruikbepaling in een richtlijn sprake

wanneer het doel van de richtlijn niet gewaarborgd wordt. Daarnaast dient de toepassing van de richtlijn plaats te vinden op grond van zakelijke overwegingen en niet puur gebaseerd op fiscale motieven.

Harmonisatie van wetgeving tussen de lidstaten is een kernstreven binnen de EU. Daarvoor staan lidstaten bepaalde bevoegdheden af aan de EC. De lidstaten hebben bij de vormgeving van de implementatie van een richtlijn met mogelijk een antimisbruikbepaling en de daartoe gebruikte middelen enige vrijheid op grond van art. 288 van het VwEU. Daarnaast geldt hetzelfde buiten de implementatie van antimisbruikbepalingen voor de aanpak van misbruik op grond van nationale bepalingen. De geïmplementeerde antimisbruikbepalingen dienen niet verder te gaan dan nodig om misbruik te bestrijden. Zolang er geen strijdigheden met het EU-recht worden geconstateerd, wordt toepassing van de antimisbruikbepaling geaccepteerd.

Door positieve en negatieve integratie kan tot meer harmonisatie gekomen worden, waarbij negatieve integratie effectiever is gebleken. Hetzelfde geldt voor de antimisbruikbepalingen die behoren tot de interest- en royaltyrichtlijn, de fusierichtlijn en de moeder-dochterrichtlijn. Daartussen bestaat geen overeenstemming, wat ook (deels) doorwerkt bij de implementatie van de antimisbruikbepalingen. De interest- en royaltyrichtlijn en de moeder-dochterrichtlijn kennen eenzelfde structuur. Dat geldt ook nog voor de antimisbruikbepalingen in deze richtlijnen. De interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn³⁸⁷ verschillen in opzet. In de kern zijn de antimisbruikbepalingen van deze twee richtlijnen vergelijkbaar. Doordat in Nederland geen expliciete bronheffing op interest- en royaltybetalingen geldt, is de implementatie van de antimisbruikbepaling uit deze richtlijn ook niet expliciet in een artikel binnen de nationale wetgeving terug te vinden. Aan de hand van de implementatie van de antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn kan geconcludeerd worden dat de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn in terminologie verschilt van de implementatie van de antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving. Uit jurisprudentie is nadere verduidelijking gekomen ten aanzien van gehanteerde termen in de antimisbruikbepaling. De geïmplementeerde antimisbruikbepaling in de nationale wetgeving kent een andere terminologie dan de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn waartoe ook uit jurisprudentie is af te leiden wat met de afwijkende termen is bedoeld. Gewenst is het direct aan te sluiten bij de terminologie in de desbetreffende richtlijn. Dit geldt voor een groot deel voor de implementatie van de antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn. Voor de daadwerkelijke uitleg van de begrippen is anders de toestemming van het Hof van Justitie³⁸⁸ nodig, welke als taak heeft ervoor te zorgen dat Europese wetgeving wordt nageleefd.

³⁸⁷ Daarmee verschilt de moeder-dochterrichtlijn impliciet ook van de fusierichtlijn.

³⁸⁸ Zie ook 3.6.1 figuur beslisboom Hof van Justitie.

De Europese uitleg gaat voor op de nationale uitleg. Momenteel is het nog niet gekomen tot een standaard (algemeen) misbruikconcept binnen het EU-recht, maar in de nabije toekomst kan dat mogelijk zijn.

Er is ook een vergelijking gemaakt tussen de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn en het ongeschreven nationale leerstuk van *fraus legis*. Het leerstuk van *fraus legis* komt voor het eerst nadrukkelijk naar voren in 1926 naar aanleiding van het zogenoemde ‘driedagenarrest’. Daarnaast is binnen de nationale wetgeving in de AWR een aantal bepalingen opgenomen betreffende de richtige heffing. Deze bepalingen hebben als doel om belastingverijdeling tegen te gaan. De richtige heffingsbepalingen werden nog vaak toegepast totdat midden jaren tachtig in gewezen jurisprudentie nadrukkelijke de eisen voor toepassing van het leerstuk van *fraus legis* zijn opgesteld.³⁸⁹ Het gaat om een subjectief vereiste en een objectief vereiste. Het subjectieve vereiste ziet op het beogen van een belastingbesparing waarmee belastingverijdeling wordt bewerkstelligd. Het objectieve vereiste ziet op het handelen in strijd met doel en strekking van de wet. Desbetreffende vereisten zijn ook op soortgelijke wijze terug te vinden in het Europese leerstuk van misbruik van recht. Beide leerstukken kennen een algemeen karakter. Dat geldt bovendien ook voor de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn welke in de nationale wetgeving is geïmplementeerd. Bij de toepassing van het Europese leerstuk van misbruik van recht dient daarvoor te worden aangesloten bij nationale bepalingen om misbruik te bestrijden. Voor Nederland zou dat het leerstuk van *fraus legis* betreffen. Voor bepalingen binnen de nationale wetgeving die van toepassing zijn op grond van het EU-recht dient de uitwerking van het leerstuk van *fraus legis* daartoe in lijn te zijn met het Europese leerstuk van misbruik van recht. Het toetsen van de effectiviteit van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn heeft plaatsgevonden op grond van drie criteria.³⁹⁰ Van het neutraliteitscriterium kan afgeleid worden dat de antimisbruikbepaling een ruime formulering kent. Het toepassingsbereik kan nader worden afgebakend om meer recht te doen aan de rechtszekerheid. Wel is aangegeven welke factoren ertoe kunnen leiden dat geen sprake is van misbruik. Verder is een afweging gemaakt tussen een specifieke en een algemene antimisbruikbepaling. De keuze voor een algemene antimisbruikbepaling is gezien de achterliggende gedachte van de bepaling juist. Om te voorkomen dat daadwerkelijk sprake kan zijn van overkill is het onterecht dat niet gekozen is voor het opnemen van een bewijsvermoeden

³⁸⁹ Voor een overzicht van de vergelijking tussen de verschillende methoden voor aanpak van misbruik zie paragraaf 4.5.1.

³⁹⁰ Zie voor een overzicht de tabel in paragraaf 5.6.1.

en de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs om bij te dragen aan de neutraliteit van de bepaling. De doelmatigheid is mede afgeleid uit de mogelijkheden tot informatie-uitwisseling tussen landen. Dat draagt bij aan het zichtbaar maken van mogelijke misbruiksituaties. Zowel dubbele wel als dubbele niet heffing wordt zo zichtbaar en kan aangepakt worden. Bovendien bestaat momenteel een groeiende samenwerking op zowel Europees als internationaal niveau om misbruik tegen te gaan. Desbetreffende factoren dragen bij aan de doeltreffendheid van de antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn. Daartoe dient wel gelet te worden op de uitvoerbaarheid en de verwerking van alle uitgewisselde informatie bij de belastingdiensten van de verschillende landen. Om meer recht te doen aan de doelmatigheid kon wellicht beter gelet worden op kritiek die geuit is naar aanleiding van de geïmplementeerde algemene antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn. Daarmee had voorkomen kunnen worden dat een te breed doel werd opgesteld voor de antimisbruikbepaling in de moeder-dochterrichtlijn. Verder bestaat de mogelijkheid wel om het leerstuk van *fraus legis* toe te passen, wat dient het als een uiterste redmiddel in het ongeschreven recht en wordt beheerst door de grenzen van het Europese leerstuk van misbruik van recht. Misbruik bestrijden via wetgeving kan tot een beter resultaat leiden, doordat daarmee een rechtsingang ontstaat om kwaadwillende belastingplichtigen te straffen. Wanneer het naar aanleiding van de brief van de Staatssecretaris betreffende coöperaties en dividendbelasting, komt tot inhoudingsplicht voor de dividendbelasting bij coöperaties, kan het leiden tot een frictie tussen de artikelen waarbinnen de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn is geïmplementeerd. Wanneer de coöperatie in beginsel altijd belastingplichtig is kan dat wel leiden tot een meer doelmatige toepassing van de geïmplementeerde antimisbruikbepaling in de strijd tegen belastingontwijking.

De hoofdvraag binnen dit onderzoek is:

Is de algemene antimisbruikbepaling vanuit de moeder-dochterrichtlijn door Nederland juist geïmplementeerd in de nationale wetgeving en leidt deze bepaling in de nationale wetgeving tot het doel waarvoor zij door de Europese Unie moet worden opgenomen? Zo nee, welke aanbevelingen kunnen er gedaan worden?

Nu kan de eindconclusie van dit onderzoek gegeven worden. Het doel van de algemene antimisbruikbepaling is het voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van voordelen die op grond van de moeder-dochterrichtlijn worden toegekend om economische dubbele belastingheffing te voorkomen. De implementatie van de algemene antimisbruikbepaling van de moeder-dochterrichtlijn in de nationale wetgeving heeft mijns inziens op de juiste wijze plaatsgevonden.

Het eerste gedeelte van de hoofdvraag kan daarmee bevestigend worden beantwoord. Dit gelet op het feit dat ondanks dat de implementatie niet geheel overeenstemt met de wijze van implementatie bij de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn, wel wordt aangesloten bij de termen die in de moeder-dochterrichtlijn zijn opgenomen en welke door het Hof van Justitie worden gehanteerd. Deze termen volgen uit meer recente Europese rechtspraak dan ten tijde van het in werking treden van de interest- en royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn bekend was. Bij de implementatie van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn is direct duidelijkheid gecreëerd ten aanzien van de belasting(en) waar de antimisbruikbepaling op ziet. Een gemis is echter de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren indien van misbruik sprake zou kunnen zijn. Het nationale leerstuk van *fraus legis* kan gezien worden als een complement van de algemene antimisbruikbepaling uit de moeder-dochterrichtlijn. Het nationale leerstuk van *fraus legis* kan zo nog altijd als uiterste redmiddel dienen om misbruik te bestrijden binnen de grenzen van het EU-recht.

Er bestaan ten aanzien van de toetsingscriteria voor effectiviteit *neutraliteit*, *doeltreffendheid* en *doelmatigheid* meer pluspunten dan minpunten (zie tabel 5.6.1), waardoor ik meen dat de antimisbruikbepaling als effectief kan worden beschouwd in het behalen van het doel waarvoor zij is opgenomen. Het tweede gedeelte van de hoofdvraag kan daarmee ook bevestigend worden beantwoord.

Om de juiste implementatie compleet te maken en tot een effectievere en evenwichtigere antimisbruikbepaling te komen, zijn mijns inziens wel aanbevelingen mogelijk om een aantal gevonden minpunten weg te nemen. Zo is het aanbevolen om een bewijsvermoeden en tegenbewijsmogelijkheid op te nemen in de nationale wetgeving. De geïmplementeerde antimisbruikbepaling uit de fusierichtlijn kan daarbij als voorbeeld dienen. Een andere mogelijkheid kan mijns inziens zijn het ook nader invullen van situaties waar de bepaling op ziet, zoals de houdstercoöperaties, om zo goedwillenden meer rechtszekerheid te bieden.

Tot slot kan de implementatie van de ATAD (I) met juiste toelichting in de wirwar van antimisbruikmaatregelen binnen de nationale wetgeving en vanaf Europees niveau mogelijk als een algemene basis dienen. Dit binnen de antimisbruikbepalingen uit Europese richtlijnen die op meer specifieke onderwerpen betrekking hebben, waaronder de moeder-dochterrichtlijn. Of zo daadwerkelijk misbruik wordt tegengegaan zal de toekomst uitwijzen. Het is en blijft een grijs gebied.

Hoofdstuk 7 – Literatuuroverzicht

Boeken

- Geld, J.A.G. van der, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2014
- Graaf, A.C.G.A.C. de, e.a., Internationaal belastingrecht, Deventer: Kluwer 2015
- Peeters, B., Europees belastingrecht, Brussel: De Broeck & Larcier 2005
- Stevens, L.G.M., Elementair Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2013
- Sørensen, E., Abuse of rights in community law: a principle of substance or merely rhetoric, Kluwer Law International 2006
- Terra, B.J.M., & Wattel, P.J., European Tax Law, Deventer: Kluwer 2008

Parlementaire stukken

- Brief Staatssecretaris van Financiën, 14 januari 2014, nr. AFP/2014/96
- Brief Staatssecretaris van Financiën, 27 januari 2014, nr. IFZ/2014/88U
- Brief over coöperaties en dividendbelasting, 20 september 2016
- Besluit van 3 juni 2014, DGB 2014/3101
- Besluit van 12 juni 2014, DGB 2014/3099
- Belastingplan 2016, Prinsjesdag 2015, www.rijksoverheid.nl
- Kamerbrief, Besluitvorming op internationale fiscale dossiers, 1 december 2014
- Kamerstukken II, 1923/1924, 396, nr. 3
- Kamerstukken II, 1924/1925, 92, nr. 1
- Kamerstukken II, 1997/1998, 25 709, nr. 5
- Kamerstukken II, 1998/1999, 26 727, nr. 3
- Kamerstukken II, 2009/2010, 32 129, nr. 3
- Kamerstukken II, 2011/2012, 33 003, nr. 3
- Kamerstukken II, 2011/2012, 33 003, nr. 10
- Kamerstukken II, 2014/2015, 25 087, nr. 102
- Kamerstukken II, 2015/2016, 34 306, nr. 3
- Kamerstukken II, 2015/2016, 34 306, nr. 4
- Kamerstukken II, 2015/2016, 34 306, nr. 6
- Kamerstukken I, 2015/2016, 34 302, nr. G

Literatuur (Artikelen / Cursus Belastingrecht / Vakstudie)

- Adema, R.P.C., Commentaar art. 17a Wet VPB 1969 Nederlandse onderneming, NDFR
- Beudeker, M., Algemene leerstukken Antimisbruikbepalingen, commentaar NTFR

Bont, G.J.M.E. de, Hoor en wederhoor en de (officieuze) tussenuitspraak bij bewijsvermoedens, WFR 2003/880

Boulogne, G.F., Lessen uit de EU-Fusierichtlijn, NTFR 2016/11

Bruins Slot, W., Regels zijn regels, NTFR 2010/1097

Burgt, G.C. van der, Reorganisatiefaciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, antimisbruikbepaling en ‘verkoopklaarmaken’, FBN 2015/09

Corstens, G.J.M., ‘Rechtszekerheid en rechtsbescherming’, WFR 2016/141

Geld, J.A.G. van der, Enige fiscale aspecten van het wetsontwerp juridische fusie, WFR 1981/969

Geld, J.A.G. van der, Het wetsvoorstel tot implementatie van de EG-moeder-dochterrichtlijn, WFR 1991/1633

Haas, F.J.P.M., en Jansen, D.N.N., Bewijs in belastingzaken, TFB 2009/02

Hiemstra, R., Verslag van de 6e NOB Rondetafelbijeenkomst ‘Misbruik onder nationaal en Europees recht’, WFR 2014/133.

Jong, M.G. de, Harmonisatie van Europees recht, WFR 1997/744

Linde, R.W. van der, en Lamers L.L.M., A.W.G., De interest- en royaltyrichtlijn, WFR 2004/349

Lukkien, M.E., Beschouwingen inzake de Nederlandse implementatie van de verplichte algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn, MBB 2016/02

Kavelaars, P., Misbruik van recht in de EU, WFR 2011/1177

Kavelaars, P., De EU en de OESO: ten strijde tegen belastingontwijking (1), NTFR-B 2013/19

Kavelaars (red.), P., Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar een fair share, Congresbundel Fiscaal Economisch Instituut, Rotterdam 2013

Kemmeren, E.C.C.M., Dividendbelasting en fraus legis: huidige stand van zaken, WFR 2003/133

Kolner RA, A.H., Art. 29b Wet VPB 1969 Definities country-by-country reporting, NDFR Commentaar

Kok, Q.W.J.C.H., De antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn, MBB 2015/09

Korving, J.J.A.M., Misbruik en primair EU-recht, WFR 2013/125.3

Lambooij, M.V., EG-richtlijn strikt implementeren, NTFR 2009/18

Marchal, R., Art. 31 AWR Rechtshandelingen alleen om belasting te ontgaan, Commentaar NDFR

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

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

Merks, P.F.E.M., Belastingontduiking, -ontwijking en –planning, MBB 2006/9

Niessen, R.E.C.M., Fraus legis in de 21^{ste} eeuw, NTFR-B 2011/6

Niessen, R.E.C.M., Internationale fiscale informatie-uitwisseling in een stroomversnelling,
FTV 2016/02

Pechler, E.B., Omkering van de bewijslast, NTFR 2008/26

Pieterse, L.J.A., Internationale uitwisseling van informatie, WFR 2015/979

Pijnaker, B., en Reimert, M.A.H., Art. 1 Wet DB 1965 Subjectieve belastingplicht,
commentaar NTFR

Rosier, E.J.M., Richtige heffing en fraus legis: nebis in idem a contrario?, WFR 1986/1568

Schippers, M.L., FACTA en automatische uitwisseling van informatie, WFR 2014/102

Wattel, P., BEPS, GAAR, CC(C)TB, OESO, G20 en de EU, NJB 2015/1910

Weber, D.M., Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, WFR 2004/1251

Weber, D., Nieuwe algemene antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn, WFR
2015/864

Cursus Belastingrecht EBR.7.1.4.B.a, Algemeen

Cursus Belastingrecht EBR.7.1.4.B.c, Nationaal- of verdragsrechtelijke anti-misbruikbepaling

Cursus Belastingrecht EBR.7.1.4.B.b, Algemene anti-misbruikbepaling

Cursus Belastingrecht IBR.3.5.3.c Internationale samenwerking tussen belastingadministraties
laatste jaren verder versterkt

Cursus Belastingrecht FBR 7.4.1, Richtige heffing

Cursus Belastingrecht FBR.7.4.2 Fraus legis

Cursus Belastingrecht FBR.7.4.3 De richtige heffing en fraus legis staan naast elkaar

Cursus Belastingrecht FBR.7.1.3 Grammaticale interpretatie

Cursus Belastingrecht FBR.7.1.6 Teleologische benadering

Cursus Belastingrecht FBR.7.5.5.A, Eliminatie dan wel substitutie

Cursus Belastingrecht FBR.7.5.5.B, Toepassing per jaar

Cursus Belastingrecht Archief 2014/EBR.7.1.4.B, Antimisbruikbepaling

Cursus Belastingrecht Archief 2015/EBR.2.0.2.B, Materiële reikwijdte: Doelen van de EU —
Interne markt

Cursus Belastingrecht, EBR 7.1.1, De geschiedenis van de EG-moeder-dochterrichtlijn

Cursus Belastingrecht, EBR.5.1.7.B.b., Nadere afbakening: hoe specifiek moet een antimisbruikbepaling zijn?

Cursus Belastingrecht Archief, 2015/EBR.3.0.1.b. EU-conforme interpretatie

Vakstudie Algemeen Deel, art. 31 AWR, aantekening 1.9.3

Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, art. 288 VwEU, Aantekening 4.5

Richtlijnconforme interpretatie

Vakstudie Nieuws, Antimisbruikbepaling in EU moeder/dochterrichtlijn, V-N 2014/64.12

Vakstudie Nieuws, Staatssecretaris wacht mogelijke aanpassingen wijziging

EU/moederdochterrichtlijn af, V-N 2014/8.17

Vakstudie Nieuws, Antimisbruikbepaling in EU moeder/dochterrichtlijn, V-N 2014/64.12

Europese en internationale publicaties

Publicatieblad van de Europese Unie, L21, 27 januari 2015

Europese Commissie, Corporate tax reform package, 25 oktober 2016

Richtlijn 1977/388/EEG

Richtlijn 1990/434/EEG

Richtlijn 2003/48/EG

Richtlijn 2003/49/EG

Richtlijn 2011/96/EU

Richtlijn 2014/86/EU

Richtlijn 2015/121/EU

Richtlijn 2016/1164/EU

OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013

OECD, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information, 2014

OECD, Base Erosion and Profit Shifting, Final Reports, 2015

Jurisprudentie (Nationaal / Europees)

Hof Arnhem, 22 december 2009, nr. 08/00278, NTFR 2010/196

Hoge Raad, 26 mei 1926, NJ 1926, 723

Hoge Raad, 7 december 1983, nr. 22 134, BNB 1984/12

Hoge Raad, 21 november 1984, nr. 22092, BNB 1985/32

Hoge Raad, 10 december 1986, nr. 24234, BNB 1987/101
Hoge Raad, 11 mei 1988, nr. 25006, BNB 1988/290
Hoge Raad, 26 april 1989, nr. 24446, BNB 1989/217
Hoge Raad, 28 juni 1989, nr. 25451, BNB 1990/45
Hoge Raad, 7 juni 1990, nr. 24239, BNB 1990/72
Hoge Raad, 6 november 1991, nr. 27102, BNB 1992/97
Hoge Raad, 16 september 1992, nr. 27 162, BNB 1993/223
Hoge Raad, 19 januari 1994, nr. 28646, BNB 1994/87
Hoge Raad, 10 maart 1993, nr. 28139, BNB 1993/196
Hoge Raad, 6 oktober 1999, nr. 33 971, BNB 2000/19
Hoge Raad, 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111
Hoge Raad, 11 oktober 2000, nr. 34805, BNB 2001/121
Hoge Raad, 25 oktober 2000, nr. 35 957, BNB 2001/123
Hoge Raad, 13 juli 2001, nr. 35 595, BNB 2001/398
Hoge Raad, 6 december 2002, nr. 37072, V-N 2002/36.19
Hoge Raad, 23 januari 2004, nr. 38258, BNB 2004/142
Hoge Raad, 21 oktober 2005, nr. 40539, BNB 2006/114
Hoge Raad, 11 juli 2008, nr. 43376, BNB 2008/266
Hoge Raad, 17 oktober 2008, nr. 42954, BNB 2009/29
Hoge Raad, 13 maart 2009, nr. 43946, BNB 2009/123
Hoge Raad, 10 juli 2009, nr. 43363, BNB 2009/237
Hoge Raad van 22 december 2011, nr. 11/00675, LJN: BV1426
Hof van Justitie, 1 juni 2012, nr. 11/00009, BNB 2012/213
Hoge Raad, 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261
Hoge Raad, 23 mei 2014, nr. 12/05645, BNB 2014/171(-178)
Hoge Raad, 5 juni 2015, nr. 14/00343, BNB 2015/165

Hof van Justitie, 3 december 1974, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131
Hof van Justitie, 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42
Hof van Justitie, 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395
Hof van Justitie, 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369
Hof van Justitie, 16 juli 1998, C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370
Hof van Justitie, 9 maart 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126
Hof van Justitie, 21 september 1999, C-307/97, ECLI:EU:C:1999:438

Hof van Justitie, 8 juni 2000, C-375/98, ECLI:EU:C:2000:302
Hof van Justitie, 14 december 2000, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695
Hof van Justitie, 12 december 2002, C-324/00, ECLI:EU:C:2002:749
Hof van Justitie, 21 februari 2006, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121
Hof van Justitie, 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544
Hof van Justitie, 13 maart 2007, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161
Hof van Justitie, 5 juli 2007, C-321/05, V-N 2007/34
Hof van Justitie, 6 november 2008, C-285/07, ECLI:EU:C:2010:742
Hof van Justitie, 17 september 2009, C-182/08, ECLI:EU:C:2009:559
Hof van Justitie, 20 mei 2010, C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282
Hof van Justitie, 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718
Hof van Justitie, 21 juli 2011, C-397/09, ECLI:EU:C:2011:499
Hof van Justitie, 18 oktober 2012, C-603/10, ECLI:EU:C:2012:639

Overig

[https://www.eerstekamer.nl/europeesvoorstel/com_2013_814_richtlijnvoorstel_tot/docu-
ment/f=/vjfbl7cu4a64.pdf](https://www.eerstekamer.nl/europeesvoorstel/com_2013_814_richtlijnvoorstel_tot/docu-
ment/f=/vjfbl7cu4a64.pdf)

http://ec.europa.eu/netherlands/news/2015/18032015_nl.htm

[https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/corporate-tax-reform-
package_en_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/corporate-tax-reform-
package_en_en)

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3471_nl.htm

<https://www.europa-nu.nl/id/vh7doteb33zs/harmonisatie>

<http://www.oecd.org/about/history/>

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB), Commentaar wetsvoorstel Belastingplan
2016

Register Belastingadviseurs, Reactie RB op het pakket Belastingplan 2016

Persbericht d.d. 29 juli 1987, nr. 87/222, V-N 1987/ 1768, 2